

Boston University School of Law

Scholarly Commons at Boston University School of Law

Faculty Scholarship

2019

Retour sur L’Affaire de L’Alabama: De l’Utilité et des Limites de l’Histoire du Droit

William Park

Bruno de Fumichon

Follow this and additional works at: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship



Part of the [Dispute Resolution and Arbitration Commons](#), and the [International Law Commons](#)



RETOUR SUR L'AFFAIRE DE L'ALABAMA : DE L'UTILITÉ DE L'HISTOIRE POUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL (1)

par

Bruno de LOYNES de FUMICHON

*Maître de conférences honoraire de l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris I) et Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université
de la Polynésie Française (Tahiti)*

et

William W. PARK

*Professeur à Boston University, Ancien Président de la London Court
of International Arbitration et General Editor de Arbitration International*

RÉSUMÉ

Pour les passionnés de l'arbitrage international et, plus largement, de droit international, l'affaire de l'*Alabama*, de 1872, est une mine presque inépuisable. Comme l'épave du vaisseau sudiste éponyme, coulé au large de Cherbourg par l'*USS Kearsarge*, en 1862, cet arbitrage promet aux chercheurs des trouvailles inattendues. C'est de lui que datent la réconciliation et l'alliance diplomatique et militaire étroite des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne. C'est également à lui que les internationalistes font remonter la renaissance de l'arbitrage international, après une éclipse de plusieurs siècles. C'est aussi du compromis d'arbitrage inclus dans le Traité de Washington de 1871 que datent plusieurs innovations procédurales

(1) Cet article est une version adaptée de la 2018 *Berthold Goldman Lecture* donnée le 10 juillet 2018 par le Professeur William W. Park dans le cadre de la session annuelle de la *Paris Arbitration Academy* organisée sous la direction du Professeur Daniel Cohen. Les auteurs ont choisi de conserver certains éléments parfois personnels de la conférence, présentant un intérêt didactique, mais en introduisant des développements qui n'avaient pas pu trouver de place dans la conférence, notamment sur l'influence jusqu'à aujourd'hui de l'affaire *Alabama* dans le développement du droit international.

de grande conséquence : l'institution du tribunal collégial neutre, l'évolution des notions juridiques concernant l'étendue du pouvoir de l'arbitre de déterminer sa propre compétence, l'admission des opinions dissidentes, le principe de proportionnalité procédurale. Et c'est encore dans la sentence majoritaire et dans l'opinion dissidente de l'arbitre britannique, de septembre 1872, que la Cour permanente de Justice internationale puis la Cour internationale de Justice ont puisé et puisent les précédents de leur jurisprudence ; ces précédents concernent des questions aussi importantes que la supériorité du droit international sur les droits nationaux, l'étendue des devoirs de la neutralité maritime et, plus largement, la mesure de la responsabilité internationale de l'Etat. L'obligation de la diligence requise par l'Etat neutre, introduite par le Traité de Washington de 1871, interprétée par les arbitres de 1872, chaudement débattue ensuite par la doctrine, a été élargie par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, en plein développement, à la responsabilité internationale de tout Etat, en matière environnementale. De leur côté, les diplomates ont placé le concept de diligence requise au cœur du Protocole de Kyoto et de l'Accord de Paris sur le réchauffement climatique. Ce concept est en train prendre une place centrale, si ce n'est la première, en droit de la responsabilité internationale de l'Etat.

SUMMARY

For any aficionado of international law and international arbitration, the 1872 Alabama case represents a rich historical landmark, as promising a mine as the wreck of the Confederate Ship Alabama itself, sunk off Cherbourg, in 1864, by the United States Ship Kearsarge. This arbitration represents a turning point in relations between the United States and Great Britain, from repeated conflict to a "Special Relationship" that has grown stronger during the past century and a half. The case also marked the revival of international arbitration, after centuries of uncertainty. Not least, the case introduced long-lasting procedural innovations: the neutral collegial tribunal, complex nuances in the timing and extent of arbitrators' power to determine their own jurisdiction, the admission of dissenting opinions, the principle of procedural proportionality. Innovations in substantive law included a new appreciation for the delicate interaction of international law and national law, and the concept of "due diligence" now at the core of the State responsibility under international law, particularly for environmental matters.

SOMMAIRE

I. – UNE VIGNETTE DU XIX^e SIÈCLE

A) Les grands traits de l'arbitrage de 1872

B) La contribution de l'Histoire à la science du droit

C) La neutralité britannique dans la guerre de Sécession

D) L'arbitrage lui-même

1°) *La constitution du tribunal arbitral (juin-décembre 1871)*

2°) *Le droit applicable*

3°) *La procédure arbitrale (15 décembre 1871-14 septembre 1872)*

a) *Le dépôt des mémoires (15 décembre 1871) et contre-mémoires (15 avril 1872)*

b) *L'incident de procédure relatif à la compétence du tribunal (janvier-juin 1872)*

c) *L'incident de procédure relatif à l'instruction de l'affaire par le tribunal (27 juin-6 août 1872)*

d) *L'instruction de l'affaire et la phase orale de la procédure (6 août-14 septembre 1872)*

E) La sentence du 14 septembre 1872

1°) *Le CSS Alabama*

2°) *Le CSS Florida*

3°) *Le CSS Shenandoah*

4°) *Les autres navires*

II. – LE LEGS DE L'ARBITRAGE DE L'ALABAMA

A) Le nouvel élan donné à l'arbitrage international au XIX^e siècle

B) Les innovations procédurales

1°) *L'institution du tribunal collégial neutre*

- a) Les commissions interétatiques du Traité Jay de 1794
- b) Le tribunal arbitral dans le Traité de Washington de 1871
- c) Le tribunal arbitral collégial, de 1872 à nos jours

2°) *Le pouvoir de compétence-compétence et la coopération des autorités*

- a) La déclaration du président du tribunal du 19 juin 1872
- b) Le principe de compétence-compétence depuis 1872

3°) *L'admission des opinions dissidentes en droit international*

- a) L'opinion dissidente d'Alexander Cockburn
- b) L'admission des opinions séparées depuis 1872

4°) *Le principe de proportionnalité dans le règlement de la procédure par le tribunal*

- a) Un calendrier approprié
- b) La phase écrite de la procédure couronnée par les conclusions récapitulatives
- c) L'instruction de l'affaire par le tribunal ou *case management*

C) La construction du droit international

1°) *La relation entre le droit international et les droits nationaux*

- a) La solution de la sentence de 1872
- b) La jurisprudence internationale après 1872

2°) *De la responsabilité de l'Etat : la naissance d'une obligation de diligence*

- a) La solution adoptée par le tribunal : la responsabilité pour défaut de diligence mesurée aux risques
- b) L'extraordinaire destin de la diligence requise

III. – EN GUISE DE CONCLUSION

*Those who cannot remember the past
are condemned to repeat it.*

George Santayana (2)

I. – UNE VIGNETTE(3) DU XIX^e SIÈCLE

A) Les grands traits de l'arbitrage de 1872

Le 14 septembre 1872, à Genève, un tribunal arbitral a tranché l'important différend alors pendant entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni. Le conflit était né, une décennie plus tôt, pendant la guerre de Sécession, cette guerre civile menée frère contre frère, à propos de la neutralité de l'ancienne mère patrie, jugée par le Nord (« l'Union ») trop bienveillante à l'égard du Sud (« la Confédération »).

Le tribunal arbitral, composé d'éminents juristes issus de cinq pays, a condamné la Grande-Bretagne à payer aux Etats-Unis la somme colossale de 15,5 millions de dollars, l'équivalent d'environ 200 milliards de dollars de nos jours (4). Cette somme était destinée à réparer les dommages causés à des personnes privées, ressortissants des Etats-Unis, par plusieurs croiseurs de la Confédération des Etats sécessionnistes. Le plus célèbre de ces vaisseaux, le *CSS Alabama*, a eu « le privilège peu enviable (5) »

(2) G. Santayana, *The Life of Reason: Reason in Common Sense*, vol. I, New York, 1905, p. 284.

(3) Vignette : « Ornement qu'on met en haut de la première page d'un livre ou d'un chapitre », E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, tome II.

(4) V. R. Jenkins, *Gladstone*, Londres, 1995, pp. 356 et 357. Roy Jenkins, qui fut chancelier de l'Echiquier et commissaire européen, a évalué les 15,5 millions de dollars de 1872 à 200 milliards de dollars 1995. Il a obtenu ce résultat en prenant en considération le montant relatif de la condamnation par rapport au budget de la Grande-Bretagne en 1872 (soit 5 %), et en l'appliquant au budget de 1995. Ce mode de calcul peut susciter des observations à plusieurs niveaux, en ce sens qu'il ne prend en compte ni l'évolution du pouvoir d'achat, ni les variations du cours de la livre sterling, ni l'appréciation de l'or. Il convient donc de considérer cette évaluation comme un ordre de grandeur acceptable à titre provisoire, mais susceptible d'une réévaluation quand une étude supplémentaire sera consacrée à cette question.

(5) Expression du comte Sclopis, président du tribunal arbitral, citée par F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration — 1872 — The Alabama Claims*, Boston et New York, 1911, cité ci-après F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration*, p. 45.

de donner son nom à l'ensemble de l'affaire ; d'autres navires avaient concouru aux dommages, notamment le *CSS Florida* et le *CSS Shenandoah* (6).

Ces trois vaisseaux, construits en Grande-Bretagne, ayant ensuite relâché dans des ports britanniques pour subir des réparations, s'approvisionner et recruter, manœuvrés par des hommes d'équipage en partie britanniques, écumèrent les trois océans : Atlantique, Pacifique et Indien. Autant corsaires que vaisseaux de guerre (7), ils s'attaquaient aux navires de commerce des Etats de l'Union, causant de lourdes pertes matérielles, et prolongeant peut-être la guerre.

Le mot de la fin revint aux Britanniques qui exécutèrent sans délai la sentence, payant la somme allouée après la déduction (convenue avec les Etats-Unis) de 1,9 million de dollars au titre du dédommagement pour le blocus illégal maintenu par les Etats-Unis ainsi que pour le prix d'acquisition de droits de pêche dans les eaux canadiennes.

L'exécution sans protestation ni délai de la décision ouvrit une nouvelle ère des relations entre les deux pays. Ils s'étaient affrontés pendant la guerre d'Indépendance (1775-1782), puis, à l'instigation de la diplomatie de Napoléon (guerre de 1812-1814), et avaient failli à nouveau en venir aux mains à plusieurs reprises, avant et pendant la guerre de Sécession (8). A compter de la sentence de l'*Alabama*, les deux pays se sont souvenus de leur communauté d'origine et de culture. Ils ont découvert la proximité de leurs intérêts. Ils ont établi une alliance qui constitue l'une

(6) Le tribunal arbitral examina le cas d'une vingtaine de navires confédérés.

(7) C'étaient soit des *steamers*, soit des vaisseaux à voile et à vapeur, bons marcheurs, très efficaces comme canonnières. Le *CSS Alabama* coula l'*USS Hatteras* par une ruse de guerre, se présentant au loin comme navire neutre (britannique), et ouvrant le feu à courte distance, à la dernière minute et par surprise. Généralement, les vaisseaux confédérés cherchaient à éviter les navires de l'*US Navy* qui leur donnaient la chasse, et ils s'attaquaient aux navires de commerce nordistes, qu'ils guettaient sur leur route habituelle au centre de l'Atlantique Nord.

(8) Lors de l'arraisonnement du *Trent*, navire britannique, par l'*US Navy*, en 1861, la guerre avait été évitée de justesse par le président Lincoln, qui avait ordonné que les agents sudistes trouvés à bord, et arrêtés par les officiers de l'*US Navy*, soient relâchés. « *Une guerre à la fois* », avait dit Lincoln, pour justifier sa décision.

des relations internationales les plus solides et un facteur de stabilité sur la scène politique mondiale(9).

Au fil des ans, nombre d'observateurs ont affirmé que l'arbitrage de l'*Alabama* a été aussi un événement marquant de l'histoire du règlement pacifique des différends. Certains y ont vu le point de départ de l'arbitrage international moderne. Le professeur J.L. Brierly, de l'université d'Oxford, auteur d'un traité classique de droit international, a attribué au succès de cette affaire le renouveau de l'arbitrage comme mode de règlement des différends internationaux, après qu'il fût tombé en désuétude à la fin du Moyen âge (10).

L'affaire n'est pas seulement significative du point de vue des relations internationales et de la renaissance de l'arbitrage international. Elle est intéressante également en ce qui concerne plusieurs piliers du système moderne de résolution des conflits par des moyens privés : la constitution de tribunaux arbitraux collégiaux et neutres, mêlant des membres désignés par les parties en conflit elles-mêmes et des membres choisis par des autorités neutres ; le pouvoir reconnu aux arbitres de se prononcer sur leur propre compétence. L'arbitrage a aussi contribué au développement par les juridictions internationales (Cour permanente de Justice internationale et Cour internationale de Justice) de l'ordre juridique international (rapport des normes internationales et des normes nationales) et du droit de la responsabilité internationale.

Sa juste compréhension nécessite une certaine connaissance des faits. Il convient donc de se pencher sur le contexte et les données de l'arbitrage, avant de parler de la procédure et de la

(9) Preuve du règlement par le Royaume-Uni de ses dettes envers les Etats-Unis, et gage de leur nouvelle entente et amitié (la « *Special Relationship* »), le reçu de la somme de 15,5 millions de dollars, signé par le trésorier des Etats-Unis, a été ensuite encadré, et accroché à un mur, dans le bureau du premier ministre britannique, 10, Downing Street, à Londres.

(10) J.L. Brierly, *The Law of Nations*, Oxford, 1928, 6^e éd. par sir Humphrey Waldock, p. 348 : « *L'arbitrage était une méthode assez fréquente de règlement des différends internationaux au Moyen âge. Mais, avec l'essor de l'Etat Nation à l'ère moderne, cette méthode tomba en désuétude jusqu'à son renouveau au XIX^e siècle, causé en grande partie par l'exemple des Etats-Unis et du Royaume-Uni qui, en 1871, avaient soumis à l'arbitrage les Alabama Claims* ». L'auteur poursuivait : « *Plusieurs systèmes ont été utilisés pour composer la cour [d'arbitrage]. Parfois un chef d'Etat étranger a été nommé, et la sentence a été rendue en son nom, sans que les parties s'attendent à ce qu'il exécute sa mission en personne. Parfois les arbitres ont été des représentants des Etats parties au différend, avec ou sans ajout d'autres membres* ». L'auteur examine ensuite la composition des tribunaux établis en vertu de traités en vigueur, telle la Cour permanente d'arbitrage de La Haye.

sentence (I). Il sera ensuite possible d'évaluer l'héritage qu'il a laissé et les leçons qu'il est possible d'en tirer dans le contexte actuel de remise en cause de l'ordre international (II).

Cette affaire de l'*Alabama* peut être mise au service de la connaissance et de la politique de l'arbitrage. La perspective maintenant proche du cent-cinquantième anniversaire de l'affaire de l'*Alabama* (1871-1872) stimule la doctrine : Tom Bingham (11), Charles H. Brower II (12), Awalou Ouedraogo (13), Jan Paulsson (14), V.V. Veeder (15), parmi d'autres (16), se sont intéressés à cet arbitrage considéré, dans le monde anglo-américain, comme fondateur (17) de cette institution à l'époque moderne, après qu'il eut connu une éclipse de plusieurs siècles.

Persuadés de la richesse de cette affaire, et reconnaissants aux savants collègues cités ci-dessus pour leurs contributions exceptionnelles, les présents auteurs aspirent à ajouter quelques autres éléments au dossier de ce grand arbitrage de Genève (18).

(11) T. Bingham, « *The Alabama Claims Arbitration* », in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, Janvier 2005, pp. 1-25, cité ci-après T. Bingham, « *The Alabama Claims...* »

(12) Ch. H. Brower II, Entrée « *Arbitration* » de la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, publiée sous la direction de Rüdiger Wolfrum, *Max Planck Gesellschaft et Oxford University Press*, Oxford, 2012.

(13) A. Ouedraogo, « La neutralité et l'émergence du concept de *due diligence* en droit international — L'affaire de l'*Alabama* revisitée », in *Journal of the History of International Law / Journal d'Histoire du Droit international*, vol. XIII, n° 2, 2011, pp. 307 et s.

(14) J. Paulsson, « Moral Hazards in International Disputes Resolution », *ICSID Review* 25, 2010, pp. 339 et s. et « The Alabama Claims Arbitration: Statecraft and Stagecraft », in *Arbitrating for Peace — How Arbitration Made a Difference*, by U. Franke, A. Magnusson and J. Dahlquist, 2016, pp. 7 et s., cité ci-après J. Paulsson, « Statecraft and Stagecraft... ».

(15) V.V. Veeder, « The Historical Keystone to International Arbitration: The Party-Appointed Arbitrator — From Miami to Geneva », Inaugural Charles H. Brower Lecture on International Dispute Resolution, 107 *Proceedings of the American Society of International Law*, 2013, pp. 387 et s., cité ci-après V.V. Veeder, « The Historical Keystone... ».

(16) V. le commentaire consacré à cet arbitrage dans J.L. Iten, R. Bismuth, C. Crepet Daigremont et A. de Nanteuil, in *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Dalloz, Paris, 2018, p. 3.

(17) Cela est vrai dans la sphère internationale, car, dans la sphère interne, l'arbitrage n'a jamais cessé de fonctionner ; voir l'impressionnante série d'ouvrages de Derek Roebuck, sur l'histoire de la pratique de l'arbitrage en Angleterre.

(18) Le retentissement de l'arbitrage de l'*Alabama* a incité les magistrats genevois à donner à la salle de l'hôtel de ville où le tribunal a tenu ses audiences et rendu sa sentence le nom de « Salle de l'*Alabama* », et à la faire décorer d'un tableau représentant une audience du tribunal arbitral, avec les cinq membres

B) La contribution de l'Histoire à la science du droit

Le professeur W. Michael Reisman, qui enseigne le droit international à *Yale University* depuis 55 ans, a noté que l'histoire devrait être plus qu'une narration chronologique, qu'elle exige la contextualisation des événements dans leur milieu culturel, économique et technologique, et une appréciation du caractère contingent de ceux-ci, tout en prenant en compte l'action des personnalités d'exception (19). Suivant les mêmes idées, l'historien américain David Hackett Fisher, de *Brandeis University*, affirme que l'utilité de la connaissance historique consiste dans l'élargissement de l'horizon de la réflexion au sein duquel les décisions importantes sont prises, et dans un raffinement accru du fonctionnement intellectuel qui est propice à des choix judicieux (20).

Dans cet esprit, l'étude de l'affaire de l'*Alabama* peut être à la fois un instrument de connaissance et l'outil d'une bonne politique. L'histoire du droit s'intéresse, certes, au droit du passé. Son utilité, comme science auxiliaire du droit, réside plutôt dans son intérêt pour le passé du droit. Car les institutions actuelles trouvent leur origine dans un temps plus ou moins lointain, qui explique leurs caractères et, surtout, leurs raisons d'être.

Ceci est particulièrement visible dans les droits de *common law*, formés de précédent en précédent, constitués de coutumes judiciaires façonnées par des juges, d'ailleurs souvent très savants. En eux, se mêlent jurisprudence, coutume et doctrine. Comme le

de tribunal, son secrétaire, ainsi que les agents et conseils des deux parties. Dans cette même salle avait été signée, en 1864, la première convention de Genève, par laquelle huit Etats européens reconnaissaient la Croix Rouge internationale, créée l'année précédente, convention qui est souvent vue aujourd'hui comme l'acte de naissance du droit international humanitaire. En 1972, la ville de Genève a célébré avec faste le centenaire de l'arbitrage de l'*Alabama*.

(19) W.M. Reisman, Préface à *The Historical Foundations of World Order : the Tower and the Arena*, du Pr. D. M. Johnston (2008). W.M. Reisman écrit : « *Great history is far more than a chronological narrative. It requires a contextualization of events in their cultural, economic and technological milieu and an appreciation of their contingency. It must account for the impacts of exceptional individuals, without, as Harold Lasswell put it, rendering them taxidermical specimens. Yet it must also account for collective actions and path-driven results, the so-called "great historical forces" ».*

(20) D. Hackett Fischer, *Historians' Fallacies*, New York, 1970, p. 158. « *The utility of historical knowledge consists, among other things, in the enlargement of substantive contexts within which decisions are made, and in the refinement of a thought structure which is indispensable to purposeful decision-making ».*

disait lord Devlin : « *It is impossible to understand any English institution of any antiquity, unless you know something of its History* » (21).

La prégnance du passé — certains diront, son poids — est également observable en droit de l'arbitrage. Les travaux remarquables de Derek Roebuck, qui a étudié l'histoire de l'arbitrage, sa pratique et son droit, montrent la permanence de l'institution, en droit privé particulièrement, à toutes les périodes de l'Histoire, de la Grèce à aujourd'hui. Ce sont les juristes romains qui ont forgé les termes techniques de cette branche de droit : les mots latins d'*arbitrator*, d'*arbitrium*, d'*arbitratus* (22), de *compromissum*, de *receptum arbitri* (23), de *sententia*. Papinien, Paul, Ulpien et les autres Prudens ont posé les grands principes de ce droit, notamment la fixation du pouvoir de l'arbitre par le compromis, la limitation des voies de recours, etc. Ils ont vu la finalité et le caractère à la fois public et privé de cette institution ; cette découverte leur a permis de tracer certaines voies de la coopération entre les parties, l'arbitre et le prêteur. Leur héritage a été repris, à la renaissance du droit romain en Europe occidentale, à partir du XII^e siècle et il s'est intégré au *ius commune* européen. En France, par-delà l'Ancien droit de la monarchie, ce legs s'est inséré dans le Code civil de 1804, qui a accru son caractère conventionnel et renforcé son efficacité (24).

Outre la bonne compréhension de nombre de concepts, de principes et de règles du droit contemporain, l'Histoire du droit regorge, dans les rayons de sa bibliothèque, de réflexions et de solutions aux problèmes toujours renaissants que posent la vie en société et, en ce qui concerne l'arbitrage, le règlement des différends entre sujets de droit. Conserver ou adopter des solutions qui ont fait la preuve de leur utilité, écarter ou abandonner celles qui ont montré leur nocivité, voilà des démarches que l'Histoire du droit peut aider à conduire. En cela, l'Histoire du droit peut être l'outil d'une bonne politique législative, jurisprudentielle et praticienne.

(21) *Hamlyn Lectures*, 1957, réédité in *Trial by Jury*, 1966, p. 4.

(22) L'*arbitratus* était une variété d'arbitrage dans lequel l'arbitre recevait des pouvoirs renforcés.

(23) Le *receptum arbitri*, qui était l'accord de l'arbitre à se charger de sa mission, produisait des effets importants ; c'était notamment l'acte qui justifiait l'intervention du prêteur, à la demande d'une partie, en cas de mauvaise gestion de l'affaire par inactivité de l'arbitre, dépassement de sa compétence, partialité etc.

(24) V. Bruno de Loynes de Fumichon, « La passion de la Révolution française (1789-1799) pour l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2014.1.

L'Histoire a aussi son côté obscur. Elle peut également être, comme l'a écrit Paul Valéry, « le produit le plus dangereux que la chimie de l'intellect ait élaboré » (25). Aux mains d'apprentis, de demi-savants ou d'illuminés, elle peut sembler fournir des justifications à toutes les opinions, et mêmes aux élucubrations les plus folles.

En 1874, deux années après le prononcé de la sentence de l'*Alabama*, Friedrich Nietzsche écrivit un essai intitulé « De l'utilité et de l'inconvénient de l'Histoire pour la Vie » (26). Citant le plus grand écrivain de langue germanique, Goethe, il ouvrait son essai en écrivant : « *Je hais tout ce qui ne fait que m'instruire, sans augmenter ou stimuler immédiatement mon activité* », et il appliquait le *dictum* de Goethe en particulier à l'Histoire.

Sans aller jusqu'au rejet de toute science historique qui ne nous stimule pas dans notre vie quotidienne, car l'étude de l'Histoire peut être simplement distrayante, le test proposé par Nietzsche peut être appliqué avec succès à l'arbitrage de l'*Alabama*. Cette affaire est un exemple emblématique de l'utilité de l'Histoire du droit pour la compréhension de l'état du droit positif aujourd'hui. Son étude ne peut que stimuler notre activité intellectuelle au service de cette institution pacificatrice.

De plus, à un moment où l'arbitrage et le droit international font l'objet d'attaques multiples, le *dictum* de George Santayana nous incite à rechercher dans le passé les raisons pour lesquelles l'arbitrage s'est développé et épanoui, et d'imaginer pour le futur les types de conflits internationaux qui, au lieu d'être réglés, dégénéraient en l'absence de ce mécanisme neutre de résolution des différends transfrontaliers (27).

(25) *Cahier II*, Paris, CNRS, 1957, p. 935.

(26) *Unzeitgemässe Betrachtungen — Zweites Stück : Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben*, Leipzig, 1874.

(27) Il ne s'agit pas d'affirmer que l'arbitrage international contemporain constitue un mécanisme de règlement des différends effectivement neutre dans tous les cas, mais de reconnaître que cette institution a fait la preuve de son utilité, depuis un siècle environ, en offrant aux acteurs économiques internationaux un for qui ne soit pas affecté par les défauts des justices étatiques, quand celles-ci se trouvent dans la dépendance d'influences locales, forces politiques, sociales, économiques ou autres, qui les privent d'impartialité.

C) La neutralité britannique dans la guerre de Sécession

Comme les professeurs de droit le disent à leurs étudiants, dans les pays de *common law* où l'étude de la jurisprudence est si importante : « *You must master the facts of the case or case will master you* » (28). Il est nécessaire de considérer la base factuelle de l'affaire et de dire quelques mots de la guerre de Sécession et de la neutralité britannique.

Le 13 avril 1861, quelques jours après l'élection d'Abraham Lincoln à la présidence des Etats-Unis, l'artillerie de la Caroline du Sud ouvrit le feu sur un fort tenu par l'armée fédérale dans le port de Charleston. L'événement entraîna la révolte des onze Etats esclavagistes du Sud et déclencha un conflit meurtrier de quatre années entre le Nord et le Sud. La guerre, que les Nordistes ont qualifié de civile, les Sudistes y voyant l'exercice d'un droit de sécession, avait deux objets : l'abolition de l'esclavage et la préservation de l'Union constituée lors de la révolte des treize colonies contre la mère-patrie britannique, à partir de 1776.

Les enjeux étaient considérables. Si le Sud l'avait emporté, l'esclavage des Afro-Américains aurait continué pendant des décennies. Le Nord, sous la conduite de Lincoln, finit par gagner la guerre, mais cette victoire ne fut rien moins qu'évidente, quand le conflit éclata. De plus, si le Nord avait succombé, les Etats-Unis n'existeraient pas tels que nous les connaissons aujourd'hui : le continent Nord-américain serait divisé en trois Etats.

Quand la nouvelle de l'attaque sudiste sur Fort Sumter parvint à Londres, la Grande-Bretagne se trouva face à un cruel dilemme. Le Royaume-Uni avait lutté pour mettre fin au commerce international des esclaves depuis un demi-siècle (29). Mais les filatures et usines de tissage britanniques, notamment dans le Lancashire, dépendaient étroitement pour leur approvisionnement du coton, d'excellente qualité, produit par les plantations du Sud, au Mississippi et au Texas. Les deux sociétés — britannique et sudiste — présentaient de plus une structure hiérarchique et traditionnelle comparable. Aussi de larges segments de l'opinion publique du Royaume-Uni étaient-ils favorables à la cause du Sud (30).

(28) « *You must get the facts or the facts will get you* ».

(29) L'acte du Parlement (loi) d'abolition du commerce des esclaves date de 1807.

(30) Peut-être y avait-il aussi la *schadenfreude* de voir exploser l'union des colonies rebelles, qui avaient arraché leur indépendance à la métropole par la guerre, et qui devenait un concurrent agaçant. Parmi les motifs du comportement

Que devait faire la Grande-Bretagne, maintenant que les Etats du Sud quittaient l'Union ? La réponse ne tarda guère. Les Britanniques s'abstinrent de prendre parti : un mois après le déclenchement des hostilités, le 13 mai 1861, la reine Victoria fit une proclamation de neutralité qui, immédiatement, fut jugée inadéquate, prématurée et inamicale par le Nord (31), et bienvenue, justifiée et encourageante par le Sud (32).

L'une des conséquences de cette neutralité était que la Grande-Bretagne devait s'abstenir d'apporter son aide à aucun des deux belligérants, empêcher ses nationaux de s'enrôler dans leurs armées et leurs marines respectives et interner les combattants des deux parties qui viendraient à se trouver sur son sol.

Au XIX^e siècle, les Puissances avaient adopté une législation interne en matière de neutralité, plus ou moins stricte, sur les armements dont la livraison était prohibée en temps de guerre. L'acte (britannique) de neutralité de 1819 interdisait la fourniture de vaisseaux équipés (« *fitted out* ») pour la guerre. Il ne proscrivait pas la fourniture de navires encore non préparés aux hostilités, ni d'armes à feu pour l'infanterie (canons, fusils et munitions).

Les deux belligérants, dépourvus d'industrie d'armement, s'approvisionnèrent abondamment auprès des manufactures privées britanniques, en particulier en fusils et munitions. Les chantiers navals anglais construisirent des navires pour le Sud,

britannique, l'intérêt (économique) le disputait au sentiment (antiesclavagiste) : les métallurgistes du Nord des Etats-Unis avaient fait adopter par le Congrès des tarifs douaniers pour protéger leur industrie naissante. Ces droits de douane gênaient les exportations du Royaume-Uni : « *Nous haïssons l'esclavage, écrivait lord Palmerston, à un correspondant américain, mais nous haïssons encore plus le bill Morrill [le tarif douanier]* ».

(31) Pour le Nord, il s'agissait d'une guerre civile, d'une guerre interne. De plus, le Sud étant dépourvu de marine de guerre, les hostilités n'avaient pas commencé sur mer. La déclaration de neutralité britannique était donc tout à fait prématurée, et le signe d'une bienveillance pour le Sud. Par comparaison, le gouvernement français avait agi avec une neutralité beaucoup plus stricte : il avait bloqué, par mesure administrative, les commandes de navires confédérés passées auprès de chantiers navals de Nantes et de Bordeaux.

(32) Pour le Sud, il s'agissait de l'exercice légal d'un droit de sécession. De plus, le blocus immédiatement décidé par le président Lincoln équivalait à un acte de guerre. Cette déclaration de neutralité entre les belligérants plaçait les deux parties sur un pied d'égalité, vis-à-vis des Britanniques, sans toutefois opérer la reconnaissance diplomatique formelle du Sud comme un Etat. Le Sud y vit effectivement une marque de bienveillance et une incitation à se rapprocher de la Grande-Bretagne pour ses fournitures de guerre.

qui en fit des vaisseaux de guerre. Des Britanniques s'engagèrent dans les armées de terre des deux belligérants, ainsi que dans la marine confédérée (33), dans des ports du Royaume-Uni, de sa métropole et de ses colonies.

Le Sud se tourna vers les chantiers navals de Liverpool, de Londres, de Glasgow et de Newcastle. Il se procura une véritable flottille de plusieurs dizaines de navires (34), qui coula une bonne partie de la flotte commerciale du Nord, et même un vaisseau de l'*US Navy* (35).

Le *CSS Alabama*, initialement désigné « coque 290 » (36), captura ou détruisit à lui seul, en deux années de carrière, soixante-dix navires de commerce nordistes. Il était commandé par un homme remarquable, le capitaine Raphaël Semmes, qui était, en même temps qu'officier de marine, un internationaliste (37). Après la guerre, Semmes devint professeur de philosophie. A sa mort, d'une indigestion de crevettes avariées, semble-t-il, la ville de Mobile (38) (Alabama) lui érigea une statue, qui est aujourd'hui l'objet de controverse et d'attaques de militants qui souhaitent l'élimination des monuments sudistes, qu'ils estiment célébrer la rébellion et l'esclavage.

Le *CSS Alabama* devint en son temps une légende, inspirant la composition d'une chanson afrikander, lors de son escale à Cape Town, en 1863 : « Daar kom die *Alabama* ! » : « Voici venir

(33) Il semble que, si les officiers étaient confédérés, une partie des équipages des *CSSs Alabama*, *Florida* et *Shenandoah* était formée de marins britanniques, et que ceux-ci aient été autant mercenaires et aventuriers qu'hommes d'équipage réguliers. Ces Britanniques avaient été embarqués à Liverpool et dans d'autres ports britanniques, comme Melbourne pour le *Shenandoah*.

(34) A la fin de la guerre, la Confédération avait fait mettre en chantier, à Glasgow, plusieurs cuirassiers, vaisseaux en cours d'invention, à l'époque, et s'appropriait à se doter d'une flotte de ligne. Ces vaisseaux furent rachetés par le gouvernement britannique, pour éviter leur livraison à la Confédération, qui aurait immanquablement provoqué une guerre avec les Etats-Unis.

(35) L'*USS Hatteras*.

(36) C'était la 290^e coque construite par les chantiers navals Laird de Birkenhead, en face de Liverpool. Le vaisseau ne reçut son nom d'*Alabama* qu'aux Açores, archipel portugais neutre, après avoir quitté frauduleusement les eaux britanniques.

(37) Semmes a écrit des mémoires sur sa carrière comme capitaine de la marine confédérée : *Memoirs of service afloat during the war between the States*, Baltimore, 1869, qui sont une source précieuse d'informations. Il en est de même de James Bullock, l'agent des Confédérés à Liverpool.

(38) Port sur le golfe du Mexique.

l'*Alabama* ! » (39) Il avait capturé un navire de commerce yankee, le *Sea Bride*, par temps clair, en vue de Cape Town. La population, massée sur les hauteurs, put observer le remorquage de la proie jusqu'au port. Elle réserva au capitaine Semmes un accueil de héros. Certains de ses biographes disent que cette réception en Afrique du Sud fut l'apogée de sa carrière d'officier de marine, sous les applaudissements des sympathisants et les encouragements des admiratrices (40).

En juin 1864, le *CSS Alabama* fut coulé par l'*USS Kearsarge*, au large de Cherbourg, où il venait de faire escale pour des réparations d'urgence. La scène a été immortalisée par Edouard Monet, venu de Paris par train spécial affrété par des curieux, prévenus par la presse nationale de l'imminence de l'engagement. Son tableau — *La Bataille* — est aujourd'hui accroché aux cimaises du musée des Beaux-Arts de Philadelphie.

La guerre de course était encore pratiquée à l'époque. Elle avait été abolie par le Traité de Paris de 1856, ratifié par la France, le Royaume-Uni, la Russie et une cinquantaine d'autres Etats, mais pas par les Etats-Unis (41). Des « lettres de marque » ou « lettres de commission » ou encore « lettres de course » étaient encore accordées par certains Etats en guerre à des particuliers.

A la déclaration de la guerre de Sécession, le président de la Confédération, Jefferson Davis, avait répliqué au blocus du Sud décidé par le président de l'Union, Abraham Lincoln, par une déclaration que le gouvernement sudiste accorderait des lettres de marque aux particuliers qui en feraient la demande.

Les lettres de course étaient des licences permettant à un armateur privé d'attaquer les navires ennemis, civils ou militaires, de se saisir de leur cargaison, et de partager les prises avec l'Etat

(39) De même que *La Marseillaise* n'est pas un chant pour enfants de chœur, *Daar kom die Alabama!* n'est pas une chanson de patronage : un couplet dit « Jeune fille, change les draps, Voici venir l'*Alabama* ! » Cette chanson est cependant toujours chantée par les chœurs des écoles et des universités. C'est un classique des célébrations de la communauté malaise d'Afrique du Sud. On en trouve plusieurs interprétations sur *YouTube*, notamment celle d'un chœur féminin enthousiaste, tapant des pieds en cadence, « *The Choralaires* ».

(40) V. W. F. Spencer, *Raphael Semmes — The Philosophical Mariner*, Tuscaloosa, 1997, pp. 162 et s.

(41) Selon la constitution des Etats-Unis (article 1, section VIII), le Congrès peut encore aujourd'hui émettre des lettres de marque. Le débat ressurgit régulièrement, à chaque conflit, sur le transfert de ce pouvoir à l'exécutif (président ou secrétaire d'Etat), et sur la légitimité de cette forme de privatisation de l'armée et de la guerre.

selon les dispositions d'un contrat de « chasse-partie ». Mais le Sud était dépourvu de marine de guerre, comme de marine privée, de commerce ou de course. L'offre de Jefferson Davies était motivée par la volonté de répondre par la surenchère aux annonces d'Abraham Lincoln.

Semmes enrageait de se faire traiter de « pirate » par la presse nordiste. Il se considérait comme un officier de la marine confédérée pratiquant la guerre de course en vertu d'une lettre de commission délivrée par le gouvernement sudiste.

Le navire qu'il commandait avait été construit en Grande-Bretagne, sous la supervision d'agents du gouvernement sudiste. Le financement en avait été assuré, semble-t-il, par des fonds confédérés(42). Le vaisseau avait reçu son drapeau, son nom et sa lettre de commission(43) de la Confédération, dans les eaux internationales, au large des Açores. Aucune convention de chasse-partie n'avait été conclue, ce qui suggère qu'il appartenait à la Confédération.

Semmes, assisté de deux officiers, siégeant comme tribunal des prises sur le pont de l'*Alabama*, allouait au gouvernement confédéré la cargaison, sauf quand elle était britannique, et la vendait dans un port neutre. Il finança ainsi ses campagnes (charbon, réparations, avitaillement), rémunérant les matelots de son équipage, dont des Britanniques tentés par l'aventure.

Les destructions commises par l'*Alabama*, le *Florida*, le *Shenandoah* et d'autres encore(44), ne changèrent pas le cours de la guerre en faveur du Sud. Toutefois, elles infligèrent des pertes considérables au Nord(45).

(42) La question de la provenance et de la nature — publique ou privée — des fonds est débattue, car la construction fut dirigée par des agents de la Confédération, depuis le bureau à Liverpool de la succursale locale de la compagnie de commerce (de coton), Fraser, Trenholm and Cy, de Charleston, dont l'associé gérant était également le trésorier (ministre des finances) de la Confédération.

(43) La question de l'effet international des lettres de commission émises par la Confédération, notamment sur la saisissabilité de vaisseaux pouvant être considérés comme constituant la marine de guerre d'un Etat belligérant, et donc des biens appartenant au domaine public d'un Etat étranger, même non reconnu, est l'une des questions juridiques importantes que trancha le tribunal arbitral.

(44) Le *Georgia* notamment.

(45) Le 7 avril 1865, deux jours avant la reddition des confédérés, à Appomattox, Ch. Fr. Adams, l'ambassadeur américain à Londres, écrivait à lord Russell, secrétaire au *Foreign Office* : « Vous ne trouverez rien de pareil dans l'histoire des nations modernes ». Et il détaillait ces dommages : deux cents navires de commerce pris

Les dommages *directs* résultaient de la destruction de navires de commerce — au nombre d'environ 150 au total — de la saisie de leur cargaison. Les armateurs du Nord négocièrent avec des confrères britanniques pour leur céder leurs navires et les faire passer officiellement sous le pavillon du Royaume-Uni.

Les dommages *indirects* — encore plus lourds — comprenaient les coûts liés à la prolongation du conflit. De combien de mois ou d'années précisément, cela restait à démontrer. Pour le Nord, sans les corsaires sudistes, la guerre, commencée en avril 1861, se serait achevée après la bataille de Gettysburg, en juillet 1863, première victoire nordiste et tournant de la guerre. Le conflit se termina en avril 1865. Ces deux années supplémentaires auraient coûté 2 milliards de dollars (46) à l'époque, environ 30 trillions d'aujourd'hui, plusieurs fois le budget annuel d'un Etat comme la France.

Ces pertes dites nationales, parce que subies par la Nation américaine, incluaient, outre le coût de la prolongation de la guerre, le passage sous pavillon britannique de la marine commerciale américaine, l'augmentation des primes d'assurance maritime provoquée par les risques accrus, la baisse des exportations, les fluctuations de change anormales.

Pour obtenir réparation des pertes nationales considérables, Charles Sumner, influent sénateur du Massachusetts, proposa que les Etats-Unis se saisissent du Canada voisin. Sumner était un homme étrange et irascible. Avant la guerre de Sécession, il avait été frappé d'invalidité, après avoir été battu à coups de canne : un membre du Congrès, élu de la Caroline du Sud, enragé par un discours anti-esclavagiste de Sumner, l'avait roué de coups. De Boston, Sumner avait fait le voyage de Paris pour se faire opérer par un chirurgien de renom, sans grand succès.

Si la Grande-Bretagne refusait de réparer les dommages indirects, en plus des dommages directs, Sumner proposait donc que les Etats-Unis envahissent et annexent le Canada. Le moyen

ou détruits, leur cargaison pillée, sept cents navires vendus à des Britanniques, le taux des assurances maritimes majoré, les frais de poursuite et de prolongation de la guerre etc. V. A. de La Pradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, tome II, 1923, p. 750, cité ci-après La Pradelle et Politis, *Recueil...*

(46) Dans son discours, au Sénat, le 13 avril 1869, Charles Sumner évaluait le coût total de la guerre à 4 milliards de dollars, dont la moitié pour la poursuite de la guerre après Gettysburg.

vindictaire proposé par Sumner n'était pas une menace à prendre à la légère. Sumner était un orateur enflammé (47) et le puissant président de la commission des affaires étrangères du Sénat. L'opinion publique nordiste était violemment anglophobe.

Le Canada était alors un conglomerat peu structuré de colonies de la couronne britannique, faible, divisé, miné par l'existence d'une minorité francophone (Québec, Nouvelle-Ecosse, Nouveau-Brunswick) résistante et peu encline à rester loyale à la Grande-Bretagne (48). Enfin, les Etats-Unis disposaient d'une armée sur pied aguerrie par cinq années de campagnes.

Mais, aux Etats-Unis, d'autres forces travaillaient à la paix. Le président élu en 1870, Ulysses Grant, pensait que le pays avait assez souffert de la guerre et que l'heure était à la reconstruction et à la recherche de financements. Aussi, plutôt que de montrer les dents aux politiciens de *Westminster*, il fallait faire les yeux doux aux banquiers de la *City*. L'incontrôlable Charles Sumner fut écarté de son poste de président de la commission des Affaires étrangères.

Les négociations n'avaient jamais entièrement cessé, depuis la fin de la guerre en 1865, sous le mandat peu brillant d'Andrew Johnson (49), mais elles n'avaient jamais abouti (50). Elles connurent une accélération après l'élection du général Ulysses Grant à la présidence des Etats-Unis. Une haute commission mixte composée de représentants des deux gouvernements,

(47) Notamment dans son discours au Sénat, lors du débat sur la convention Johnson — Clarendon qui aboutit au rejet de la convention (13 avril 1869). Vo. J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, Washington, vol. I, 1898, pp. 509 et s., cité ci-après J.B. Moore, *History and Digest...*

(48) C'est en réponse à ces menaces, afin de renforcer le Canada, que le Parlement britannique adopta le statut de 1867, qui donna au Dominion des institutions fédérales plus solides.

(49) Andrew Johnson (1808-1875), vice-président, succéda à Abraham Lincoln, quand celui-ci fut assassiné, en 1865. Traduit devant le Sénat par la procédure d'*impeachment*, Johnson fut acquitté de justesse. Son mandat fut terne.

(50) Les deux gouvernements s'étaient mis d'accord avec difficulté sur un projet de traité, qui ne comprenait aucune expression de regret de la Grande Bretagne et excluait les dommages indirects : la convention Clarendon — Johnson, du nom de ses négociateurs, le secrétaire au *Foreign Office*, lord Clarendon, et l'ambassadeur des Etats-Unis à Londres, Reverdy Johnson. Le Sénat américain, sous l'influence de Charles Sumner, rejeta le projet de traité à l'unanimité moins une voix (13 avril 1869), avec le soutien de l'opinion publique.

incluant des personnalités de premier plan⁽⁵¹⁾, fut établie. Elle reçut pour mission de négocier un projet de traité qui réglerait l'ensemble des contentieux entre les deux pays.

La commission pourrait trancher directement une question, ce qu'elle fit pour la navigation sur les grands Lacs et sur le fleuve Saint Laurent. Elle pourrait en renvoyer l'examen à une autre commission dont elle établirait le mode de constitution, ce qu'elle fit pour les réclamations des particuliers autres que les réclamations relatives aux dommages causés par les canonnières confédérées ou « *Alabama Claims* ». Elle pourrait enfin convenir d'un compromis d'arbitrage, ce qu'elle fit pour les *Alabama Claims*, pour le différend frontalier de l'île de San Juan (frontière Nord-Ouest entre le Canada et les Etats-Unis), et pour la fixation du montant des droits de pêche des ressortissants américains dans les eaux canadiennes.

La commission siégea à Washington pendant deux mois (mars-avril 1871) et élaborait un projet de traité complet. Achevé le 8 mai 1872, le texte fut approuvé par les deux gouvernements et par le Sénat américain et le Parlement britannique. Il fut ratifié par les deux chefs d'Etats. Les instruments de ratification furent échangés, le 17 juin 1871.

C'est une ironie de l'histoire que cela ait été un président américain qui avait été le général en chef des armées victorieuses du Nord, Ulysses Grant, et un premier ministre britannique qui avait soutenu la cause du Sud, William Gladstone, qui encouragèrent et conclurent ce compromis d'arbitrage, promesse de paix.

D) L'arbitrage lui-même

Pour les « réclamations généralement connues sous le nom d'*Alabama Claims* », comme disait le compromis⁽⁵²⁾ d'arbitrage inclus dans le traité (articles I à XI), en une rédaction qui

(51) La délégation britannique était dirigée par le comte de Grey et Rippon, plusieurs fois membre du cabinet, président du *Privy Council*, plus tard vice-roi des Indes. Et la délégation américaine, par Hamilton Fish, secrétaire d'Etat, c'est-à-dire ministre des Affaires étrangères.

(52) Dans la suite du texte l'expression « compromis » sera parfois employée pour désigner les articles I à XI du traité.

permettait une certaine souplesse d'interprétation (53), il était prévu d'établir un tribunal arbitral qui déciderait de la responsabilité éventuelle de la Grande-Bretagne et du quantum des dommages (54).

1°) *La constitution du tribunal arbitral (juin-décembre 1871)*

Le premier article du traité prévoyait que le tribunal serait constitué de cinq membres, dont deux seraient désignés par les parties, et les trois autres par des chefs d'Etat de pays neutres. Le second article fixait le siège du tribunal à Genève.

Les Etats-Unis désignèrent Charles Francis Adams, un homme de parfaite éducation et d'excellentes manières, une sorte de *gentleman* de la Nouvelle-Angleterre. Il avait été ambassadeur des Etats-Unis en Grande-Bretagne pendant toute la guerre de Sécession. Son grand-père, John Adams, avait été le deuxième président des Etats-Unis (1797-1801) et son père, John Quincy Adams, le sixième (1825-1829).

Le Royaume-Uni choisit un homme tout différent de tempérament, de dispositions et de réputation : le flamboyant, excentrique et controversé sir Alexander Cockburn, *lord chief justice* d'Angleterre et du Pays de Galles (55).

(53) Les commissaires américains et britanniques parvinrent à s'entendre sur les termes d'un compromis d'arbitrage pour le règlement du différend relatif aux dommages causés par les vaisseaux confédérés au prix de deux ambiguïtés grosses de difficultés pour l'arbitrage à venir. La première équivoque concernait l'objet du différend, désigné par l'expression d'*Alabama Claims*, dont les Américains pensaient qu'elle incluait non seulement les *private claims*, mais aussi les *national claims*, et les Britanniques qu'elle excluait les secondes. Quand cette ambiguïté éclata, elle faillit provoquer l'avortement de l'arbitrage. La difficulté fut réglée par une initiative habile du tribunal qui, sans se dire compétent, déclara la demande infondée en droit international. La deuxième ambiguïté concernait le droit applicable et la notion de la *diligence requisite*, c'est-à-dire du degré de la diligence requise d'un gouvernement neutre dans l'exécution de ses obligations vis-à-vis des belligérants. Cette seconde difficulté fut réglée par une interprétation hardie de la notion de diligence requise par le tribunal.

(54) Les dispositions relatives au règlement du différend concernant les « réclamations relatives à l'*Alabama* » figurent aux articles I à XII du Traité de Washington. Les cinq autres différends font l'objet des articles XIII à ILII du traité.

(55) Dans la hiérarchie judiciaire britannique, le *lord chief justice* est le magistrat le plus élevé, après le *lord chancellor*. Dans un système constitutionnel qui ignore la séparation des pouvoirs, le *lord chancellor* cumule les fonctions de magistrat supérieur, de ministre de la Justice (membre du cabinet), de *speaker* (président) de la chambre des lords, et de *keeper* (gardien) de la conscience du souverain. Le *lord chief justice* préside la division du banc du roi de la Haute cour de justice, la plus haute juridiction de *common law* du royaume. Dans une

Cockburn (56) était un brillant juriste, comme le montre son opinion dissidente dans l'arbitrage de l'*Alabama*. C'était un membre de l'*establishment* (57), mais son comportement moral (58) l'avait rendu *persona non grata* auprès de la reine Victoria, dont il avait séduit une dame de compagnie. Son souverain lui refusa exceptionnellement la pairie, dignité traditionnellement conférée à tout *lord chief justice*.

Cockburn avait un caractère hautain, si ce n'est méprisant, et une émotivité malade, qui le faisait exploser en sorties et outrages irréparables (59). Ses amis le disaient un génie, tels Charles Dickens ou sir Roundell Palmer (60) qui, *fair play* semblait-il, attribuait ses qualités à son ascendance française (61). C'était la personnalité la plus marquante du tribunal mais, comme l'admet un commentateur (62), « *not a happy selection for the fortunes of Great-Britain.* »

société où la *rule of law* est un principe cardinal, où la justice et le droit sont l'objet d'un profond respect, la fonction de *lord chancellor* et celle de *lord chief justice* sont revêtues d'une dignité au moins égale, si ce n'est supérieure, à celles qui entourent respectivement les fonctions de garde des sceaux, de premier président de la Cour de cassation, de président du Conseil constitutionnel ou de vice-président du Conseil d'Etat, en France.

(56) Sur sir Alexander Cockburn, v. le *Dictionary of National Biography*, Londres, 1895, vol. XI, V.V. Veeder [senior], « Sir Alexander Cockburn », *Harvard Law Review* 14, 1900, pp. 11 et s., et le portrait vivant qu'en brosse F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration...*, pp. 220 à 223.

(57) Son oncle avait commandé les troupes britanniques qui prirent et incendièrent Washington, lors de la guerre de 1812-1814.

(58) Dans sa jeunesse, il avait fait des dettes, échappé à ses créanciers par des moyens aventureux. Dans son âge adulte, il vivait en concubinage avec sa maîtresse et leurs enfants, et ceci en pleine époque de moralité victorienne.

(59) Voir *infra* les incidents qui l'opposèrent aux autres membres du tribunal, ainsi que plusieurs passages de son opinion dissidente désobligeants pour l'arbitre suisse et même pour le président du tribunal.

(60) Sir Roundell Palmer était le conseil de la Grande Bretagne dans l'arbitrage de l'*Alabama*.

(61) Il était né, en France, d'une mère Française, Yolande de Vigner. Sir Roundell Palmer, l'agent de la Grande Bretagne dans l'arbitrage, écrit à propos de Cockburn : « *He had gifts approaching to genius. French on his mother's side, with a perfect knowledge of that language, and other fine accomplishments, he had a Frenchman's clearness, vivacity and mobility of intellect ... His life had been irregular; his amour-propre was strong, and his feelings were quick and excitable.* » *In Memorials, Part II Personal and Political*, vol. 1, Londres, 1898, pp. 495 et 496, cité par F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration*, p. 222.

(62) F.W. Hackett, *ibidem*.

Les trois autres arbitres furent nommés respectivement par le roi d'Italie, Victor-Emmanuel II, qui choisit le comte Federico Sclopis, ancien ministre et président de cour suprême, alors sénateur d'Italie ; par le président de la Confédération helvétique, qui désigna Jacob Stämpfli, ancien président de la Confédération helvétique ; et par l'empereur du Brésil, Pierre II, qui appela le vicomte d'Itajuba, grand de l'Empire du Brésil, alors ambassadeur à Paris, auparavant professeur de droit.

Les arbitres se réunirent pour la première fois, le 15 décembre 1871, à Genève. Ils vérifièrent leurs pouvoirs et déclarèrent le tribunal constitué. Sur la proposition conjointe de Charles Fr. Adams et d'Alexander Cockburn, les arbitres désignés par les deux parties, les arbitres choisirent le comte Sclopis comme président (63), et se donnèrent un secrétaire (64). Les parties étaient représentées, l'une et l'autre, par des agents (65) et par des conseils de grande qualité (66).

Outre le mécanisme de constitution du tribunal, le compromis d'arbitrage du Traité de Washington avait stipulé des dispositions relatives au droit applicable, que nous allons voir maintenant, et d'autres concernant la procédure, qui seront exposées ensuite.

(63) Le roi d'Italie venait en premier dans la liste des autorités de désignation des arbitres neutres figurant à l'article I al. 2 du traité de Washington.

(64) Charles Favrot, qui avait la qualité de s'exprimer parfaitement en anglais, ce qui n'était pas le cas de la majorité des membres du tribunal.

(65) Les Etats-Unis avaient pour agent M. J.C. Bancroft Davis, bras droit du secrétaire d'Etat, Hamilton Fish, plusieurs fois secrétaire d'Etat adjoint. Tous deux avaient été négociateurs du Traité de Washington. La Grande-Bretagne avait pour agent lord Tenterden, du *Foreign Office*, plus tard sous-secrétaire au *Foreign Office*.

(66) Les Etats-Unis avaient pour *lead counsel* dans l'arbitrage, M. Caleb Cushing, avocat à la Cour suprême, auparavant *attorney general* des Etats-Unis, qui avait été fait général (dans la guerre du Mexique) par le président Pierce, pour avoir levé un régiment à ses frais. C'était une très forte personnalité et un bourreau de travail. C'est lui qui rédigea la majeure partie des écritures des Etats-Unis, notamment le mémoire (« *a hard hitting document* », selon J.B. Moore, *History and Digest*..., p. 555), qui, dès le début de la procédure écrite, mit la Grande Bretagne en difficulté. Les deux autres *counsel* des Etats-Unis étaient M. William Maxwell Evarts (avocat au barreau de New York, en relation avec les armateurs de Boston et de New York à l'origine de la majorité des *Alabama Claims*), et M. Morrison R. Waite (avocat de l'Ohio). La Grande-Bretagne avait pour conseil sir Roundell Palmer, qui avait été d'abord avocat, puis *solicitor general*, *attorney general*, député à plusieurs reprises, et qui fut chancelier (lord Selborne) par la suite (de 1872 à 1874 et de 1880 à 1885) ; il était assisté de M. Montague Bernard, professeur de droit international à l'université d'Oxford et également commissaire britannique pour la négociation du Traité de Washington, et de MM. Arthur Cohen, avocat à la cour de l'amirauté, et Sydney Young, qui avaient établi un rapport sur le montant des diverses *Alabama Claims*, à la demande du *Board of Trade* britannique.

2°) Le droit applicable

Le Traité comprenait un article VI ainsi rédigé :

« Pour le jugement des questions qui leur seront soumises, les arbitres seront guidés par les trois règles suivantes, que les Hautes Parties Contractantes conviennent d'accepter comme règles applicables au litige, et par les principes du droit des gens, non incompatibles avec ces règles, que les arbitres jugeraient applicables à l'affaire :

Règles

Un gouvernement neutre est tenu :

1° D'user de la diligence requise pour empêcher le lancement, l'armement ou l'équipement dans sa juridiction de tout vaisseau qu'il a juste motif de croire destiné à croiser ou à entrer en guerre contre une puissance avec laquelle il est en paix ; et aussi d'employer la même diligence à empêcher le départ de sa juridiction de tout vaisseau destiné à croiser ou à entrer en guerre comme il a été dit ci-dessus, quand ce vaisseau a été spécialement adapté, en tout ou en partie, dans cette juridiction, à un usage de guerre ;

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

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

L'article VI poursuivait en indiquant la portée et la justification passée, actuelle et future de ces trois règles :

« Sa Majesté Britannique a ordonné à ses hauts commissaires de déclarer que le Gouvernement de Sa Majesté ne peut donner son assentiment aux règles ci-dessus comme étant l'expression de principes de droit international, en vigueur à l'époque (67) où les réclamations mentionnées à l'article I ont pris naissance. Mais, afin de prouver son désir de fortifier les rapports d'amitié des deux pays et de pourvoir d'une manière satisfaisante aux

(67) Nous soulignons.

éventualités de l'avenir (68), le Gouvernement de Sa Majesté Britannique consent à ce que, dans le jugement des questions soulevées entre les deux pays par ces réclamations, les arbitres supposent que le Gouvernement de Sa Majesté Britannique a entendu se conformer aux principes énoncés dans ces règles.

Les Hautes Parties Contractantes conviennent d'observer ces règles entre elles à l'avenir et de les porter à la connaissance des autres puissances maritimes, en les invitant à y accéder ».

Cette rédaction toute diplomatique est étonnante en ce qu'elle établit des règles rétroactives et qu'elle tente de justifier cette mesure extraordinaire. Le droit de la guerre et de la neutralité (maritime en particulier) était peu développé (69). La guerre de course n'était pas encore bannie universellement. La fourniture d'armes aux belligérants était peu encadrée. Comme on l'a vu, tant le Nord que le Sud s'étaient approvisionnés en Grande-Bretagne en canons, fusils, munitions. Le *Foreign Enlistment Act* britannique de 1819 réprimait bien l'enrôlement de sujets dans les armées de belligérants avec lesquels le royaume resterait neutre. Mais la construction de vaisseaux restait licite, pourvu qu'ils ne soient pas équipés militairement en Grande-Bretagne. Les failles du texte étaient béantes : une habile coordination permettait de fournir des vaisseaux de guerre aux belligérants.

La rédaction de l'article VI exprimait le consentement britannique à l'adoption d'une loi plus sévère que le droit international en vigueur au moment de la guerre de Sécession, plus sévère aussi que le droit interne de la neutralité de l'un et de l'autre pays.

L'article VI ne disait pas que la *construction* de vaisseaux de guerre était prohibée. Mais il imposait aux deux gouvernements l'obligation nouvelle d'user de diligence pour empêcher, outre l'équipement (*fitting out*), le départ de tout vaisseau qu'il aurait juste motif de croire destiné à entrer en guerre contre une puissance avec laquelle il serait en paix. Il prohibait aussi l'utilisation de ses ports par un belligérant comme base d'opérations navales.

L'adoption des « trois règles de Washington » alourdissait la responsabilité du gouvernement britannique pour le passé : la Grande-Bretagne risquait de donner aux États-Unis des bâtons

(68) *Idem.*

(69) V. R. W. Tucker, *The Law of War and Neutrality at Sea*, Newport, Rhode Island, 1955, pp. 3 à 11, 56, 117, 202 et s.

pour se faire battre par le tribunal arbitral. Pour l'avenir, ces règles alourdissaient les engagements de neutralité des deux gouvernements, en particulier des Etats-Unis, dont le droit interne de la neutralité internationale était aussi peu exigeant que celui du Royaume-Uni. Les trois règles donnaient à la Grande-Bretagne des moyens futurs de défense militaire : elles imposaient aux Américains des obligations de neutralité maritimes efficaces, dans le cas de conflits internationaux à venir, où les Etats-Unis resteraient neutres.

L'avenir (avec l'entrée en guerre tardive des Etats-Unis lors de la Première et de la Deuxième Guerre mondiale) montra que les hommes d'Etat britanniques avaient été clairvoyants. Il faut dire que les motifs d'alarme s'accumulaient. En 1866, la Prusse avait battu l'Autriche-Hongrie (bataille de Sadowa). Le mouvement d'unification de l'Allemagne, en cours depuis 1840, risquait de se faire sous la direction et la domination d'une Prusse autoritaire, militariste et impérialiste. Et celle-ci cherchait une guerre avec la France, qu'elle remporta effectivement, en septembre 1870.

La perspective d'une Europe continentale dominée par une Allemagne prussienne était l'inquiétude de la diplomatie anglaise. Au début de 1871, il devenait urgent de « pourvoir aux éventualités de l'avenir », de se réconcilier avec les Etats-Unis, et d'obtenir d'eux des garanties de neutralité maritime sérieuses. Là se trouve l'explication du style diplomatique et de la rédaction alambiquée de cette deuxième partie de l'article VI du Traité de Washington (70).

(70) Cette explication est confirmée par l'interprétation donnée par Charles Fr. Adams de la diligence requise par le Neutre, selon l'article VI du Traité, lors de la discussion au sein du tribunal, début août 1872. Charles Francis Adams, ancien ambassadeur, proposait de rechercher la définition de la diligence requise en se plaçant sur le plan diplomatique. Rappelant que la Grande Bretagne s'était engagée vis-à-vis des Etats-Unis par un traité, il insistait sur la parfaite réciprocité des engagements. Pour interpréter la notion de la diligence requise, il fallait « *considérer ce qu'une nation croirait avoir le droit de réclamer d'une autre, si leurs positions relatives étaient précisément inversées* ». Cette opinion ne semblait pas donner une réponse juridique nette à la question posée. L'arbitre américain rappelait à la Grande-Bretagne ses motivations dans la négociation et la conclusion du Traité de Washington. Un facteur important de la décision du Royaume-Uni avait été d'obtenir des Etats-Unis des garanties de neutralité effectives dans la perspective d'un conflit à venir en Europe, dans lequel les Etats-Unis resteraient neutres. Limiter la portée de la diligence requise dans l'arbitrage présent aurait pour effet de réduire les obligations de neutralité de l'Amérique à l'avenir. L'allusion du diplomate était transparente.

Outre ces dispositions relatives au droit applicable, le compromis d'arbitrage convenu par le traité de Washington contenait plusieurs stipulations réglant la procédure.

3°) *La procédure arbitrale (15 décembre 1871-14 septembre 1872)*

Le compromis stipulait que les parties soumettraient un mémoire dans les six mois de la ratification du Traité (71), un contre-mémoire dans les quatre mois suivants (72), et des conclusions dans les deux mois du dépôt des contre-mémoires (73). Ces trois jeux d'écritures, accompagnés des documents, de la correspondance officielle et des autres preuves, devaient être échangés simultanément. Les négociateurs du Traité de Washington, en prévoyant les mécanismes de règlement des six catégories de différends, s'étaient refusés, contre toute évidence mais pour des raisons de susceptibilités nationales supérieures, à reconnaître aux deux parties les statuts de demandeur et de défendeur dans les différentes affaires.

L'article V, relatif aux conclusions, énonçait in fine que « *les arbitres pourront, s'ils désirent obtenir de plus amples éclaircissements sur un point quelconque, demander un exposé ou mémoire écrit ou imprimé, ou une plaidoirie ; mais, en pareil cas, l'autre partie aura le droit de faire une réponse orale ou écrite, selon le cas* ». La procédure serait donc entièrement écrite, sauf la faculté laissée au tribunal de demander une plaidoirie aux parties.

L'article VII, relatif à l'instruction, disposait que « *le Tribunal déterminera d'abord, pour chaque navire séparément, si la Grande-Bretagne a, par un acte ou une négligence quelconque, failli à l'accomplissement d'aucun des devoirs prescrits dans les trois règles précédentes ou reconnus par les principes du droit international non incompatibles avec ces règles, et certifiera le fait pour chacun desdits navires. Au cas où le Tribunal trouvera que la Grande-Bretagne a failli..., il pourra... allouer une somme en bloc* » (74).

(71) Article III du Traité. La ratification du traité, par l'échange des instruments, avait eu lieu le 17 juin 1871.

(72) Article IV du Traité.

(73) Article V du Traité.

(74) Dans le cas où il ne le ferait pas, et alors que le tribunal aurait jugé la Grande-Bretagne responsable, les deux parties conviendraient de nommer une commission d'assesseurs, qui évaluerait les réparations, selon le degré de responsabilité admis par les arbitres (article X).

Le compromis stipulait que le tribunal déciderait à la majorité (75). La sentence devrait être rendue dans les trois mois de la dernière plaidoirie (à la discrétion du tribunal) des parties (76).

a) Le dépôt des mémoires (15 décembre 1871) et contre-mémoires (15 avril 1872)

La remise du premier mémoire des deux parties eut bien lieu dans les six mois de l'échange des ratifications (77), le 15 décembre 1871, de même que la remise du contre-mémoire dans les quatre mois suivant (78), soit le 15 avril 1872.

Dans les jours qui suivirent le dépôt des mémoires, fin décembre 1871, la presse britannique commença à se faire l'écho des passages du mémoire des Etats-Unis qui réclamaient, outre la réparation des dommages directs, celle des dommages indirects, évalués par Charles Sumner à la somme astronomique de plusieurs milliards de dollars (79). Début janvier, la presse de Londres demanda des explications à son gouvernement, et elle exigea, soit que le Royaume-Uni se retirât du Traité, s'il n'avait pas accepté de soumettre ces demandes à l'arbitrage, soit qu'il reprenne cette délégation de pouvoir et répudie la compétence du tribunal arbitral, s'il l'avait si stupidement reconnue (80). L'opinion publique britannique s'enflammant, les deux gouvernements échangèrent des notes diplomatiques. Devant le tribunal arbitral, l'agent du Royaume-Uni provoqua un incident de procédure.

b) L'incident de procédure relatif à la compétence du tribunal (janvier-juin 1872)

Les Américains affirmaient que le traité avait adopté une terminologie générale et englobante en choisissant l'expression de « réclamations connues sous le nom d'*Alabama Claims* ». Les Britanniques invoquaient l'absence de consentement et menaçaient de se retirer du Traité et de l'arbitrage. Interpellé à

(75) Article II du Traité.

(76) Article VII al. 1^{er} du Traité.

(77) Article III du Traité.

(78) Article IV du Traité.

(79) Discours au Sénat du 13 avril 1869.

(80) Le *Morning Advertiser* du 4 janvier 1872, cité in La Pradelle et Politis, *Recueil...*, p. 830, écrivait : « Si nous avons été assez imbéciles et fous, dans nos négociations... ».

la chambre des communes, le 6 février 1872, le premier ministre, William Gladstone, répondait :

« *C'est une interprétation contraire au bon sens que des négociateurs pussent avoir eu l'intention d'admettre, dans un arbitrage pacifique, des réclamations que, dans les pires extrémités de la guerre et les plus durs revers de la mauvaise fortune, un peuple, auquel il resterait une étincelle de raison, n'accepterait qu'à la dernière extrémité* » (81).

Le 15 avril, la Grande-Bretagne déposa néanmoins son contre-mémoire, en même temps que les Etats-Unis. Parallèlement, les deux gouvernements cherchaient sans succès à convaincre le Parlement et le Sénat de faire des concessions.

Le 15 juin, lors d'une audience du tribunal arbitral, l'agent des Etats-Unis soumit ses dernières écritures : les conclusions de son gouvernement. L'agent britannique, au lieu de faire de même, remit au tribunal une note qui regrettait que les deux gouvernements n'aient pu réduire leur désaccord sur la compétence du tribunal arbitral (82). Il demandait un ajournement (83) du tribunal pour huit mois, afin que les deux parties négocient une convention supplémentaire au sujet des dommages indirects.

Si le tribunal avait accepté une demande d'ajournement aussi longue, cela aurait très probablement signifié la rupture du Traité et la fin de l'arbitrage, car l'impuissance des deux gouvernements était manifeste. Le blocage était politique (84), diplomatique (85) et juridique (86).

(81) Le 6 février 1872. V. *Hansard*, 3^e série, CCIX, pp. 33 et s.

(82) Le Parlement britannique et le Congrès américain n'avaient pu trouver un compromis.

(83) Les instructions données à l'agent britannique par son gouvernement étaient d'obtenir un ajournement ou de se retirer. L'agent et les avocats britanniques étaient persuadés qu'ils allaient quitter Genève et rentrer à Londres.

(84) Il s'agissait de convaincre l'opinion publique américaine de renoncer à la demande de réparation pour les dommages indirects et l'opinion publique britannique de faire confiance au tribunal arbitral pour l'évaluation des dommages directs, et de faire ensuite entériner ces deux points par les deux législatifs.

(85) Comment empêcher la Grande-Bretagne de se retirer du traité, ce qu'elle était prête à faire, si le tribunal lui refusait l'ajournement qu'elle demandait ? Et si le tribunal acceptait d'accorder l'ajournement de huit mois (alors que la négociation par la commission interétatique n'avait pris que deux mois), ne serait-ce pas « l'avortement de l'arbitrage », étant donné l'incapacité des deux gouvernements à s'entendre, depuis six mois ?

(86) Comment interpréter l'expression d'*Alabama Claims* ? Sur quelle base le tribunal arbitral pouvait-il s'appuyer pour tenter de régler la difficulté ?

A Genève, les arbitres, agents et conseils des parties se rencontraient en réunions informelles à leurs domiciles et tentaient de trouver une issue. Le consensus au sein du tribunal touchait à l'unanimité. Seul l'arbitre britannique pensait que les dommages indirects ne rentraient pas dans la compétence du tribunal. Tous les arbitres sans exception (87) pensaient que la demande américaine de réparation des dommages indirects n'avait aucun fondement juridique et devrait être rejetée, si le tribunal avait à l'examiner. Ils étaient encore unanimes à penser qu'un ajournement aussi long mènerait à la rupture du Traité. La solution vint des diplomates (88).

Charles Fr. Adams, l'arbitre américain, proposa d'abord que les arbitres examinent la question des dommages directs et renvoient aux deux gouvernements la question des dommages indirects. L'agent de la Grande-Bretagne, lord Tenterden, refusa. Adams proposa ensuite de « *prendre le taureau par les cornes* » (89) et d'examiner en premier la question des dommages indirects. Tenterden refusa de laisser le tribunal aborder la question des dommages indirects et de reporter à plus tard l'examen de la question des dommages directs, car la Grande-Bretagne déclinait la compétence du tribunal sur les dommages indirects. L'arbitre américain se tourna vers une autre solution : une déclaration (90) du tribunal arbitral qui permettrait l'exclusion des dommages indirects. L'agent britannique répondit que toute déclaration du tribunal sur les dommages indirects ne pourrait être qu'extrajudiciaire ; que sir Alexander ne devrait pas s'y associer ; et qu'elle n'engagerait pas les parties.

Charles Fr. Adams prépara un projet de déclaration qui ne satisfaisait pas entièrement la Grande-Bretagne, qui craignait que les arbitres ne prennent en considération les dommages indirects en fixant le montant des dommages directs. En effet, grande était

(87) Le secrétaire d'Etat américain, Hamilton Fish, avait indiqué à Charles Fr. Adams, au moment de sa désignation, que les Etats-Unis se satisferaient de l'absence de réparation des dommages indirects, si les dommages directs étaient indemnisés.

(88) Elle fut l'œuvre des deux agents des parties (lord Tenterden, du *Foreign Office*, et J.C. Bancroft Davis, du secrétariat d'Etat) et des diplomates parmi les arbitres (Charles Fr. Adams et le vicomte d'Itajuba).

(89) Lettre manuscrite de J.C. Bancroft Davis, l'agent des Etats-Unis, au secrétaire d'Etat, Hamilton Fish, du 15 juin 1872, cité in F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration...*, p. 238.

(90) Le compromis ne prévoyait qu'une seule sentence globale ; une sentence intérimaire était exclue.

la réticence de l'opinion publique britannique à l'égard de l'arbitrage en cours, à la suite des révélations de la presse sur la reprise par le mémoire américain des réclamations pour les dommages indirects.

Finalement, au bout de quatre jours de négociations, un texte recevant l'approbation générale fut convenu (91). Le 19 juin, le président du tribunal fit, au nom de tous les arbitres (92), une déclaration (93), qui permit de sauver le Traité et l'arbitrage :

« *Les arbitres jugent qu'il est à propos de déclarer que ... ils sont arrivés tous, et chacun en particulier (94), à la conclusion suivante : que ces réclamations, d'après les principes du droit international applicables en pareil cas, ne constituent pas une base suffisante pour fonder un jugement de compensation ou un calcul d'indemnité entre nations, et que, d'après ces mêmes principes, les dites réclamations devraient être entièrement exclues de la considération du Tribunal dans son jugement, quand bien même il n'y eût pas eu de désaccord entre les deux Gouvernements relativement à la compétence du Tribunal (95).* »

Pour le tribunal unanime, les réclamations indirectes n'étaient pas fondées en droit international de la responsabilité et elles seraient exclues de la considération des arbitres.

Les arbitres avaient pris de grandes précautions oratoires pour ne pas donner prise aux critiques britanniques sur l'exercice de leur juridiction. Ils déclaraient n'avoir aucune intention d'exposer, même implicitement, aucun avis sur le point de désaccord entre les deux gouvernements concernant l'interprétation du traité (la question de la définition des *Alabama Claims*). Mais il leur

(91) V. le compte rendu de ces journées donné par V.V. Veeder, in « The Historical Keystone ... », pp. 39 à 41, et sa source, le chapitre VII *The Treaty Saved* de F.W. Hackett, in *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration*, pp. 207 à 265, qui lui-même s'appuie sur le récit des négociations donné par J.C. Bancroft Davis, l'agent des Etats-Unis, dans un rapport au secrétaire d'Etat et dans son livre *Mr. Fish and the Alabama Claims, a Chapter in Diplomatic History*, Boston et New York, 1893, pp. 98 à 103.

(92) L'une des options envisagées avait été que la déclaration soit faite au nom des trois arbitres neutres seuls.

(93) Le texte complet (en anglais) de la déclaration est reproduit en annexe III de l'ouvrage de F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal...*, pp. 393 à 395.

(94) L'unanimité (c'est-à-dire l'adhésion de sir Alexander Cockburn) était importante : elle laissait entendre que le gouvernement britannique approuvait la démarche du tribunal et la déclaration.

(95) Les arbitres restaient discrets sur l'exercice de leur compétence.

semblait clair que l'ajournement demandé avait pour but essentiel la solution du problème de la soumission au tribunal des dommages indirects (la question de la compétence du tribunal). Et que le désaccord des deux parties risquait non seulement de rendre l'ajournement sans utilité, mais de « *provoquer l'avortement complet de l'arbitrage* ».

Le 25 juin, l'agent du gouvernement américain, Bancroft Davis, annonça que le président des Etats-Unis acceptait la déclaration du comte Sclopis, au nom du tribunal arbitral unanime, « *comme exprimant le jugement porté par le Tribunal sur l'importante question de droit public soulevée* », c'est-à-dire sur l'admissibilité en droit international d'une responsabilité pour dommages indirects, en excluant cette responsabilité (96).

L'agent des Etats-Unis déclarait en conséquence que « *ces réclamations ne seraient plus présentées au Tribunal (97) et qu'elles pourraient être exclues de considération dans la sentence* ». Le tribunal ayant donné son avis par avance, il ne serait plus utile d'insister sur cette classe de réclamation. Comme l'écrit avec humour F.W. Hackett : « *Ainsi, les réclamations indirectes, après avoir causé un désordre quasi interminable entre les deux familles, furent portées en terre et inhumées, dans la dignité, dans le cimetière international* » (98).

Le 27 juin, lord Tenterden annonça que la Grande-Bretagne retirait sa demande d'ajournement et demandait au tribunal de déposer ses conclusions récapitulatives prévues par l'article V du traité (99). Ce qui fut accepté avec soulagement par le tribunal et les deux parties confondues.

(96) Le président Grant et le secrétaire d'Etat, Hamilton Fish, indiquaient à l'agent des Etats-Unis, dans leur télégramme disant leur acceptation de la déclaration du tribunal, que celle-ci constituait le but que le gouvernement se proposait en soumettant ces réclamations au tribunal : « *Nous ne recherchions pas une condamnation pécuniaire, mais l'opinion du Tribunal sur la responsabilité d'un Etat neutre pour des réclamations de ce type* ». Cité in F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal...*, p. 255.

(97) Les Etats-Unis refusèrent de laisser la Grande-Bretagne dire, quand elle marqua son accord sur la déclaration, le 27 juin, qu'ils auraient « *abandonné* » (« *relinquished* ») ces réclamations.

(98) F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal...*, p. 262.

(99) L'agent des Etats-Unis, Bancroft Davis, envoya un laconique télégramme de victoire au secrétaire d'Etat, Hamilton Fish : « *British argument filed. Arbitration goes on* ».

Le président demanda au secrétaire du tribunal d'inclure dans le procès-verbal que les réclamations indirectes seraient entièrement exclues de sa considération. Puis il fit un vibrant discours de remerciement à ses collègues pour l'avoir appelé à la fonction de président et aux deux gouvernements pour leurs efforts pour régler leur différend par l'arbitrage (100), pour avoir sauvé le Traité et l'arbitrage.

La phase de soumission des trois jeux d'écritures des parties étant terminée, la question des dommages indirects étant hors de cause, la procédure arbitrale pouvait reprendre son cours. Le tribunal était en mesure d'aborder l'instruction de l'affaire sur les dommages directs, cœur du différend. Mais la réticence des Britanniques n'était pas encore apaisée : elle portait maintenant sur l'instruction des dommages directs. La Grande-Bretagne provoqua un nouvel incident de procédure.

c) L'incident de procédure relatif à l'instruction de l'affaire par le tribunal (27 juin-6 août 1872)

A la fin du discours du président, l'agent britannique, qui venait de déposer ses conclusions récapitulatives, demanda qu'une possibilité lui soit offerte de présenter des « conclusions supplémentaires ». Celles-ci porteraient sur des points importants : principes juridiques, faits, réponse aux inexactitudes et aux allégations nouvelles des écritures américaines etc. Il demandait en fait une réouverture complète de la procédure écrite ; et un délai de six semaines pour déposer ses conclusions supplémentaires.

Le tribunal s'estimait suffisamment informé par les trois jeux d'écritures, qui avaient donné aux parties ample possibilité d'exposer leurs arguments. Il rejeta cette demande au motif que, selon l'article V, seuls les arbitres pouvaient demander des éclaircissements aux parties.

Le 28 juin, l'arbitre britannique reprit à son compte la demande de l'agent du Royaume-Uni, citant huit points de droit qui, selon lui, nécessitaient, une élucidation par les conseils des parties. Les autres arbitres refusèrent.

Le 15 juillet, le président déclara qu'il était nécessaire que le tribunal établisse la méthode qu'il suivrait pour instruire l'affaire. L'arbitre suisse rappela les termes de l'article VII du Traité

(100) La Pradelle et Politis, *Recueil...*, p. 846 : « *On recherche s'il est possible de soumettre ces conflits d'opinion entre deux nations au jugement d'un tribunal de raison, au lieu de l'arbitrage sanglant des armes* ».

(le compromis), relatif à l'instruction : « *le Tribunal déterminera d'abord, pour chaque navire séparément, si la Grande-Bretagne a, par un acte ou une négligence quelconque, failli à l'accomplissement d'aucun des devoirs prescrits dans les trois règles précédentes ou reconnus par les principes du droit international non incompatibles avec ces règles, et certifiera le fait pour chacun desdits navires* ».

L'arbitre britannique s'opposa à cette méthode et demanda un examen préalable approfondi des questions de droit, car ces points n'avaient pas été assez débattus. Les arbitres, disait-il, avaient besoin de lumières supplémentaires et les délibérations devaient progresser avec une sage lenteur : « *We are here as judges and as such must deliberate slowly and not act hastily* » (101). Les autres arbitres exprimèrent leur préférence pour le plan proposé par l'arbitre suisse, Jacob Staempfli, qui semblait mieux correspondre aux stipulations du compromis.

Le lendemain, à l'audience du 16 juillet, sir Alexander remit à ses coarbitres une note demandant que le tribunal sollicite les « *lumières des conseils des parties* », pour l'aider à résoudre les difficiles questions de droit que soulevait l'affaire, notamment la question de la diligence requise par l'Etat neutre. Pour leur compréhension, il était nécessaire de « *rassembler, sous une forme concentrée et appréciable, les arguments dispersés dans la masse considérable des documents des deux parties* ». Enfin, le tribunal devait veiller à ce que

« *sa procédure puisse ensuite apparaître au monde comme ayant été caractérisée par la patience, par la délibération, par un désir anxieux de s'informer de tous les points impliqués par la décision, sans lesquels il est impossible que justice soit rendue de manière exacte ou satisfaisante* » (102).

C'était une mise en garde, si ce n'est une menace, que l'opinion publique britannique ne rejette l'arbitrage et la sentence pour absence de « *fair hearing* » des arguments du Royaume-Uni.

Les autres arbitres décidèrent que les conclusions des parties, qui venaient d'être soumises, avaient justement pour fonction, selon l'article V du Traité, de récapituler les arguments des

(101) J.B. Moore, *History and Digest*..., p. 648.

(102) Cité par F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration*, p. 287. Il y avait là une allusion à la procédure britannique qui donne une importance supérieure à l'instruction orale à l'audience sur l'instruction écrite. Le choix inverse avait été fait délibérément par les commissaires rédacteurs du Traité de Washington, tant britanniques qu'américains.

mémoires et contre-mémoires, en faisant référence aux preuves. Elles auraient dû remplir le besoin exprimé par l'arbitre britannique de « *rassembler des arguments dispersés* ». Ils s'estimaient suffisamment informés et ne donnèrent pas suite à la demande.

Il est vrai que la procédure adoptée par le tribunal, conformément au Traité, ne correspondait pas à celle qui était en vigueur en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis : ni serment, ni instruction orale et contradictoire par les parties à l'audience, ni témoins. Le compromis avait laissé une certaine liberté aux arbitres. Comme l'écrit F.W. Hackett, « *le Tribunal définit sa procédure de manière qu'elle lui convienne, avec l'idée de faire ce qui promettait le mieux de conduire, avec une juste célérité, à un résultat juste et équitable* » (103).

C'étaient les commissaires négociateurs du traité, tous de traditions de *common law*, qui avaient choisi une procédure essentiellement écrite, se calquant sur le modèle des commissions mixtes interétatiques anglo-américaines antérieures. Pour le reste, ils avaient laissé une certaine latitude au tribunal.

Les arbitres examinèrent le cas du *Florida* aux audiences des 17, 19 et 22 juillet, et conclurent à la responsabilité de la Grande-Bretagne (104), à l'exception de l'arbitre britannique. Le 22 juillet, se trouvant en minorité sur le sort de ce premier navire, qui risquait d'entraîner celui des suivants, sir Alexander réitéra sa demande d'information par les conseils des parties avec une force et une émotion particulière. Il déclarait hautement (105) :

« *The standard of the 'due diligence' cannot be left to the unguided discretion of each individual arbitrator ... according to some intuitive perception of right and wrong (106) ... I cannot agree that the question of what is 'due diligence' should be left to the unassisted mind of each individual arbitrator (107) ...*

(103) Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration ..., p. 288.

(104) Au cours de ces trois jours d'audience, les arbitres se prononcèrent pour la responsabilité de la Grande-Bretagne, à tour de rôle : Staempfli, le 17, Adams et d'Itajuba, le 19, et Sclopis, en dernier, le 22.

(105) A l'audience du 17 juillet, à propos du cas du *Florida*, sir Alexander avait très mal pris les critiques faites à la conduite du gouvernement britannique : « *Son visage était rouge et des larmes lui sortaient des yeux* », écrit Bancroft Davis, l'agent des Etats-Unis, dans une lettre au secrétaire d'Etat citée in F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration* ..., p. 289.

(106) Opinion dissidente, p. 233.

(107) Opinion dissidente, p. 261.

There are men here not educated in the law, who are now examining questions about the great laws common to nations for the first time; it is impossible that they should not be benefited by the help of Counsel » (108).

Ses coarbitres (109) s'estimèrent insultés par cette sortie extraordinaire, en particulier le président, qui déclara qu'en vingt années de présidence d'une cour suprême, il n'avait jamais subi une telle mise en cause. L'arbitre américain répondit qu'« *aucun des arbitres n'avait de leçon à donner aux autres* ».

A l'audience du 25 juillet, à la demande de l'arbitre brésilien, le tribunal finit par décider de mettre en œuvre la faculté que lui donnait l'article V : il sollicita de « *plus amples éclaircissements* » des parties, demandant à l'agent de la Grande-Bretagne de présenter aux arbitres un exposé écrit sur trois questions :

— la question de la « diligence requise », d'une manière générale, c'est-à-dire de l'interprétation des 1^{re} et 3^e règles de l'article VI sur la portée de l'obligation de vigilance de l'Etat neutre ;

— la question de l'effet des commissions des vaisseaux de guerre confédérés à leur retour dans les ports britanniques, c'est-à-dire de l'extraterritorialité des vaisseaux de guerre d'un belligérant ;

— la question de l'approvisionnement en charbon des vaisseaux confédérés dans les ports britanniques, à la fois juridique (les conditions de sa licéité), factuelle et probatoire.

Le tribunal revenait sur ses refus précédents et cédait aux menaces de la Grande-Bretagne dans un souci d'accommodement. La perspective d'un rejet par l'opinion publique britannique n'était pas une chimère (110).

(108) Cité par F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration* ..., pp. 290 et 291.

(109) Le jour même, l'agent britannique, lord Tenterden, écrivait à son ministre, le secrétaire au Foreign Office, lord Granville : « *What is the matter with your arbitrator? ... Today, he insulted us all in a bunch ... The effect thus far is very damaging to our cause* ». Et l'ambassadeur des Etats-Unis à Londres écrivait au secrétaire d'Etat (des Etats-Unis) : « *How much he [Cockburn] must be helping us* ». Cités in F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration* ..., p. 292, n.1.

(110) Il est naturel que le tribunal ait été sensible à la menace du rejet par l'opinion publique britannique de la légitimité d'une procédure dénuée de tout caractère oral, au cours de laquelle les arbitres majoritaires auraient refusé les demandes britanniques (agent et arbitre) d'une instruction plus complète.

d) L'instruction de l'affaire et la phase orale de la procédure (6 août - 14 septembre 1872)

Lors de l'audience du 15 décembre 1871, le tribunal avait décidé que les agents et les conseils des deux parties pourraient assister à ses séances, tout en se réservant la faculté de siéger à huis clos.

Il avait également décidé que, sur toutes les questions abordées, chaque arbitre exprimerait son opinion personnelle par écrit, et que celle-ci serait communiquée aux agents et conseils des deux parties au cours des audiences, au fur et à mesure du déroulement de l'instruction de l'affaire par le tribunal. Ces opinions devraient rester secrètes entre les arbitres et les agents et conseils des deux parties. Le secret du délibéré arbitral, à l'égard des agents et des conseils des parties, serait relatif et limité aux réunions de arbitres à huis clos. Il devrait rester total à l'égard du monde extérieur.

Ces opinions auraient un caractère temporaire et provisoire et laisseraient entière la liberté de vote des arbitres au moment de la décision définitive, à l'issue de l'instruction. Ces dispositions originales résultaient de l'initiative des arbitres dans l'organisation de la procédure.

L'admission des conclusions supplémentaires britanniques, auxquelles les Etats-Unis pourraient répondre, modifia la méthode de travail du tribunal. Ayant reçu, le 29 juillet, les conclusions britanniques sur ces trois questions, et la réponse (111) des Etats-Unis, les 5 et 6 août, le tribunal examina ces questions générales et principalement juridiques (diligence requise, lettres de commissions, hospitalité et approvisionnement). Il reporta à plus tard l'examen du cas des différents navires.

La Grande-Bretagne partait de la constatation que les trois règles du traité étaient nouvelles et imprécises : que fallait-il entendre par l'expression de « diligence requise » ? Il était logique et naturel d'en rechercher l'interprétation dans les sources du droit international commun : doctrine, coutume (pratique), législation nationale et comparée. Les obligations de la

(111) Cette réponse prit la forme de conclusions écrites de C. Cushing (sur la première question de la diligence requise) et d'une plaidoirie de W.M. Evarts (sur les deux autres questions des commissions de guerre des navires et de l'approvisionnement en charbon).

Grande-Bretagne consistaient à mettre en œuvre sa loi sur la neutralité, honnêtement et régulièrement, comme elle l'avait fait en d'autres circonstances, à l'égard d'autres belligérants. Car sa législation (le *Foreign Enlistment Act* de 1819) ne différerait pas du droit international et était plus sévère que le droit américain. C'est ce que le gouvernement du Royaume-Uni avait fait.

Les arbitres majoritaires ne rentraient pas dans ces vues. Le compromis stipulait que le tribunal devrait juger conformément aux trois règles et aux principes de droit international compatibles avec elles. Interpréter les trois règles en fonction du droit international reviendrait à renverser la hiérarchie des normes établie par le traité. Recourir au droit anglais serait une subversion complète de l'article VI sur le droit applicable.

Pour les arbitres majoritaires, le degré de la diligence requise était mesuré par les moyens dont disposait le gouvernement britannique. Il y avait eu des moments où la vigilance du gouvernement de Sa Majesté avait été prise en défaut et où il n'avait pas employé les moyens à sa disposition : lors du départ de l'*Alabama* de Liverpool, à l'occasion de l'armement du *Florida* à Nassau ou du recrutement par le *Shenandoah* à Melbourne.

Quant aux lettres de commission, les arbitres majoritaires pensaient qu'elles n'auraient dû produire aucun effet. À l'origine, les vaisseaux avaient quitté les eaux britanniques en fraude : l'*Alabama* était parti sans *clearance*, le *Florida* en déclarant une fausse destination, et le *Shenandoah* enregistré au nom d'un homme de paille. La fraude, certes, ne se présume pas. Mais, une fois prouvée, elle corrompt tout : *Fraus omnia corrumpit*, disait le président Sclopis, citant les jurisconsultes romains. Les lettres de commission ne pouvaient pas conférer le privilège de la souveraineté publique et de l'extraterritorialité. Les vaisseaux auraient pu, et auraient dû, être saisis, lors de leur retour dans les ports britanniques. La fraude était devenue manifeste, depuis longtemps, lors de leur retour.

Ayant formé ces deux principes en se fondant sur les trois règles, s'agissant de la diligence requise, et sur le droit commun, pour la validité des lettres de commissions, les arbitres majoritaires confirmèrent leur décision sur la responsabilité britannique concernant le *Florida*. Ils jugèrent que, dans le cas de l'*Alabama* et du *Shenandoah*, mais pas dans celui du *Georgia* et des autres vaisseaux, la Grande-Bretagne avait failli à ses devoirs de neutralité.

Restait la question du montant des dommages. Le gouvernement des Etats-Unis avait demandé aux armateurs victimes des déprédations de faire connaître le montant des dommages qu'ils avaient subis. Il avait agrégé ces montants, ajouté d'autres postes, et produit les justificatifs avec son mémoire. Il les avait précisés dans son contre-mémoire.

De son côté, la Grande-Bretagne avait fait étudier par le *Board of Trade* les documents produits à l'appui de la demande de réparation américaine, sous la direction d'un avocat auprès de la cour de l'amirauté, Alfred Cohen, spécialiste des questions de dommages maritimes.

A l'invitation du tribunal, les deux parties produisirent, à l'audience du 19 août, leurs listes de dommages, c'est-à-dire ceux allégués par les Etats-Unis, et ceux admis par la Grande-Bretagne. L'agent des Etats-Unis réclamait 21 millions, dont 7 pour les frais de poursuite des croiseurs confédérés (112). L'agent de la Grande-Bretagne admettait 8 millions, dont 1 pour les frais de poursuite. L'arbitre britannique accepta 10 millions au cours des délibérations.

Les arbitres majoritaires réduisirent la demande américaine des réclamations doubles résultant de la prise en compte simultanée des pertes des armateurs et des indemnités versées par les compagnies d'assurances. Ils refusèrent de prendre en compte les frais de poursuite des croiseurs confédérés. Ils admirent la réparation pour les salaires des marins capturés. Ils acceptèrent aussi que la somme due en principal porte des intérêts. Dans son opinion dissidente, l'arbitre britannique révéla que les arbitres majoritaires avaient choisi un taux d'intérêt de 6 %.

L'agent britannique avait fait des objections de principe au versement d'un intérêt. Et le traité (compromis) prévoyait que le tribunal pourrait seulement allouer une somme en bloc. Aussi, les arbitres majoritaires choisirent de délibérer sur cette question à huis clos et de ne pas s'exprimer dans la sentence sur la question du calcul.

(112) A l'occasion de cette présentation, l'agent de la Grande-Bretagne avait protesté contre les chiffres américains et demandé leur retrait. L'arbitre britannique accusa l'agent des Etats-Unis de soumettre des réclamations qu'ils savaient fictives. L'arbitre américain se leva et, s'adressant à l'arbitre britannique, déclara : « *I will not sit here, on this Tribunal, and hear my country traduced* ». Le président se leva immédiatement pour demander à Ch. Fr. Adams de ne pas se retirer. L'arbitre américain y consentit, après des excuses formelles de l'arbitre britannique. V. F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration...*, p. 323.

Les hypothèses sont allées bon train sur le mode de calcul adopté par les arbitres majoritaires. Des commentateurs ont prétendu que la somme de 15,5 millions de dollars finalement allouée était une transaction entre le montant calculé par l'arbitre suisse (20 millions) et celui admis par l'arbitre britannique (10 millions)(113). Pour d'autres, les arbitres auraient coupé la poire en deux entre les dommages (excluant les frais de poursuite) demandés par les Etats-Unis (14,4 millions) et ceux admis par Grande-Bretagne (7,1 millions), et ils y auraient ajoutés des intérêts, courant du 1^{er} janvier 1864 au 15 septembre 1872, au taux de 6 % (114).

Tant les conseils des parties (115), que les arbitres (en particulier J. Staempfli et A. Cockburn), déployèrent des efforts considérables à débrouiller cette question. Le chiffre finalement arrêté fut donc le résultat de longues et sérieuses délibérations.

Les audiences occupèrent les arbitres, à Genève, pendant les trois mois de l'été 1872, du 15 juin au 14 septembre.

E) La sentence du 14 septembre 1872

Ayant examiné le cas d'une vingtaine de navires confédérés, les arbitres jugèrent que, pour trois d'entre eux (et leurs ravitailleurs), la Grande-Bretagne avait failli à ses devoirs. Pour les autres navires, sa responsabilité n'était pas retenue.

1°) *Le CSS Alabama*

En ce qui concerne le *CSS Alabama*, le tribunal fut unanime à reconnaître la responsabilité du Royaume-Uni. Le gouvernement et l'administration britannique avaient manqué à exercer la « diligence requise » des 1^{re} (empêcher le lancement, l'armement ou l'équipement) et 3^e (empêcher généralement toute violation des obligations précédentes) règles de l'article VI, en laissant la

(113) C'était l'opinion de J.C. Bancroft Davis, l'agent des Etats-Unis, dans son rapport au secrétaire d'Etat.

(114) C'était l'opinion de F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration* ..., p. 324.

(115) Les conseils des parties spécialement chargés de cette question (Arthur Cohen et Sydney Young, pour la Grande-Bretagne, et Charles C. Beaman, pour les Etats-Unis) passèrent les trois mois des audiences de l'été 1872 (15 juin-14 septembre 1872), à Genève, à éplucher les documents fournis par les deux parties, afin d'éclairer le tribunal sur les diverses catégories de réclamations et de dommages. Voir le chapitre IX *Damages* (pp. 326 à 354) de F.W. Hackett, in *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration*...

« coque 290 » quitter Liverpool. Le vaisseau avait été construit et lancé à proximité de Liverpool, armé à Terceira, aux Açores portugaises, puis commissionné en vaisseau de guerre confédéré en haute mer.

Le tribunal relevait que le gouvernement britannique avait consenti quelques efforts pour empêcher le navire de quitter le chantier naval : une saisie était en cours, mais la lenteur de sa mise en œuvre et des indiscretions avaient permis au navire de s'échapper. Sir John Harding, l'avocat de la reine auquel le dossier avait été envoyé pour avis — le plus âgé des conseils de la couronne, selon la coutume — avait un épisode de sénilité, qui fit perdre plus d'une semaine (116). Quant aux indiscretions, Liverpool était une ville très favorable au Sud, et le député de l'une de ses circonscriptions n'était autre que l'associé-gérant des chantiers navals Laird, qui construisaient la *coque 290*. Le vaisseau était parti sans obtenir sa *clearance* des autorités portuaires, qui ne l'avaient pas fait poursuivre, comme elles l'auraient dû.

Le tribunal conclut que les mesures prises ensuite pour la poursuite et l'arrestation du vaisseau avaient été si imparfaites qu'elles ne permettaient pas d'exonérer le gouvernement britannique de toute responsabilité.

L'arbitre britannique fut d'accord avec ses collègues sur les questions du manquement aux obligations de neutralité et de responsabilité, mais pour des raisons différentes et en minimisant le manquement (117). Il écrivit une opinion dissidente, qui compte deux cent trente pages, une prouesse, si l'on considère que la sentence ne couvre qu'une dizaine de pages. Quant au quantum des dommages, il trouvait leur montant excessif (118).

(116) Lady Harding avait omis de dire l'état de santé mentale de son mari au fonctionnaire du *Foreign Office* qui vint déposer le dossier, « se montrant meilleure épouse [de sir John Harding] que sujette [de la reine Victoria] » (*The Times* du 23 mars 1893) cité in J.B. Moore, *History and Digest...* p. 680.

(117) Cockburn excusait le cabinet, qui n'avait pas à modifier ses méthodes de travail (l'ordre de consultation des avocats de la reine selon la séniorité), qui avaient montré leur efficacité. L'erreur était attribuable à des fonctionnaires locaux du services des douanes de Liverpool. Fallait-il tenir un peuple entier pour responsable de la faute d'agents subalternes d'une administration locale ? Non !

(118) En réalité, si l'on déduit les intérêts, qu'il écartait à cause des circonstances de cette affaire, sir Alexander approuvait, ou peu s'en faut, le montant en principal.

2°) Le CSS *Florida*

Pour le *CSS Florida*, originellement désigné *Oreto*, le Tribunal, à la majorité de quatre voix contre une (A. Cockburn), jugea que la Grande-Bretagne, alertée à plusieurs reprises par les autorités américaines (notamment l'ambassadeur Ch.-Fr. Adams), avait manqué par omission aux devoirs prescrits par les 1^{re}, 2^e (empêcher l'usage de ses ports comme base d'opérations navales par l'un des belligérants) et 3^e règles de l'article VI.

L'*Oreto* avait été construit sur l'ordre d'un Britannique, homme de paille du gouvernement confédéré. Il avait reçu son armement à Nassau, capitale de la colonie britannique des Bahamas (Antilles), après des péripéties judiciaires et administratives. Puis il avait franchi le blocus nordiste et rejoint le port confédéré de Mobile (Alabama). Là, il avait reçu sa commission de guerre et une partie de son équipage. Forçant à nouveau le blocus, il avait gagné la haute mer et entamé sa croisière destructrice. Ces complications incitèrent les agents confédérés à imaginer des voies plus discrètes et plus rapides pour les autres vaisseaux, dont le *Shenandoah*.

3°) Le CSS *Shenandoah*

Le tribunal jugea que la construction et le départ de Londres du navire avaient été organisés de manière si habile que le gouvernement britannique ne pouvait pas encourir de responsabilité.

C'était à l'origine un rapide navire de commerce, le *Sea King*, qui avait fait un voyage commercial inaugural vers l'Extrême Orient. Racheté par un homme de paille du gouvernement confédéré, il quitta Londres, toujours immatriculé comme britannique, pour protéger son départ contre la curiosité de la douane, officiellement pour la Nouvelle-Zélande, en réalité pour Madère. Il fut rejoint dans cet archipel portugais par un petit cargo, parti indépendamment de Liverpool, qui lui apportait son armement et son équipage. En route, le *Sea King* avait été vendu au gouvernement confédéré, en haute mer, en vertu d'une procuration de l'homme de paille au capitaine du bateau. A Madère, il reçut également sa commission de guerre et son drapeau confédéré.

Mais, par la suite, lors de son escale à Melbourne, port britannique, le vaisseau procéda à une augmentation clandestine de son équipage, reconnue par le gouvernement britannique dans ses éclaircissements fournis à la demande du tribunal.

Par trois voix (Sclopis, Stämpfli et Adams) contre deux (d'Itajuba et Cockburn (119)), le tribunal jugea que la Grande-Bretagne avait manqué à ses devoirs en vertu des 2^e et 3^e règles de l'article VI, postérieurement à son entrée dans le port de Melbourne, et qu'elle était responsable des dommages causés par la suite.

4°) *Les autres navires*

Le tribunal examina enfin le cas de quinze autres navires confédérés, qui avaient apporté leur assistance aux trois vaisseaux précédents, jugeant qu'il n'y avait pas lieu de retenir la responsabilité britannique pour défaut de la diligence requise (120). Les arbitres firent exception des *tenders* (ravitailleurs) de l'*Alabama* (le *Tuscaloosa*) et du *Florida* (les *Clarence*, *Tacony* et *Archer*), dont les déprédations furent incluses dans celles qui concouraient à la responsabilité de la Grande-Bretagne.

Le tribunal adjugea aux Etats-Unis, par quatre voix contre une (Cockburn), la somme de 15,5 millions de dollars, en or, à titre d'indemnités, que la Grande-Bretagne devrait payer, pour l'ensemble des réclamations soumises au tribunal, dans l'année qui suivait la sentence. Dans un autre différend, dont le règlement était organisé aussi par le Traité de Washington, à propos des droits de pêche des Américains dans les eaux canadiennes, les Etats-Unis devaient payer 1,9 million de dollars à la Grande-Bretagne.

Le gouvernement du Royaume-Uni emprunta à des banquiers de la *City* et régla le solde, en dollars, dans les mois qui suivirent. Les deux opinions publiques acceptèrent le verdict du tribunal arbitral. Dans la conclusion de son opinion dissidente, Alexander Cockburn exprimait l'espoir que les deux peuples accepteraient « le jugement impartial » du tribunal arbitral (121).

(119) Au cours du délibéré (avis repris dans son opinion dissidente), Cockburn présenta comme excuse que le capitaine du *Shenandoah* avait donné sa parole d'honneur de *gentleman* au gouverneur qu'aucun marin n'avait embarqué à Melbourne, refusant l'accès à bord des agents des douanes de Melbourne. Le gouverneur de Melbourne s'était incliné. « *Trop poli !* », avait commenté le président du tribunal, Sclopis.

(120) Les conseils des Etats-Unis furent déçus de l'absence de condamnation du *Georgia*.

(121) Opinion dissidente, in *Papers relating to the Treaty of Washington*, Geneva Arbitration, 2^e partie des *Papers relating to the Foreign Relations of the United States*, Washington, 1872, cité ci-après « opinion dissidente », p. 544.

La sentence suscita des débats dans le monde juridique. Les trois règles de l'article VI furent critiquées, notamment la notion imprécise de « diligence requise ». Que reste-t-il de l'affaire de l'*Alabama* pour les internationalistes et les spécialistes de l'arbitrage, aujourd'hui, un siècle et demi après que le vaisseau ait été coulé, au large de Cherbourg, et que le tribunal arbitral ait rendu sa sentence, à Genève ? Beaucoup, certes.

II. – LE LEGS DE L'ARBITRAGE DE L'ALABAMA

En conclusion de son étude de cette affaire, J.B. Moore écrivait : « *Ainsi prit fin un arbitrage qui, mesuré par l'importance des questions en cause ou par la sagesse politique, magnanime et éclairée, qui conduisit à leur règlement pacifique, a été considéré à juste titre comme le plus important que le monde ait jamais connu* » (122).

Cet avis est partagé par d'autres commentateurs anglophones, cités par Charles H. Brower II, qui y voit « *l'arbitrage le plus remarquable de toute l'Histoire* » (123).

A. de La Pradelle et N. Politis ont justifié cette importance par six raisons :

« *Par la nature du conflit, l'ampleur des débats, les pouvoirs des arbitres, les particularités de la procédure et de la sentence, comme par le nombre et l'importance des questions posées et des théories juridiques engagées, l'affaire de l'Alabama occupe une place exceptionnelle dans l'histoire de l'arbitrage et du droit international* » (124).

Cette affaire donna un nouvel élan à l'arbitrage international public et privé (A). Son exemple suscita l'introduction d'innovations procédurales importantes : invention du tribunal collégial neutre, pouvoir de compétence — compétence, admission des opinions dissidentes notamment (B). Elle contribua avec fécondité à la construction du droit international matériel (C).

(122) J.B. Moore, *History and Digest...*, pp. 652 et 653.

(123) Charles H. Brower II, Entrée « Arbitration » de la Max Planck Encyclopedia of Public International Law, publiée sous la direction de Rüdiger Wolfrum, Max Planck Gesellschaft et Oxford University Press, Oxford, 2012.

(124) *Recueil...*, p. 902.

A) Le nouvel élan donné à l'arbitrage international au XIX^e siècle

Cet arbitrage fut un succès indéniable. La première réussite du tribunal fut le règlement de la crise née de la réclamation pour les dommages indirects par le mémoire américain. La déclaration du président, le 19 juin 1872, évita « l'avortement complet » de l'arbitrage (125). La seconde réussite des arbitres réside dans la conduite de la procédure dans les délais contraints fixés par le compromis d'arbitrage : alors que la Grande-Bretagne traînait des pieds, le tribunal conduisit et acheva ses travaux en neuf mois (15 décembre 1871-14 septembre 1872). La troisième réussite consista à ce que la sentence fut acceptée par les deux parties et exécutée immédiatement.

Ce succès attira l'attention sur le mécanisme de l'arbitrage pour régler les différends internationaux. L'arbitrage a une longue histoire qui remonte au moins à Athènes et à Rome, via le Moyen âge. Dans les Temps modernes, la formation des Etats Nations et la conception nouvelle et absolue de la souveraineté étatique avaient provoqué un déclin et une quasi-disparition de l'arbitrage international public. Le succès de l'arbitrage de l'*Alabama* a aidé à rétablir la réputation du mécanisme comme « *un processus judiciaire efficace incluant le jugement de différends par des tribunaux indépendants sur la base du droit* » (126).

Le Traité Jay de 1794, entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni, avait institué plusieurs commissions mixtes pour le règlement des différends entre les deux pays et leurs ressortissants. Ces commissions étaient des organismes administratifs paritaires exerçant des fonctions d'évaluation des dommages, plus que des tribunaux neutres jugeant en droit l'admissibilité de réclamations. Les Anglo-américains y voient pourtant l'origine du renouveau de l'arbitrage à l'époque contemporaine, tout en créditant l'affaire de l'*Alabama* d'« *avoir insufflé une nouvelle vigueur à l'arbitrage moderne* » (127).

Ce succès joua un rôle dans le recours de plus en plus fréquent des Etats à l'arbitrage en matière internationale publique : de 1872 à la fin du siècle, une centaine de procédures de ce type

(125) L'expression figure dans la déclaration du président du tribunal.

(126) Charles H. Brower II, Entrée « Arbitration » de la Max Planck Encyclopedia of Public International Law citée, Oxford, 2012.

(127) Charles H. Brower II écrit ainsi : « *Systematically, if the Jay Treaty breathed life into arbitration, the Alabama Claims infused it with new vigor even for claims relating to matters of national honor* », Entrée « Arbitration » de la Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, 2012.

furent engagées, la plupart en Europe et en Amérique. De nombreux traités stipulèrent le recours à l'arbitrage pour régler les différends futurs entre les Etats.

En 1875, trois ans après la sentence de l'*Alabama*, l'Institut du droit international fut créé dans le but de développer le droit international et de promouvoir l'arbitrage international, alors qu'il n'existait pas encore de tribunaux interétatiques permanents.

En 1899, le tsar de Russie invita les représentants des Puissances à la Conférence de la paix de La Haye, afin d'établir une institution permanente d'arbitrage pour conduire des procédures interétatiques. Les délégués donnèrent leur consentement à la création de la Cour permanente d'arbitrage (convention de La Haye I).

La Cour permanente n'était ni une cour, ni une institution permanente. Elle apportait aux Etats un soutien appréciable. Une liste d'arbitres, désignés par les Etats signataires de la convention, formait un vivier où les Etats pouvaient puiser pour leurs arbitrages *ad-hoc*. Le Bureau international de la Cour assurait la fonction de greffe et aidait à la constitution de tribunaux *ad-hoc*. La Convention de La Haye I comprenait également un règlement de procédure arbitrale proposé aux parties. De 1899 à 1914, dix-sept différends furent soumis à un arbitrage *ad hoc* en vertu de la convention de La Haye I. Mais la Cour ne put empêcher la Première Guerre mondiale (128).

Après 1918, la Ligue des Nations parraina la création de la Cour permanente de Justice internationale, qui avait le même objet (la juridiction volontaire) et produisit des résultats comparables (le règlement d'un certain nombre de différends et une impuissance à empêcher les conflits majeurs). Après la Deuxième Guerre mondiale, la Cour internationale de Justice a réglé par son arbitrage bon nombre de conflits.

L'influence de l'arbitrage de l'*Alabama* s'explique par la détermination du tribunal à défendre l'arbitrage dont il était chargé, à mener la procédure dans les délais stipulés, et à rendre une sentence équitable immédiatement exécutée. L'efficacité des arbitres doit être attribuée à leur zèle, à leur intelligence, à leur compétence. Elle tient aussi aux dispositions procédurales innovantes adoptées par les rédacteurs du traité, qui ont été complétées par les arbitres.

(128) La Convention de La Haye II, conclue en 1907, créant une Cour de Justice internationale, fut un échec. V. not. Charles Rousseau, *Droit international public*, Sirey, Paris, 1983, t. V, pp. 374 et 375.

B) Les innovations procédurales

La première des innovations introduites par le traité porte sur le mode de composition du tribunal : le compromis prévoyait une nouvelle formation, le tribunal collégial neutre (1). L'efficacité de ce type d'organe fut manifeste dès la crise qui failli entraîner l'avortement de l'arbitrage (janvier-juin 1872) : le tribunal la résolut par l'efficace coopération des arbitres, exerçant ensemble un pouvoir de compétence - compétence (2). Le tribunal est également à l'origine de l'admission des opinions dissidentes dans les arbitrages internationaux (3). D'autres innovations se rattachent au fameux principe de la proportionnalité dans la conciliation de valeurs et d'objectifs en conflit (4).

1°) *L'institution du tribunal collégial neutre*

Le compromis (129) stipulait que le tribunal arbitral serait composé à la fois d'arbitres nommés par les deux parties et d'arbitres non désignés directement par elles. Ceci pose un défi conceptuel. Certains commentateurs en ont déduit que les *Alabama Claims* ne constituaient pas un véritable arbitrage, notamment parce que les arbitres désignés par les deux parties (Adams et Cockburn) auraient joué un rôle important dans la négociation de l'exclusion des dommages indirects de la compétence du tribunal.

D'une certaine manière, l'arbitrage de l'*Alabama* est devenu, pour la doctrine arbitrale, une sorte de test de Rorschach, ce test inventé, par le psychiatre suisse Hermann Rorschach, par lequel le patient est invité à projeter ses fantasmes et obsessions sur une simple tache d'encre. Sans pousser trop loin une analogie discutable, il est clair que cette saga évoque des images très variées dans l'esprit des divers auteurs.

Ainsi, Johnny Veeder considère que cet arbitrage montre les avantages qu'offre la désignation des arbitres par les parties, relevant que les arbitres désignés par les Etats-Unis et la Grande-Bretagne ont élaboré un accord de dernière minute qui a permis à l'arbitrage de se poursuivre jusqu'à son terme (130).

(129) Art. I du Traité.

(130) V.V. Veeder, « The Historical Keystone to International Arbitration: The Party-Appointed Arbitrator — From Miami to Geneva », Inaugural Charles H. Brower Lecture on International Dispute Resolution, 107 Proceedings of the American Society of International Law, 2013, pp. 387 et s.

Par contre, un autre éminent arbitre international, également savant universitaire, Jan Paulsson, semble conclure que cette affaire ne constituerait pas un véritable arbitrage, mais un exercice de politique spectacle, certes brillant et utile : « *a feat of diplomacy* » ou encore « *a legitimizing decor for political solutions* ». Cette exclusion serait justifiée par les mêmes raisons que celles de Johnny Veeder : certaines questions de compétence auraient été plus négociées que décidées. Et Jan Paulsson de conclure : « *The process is of course to be applauded as a brilliant achievement in singular circumstances, but is no model for the arbitral process* » (131).

L'argumentation de Jan Paulsson a sa part de vérité : la saga de l'affaire de l'*Alabama* a certes été « *a feat of diplomacy* » ; Adams et Cockburn et les agents des deux parties qui les avaient désignés arbitres ont mené des discussions *ex parte* qui seraient jugées contraires à l'éthique arbitrale, aujourd'hui. Cette coopération entre deux hommes si différents reste en elle-même un motif d'étonnement. Le compromis de dernière minute qu'ils conclurent permit à l'affaire de rester sur les rails et aux deux parties de sauver la face.

Mais aller jusqu'à dire qu'il n'y eut pas là un véritable arbitrage serait faire passer un événement d'il y a un siècle et demi au crible de critères anachroniques, d'un autre temps, et de détail. Que sera l'arbitrage, dans 150 ans, dans ses réglementations précises ? Cette opinion nous semble difficilement conciliable avec la définition englobante de l'arbitrage proposée par Jan Paulsson lui-même (132), tout comme par d'autres auteurs, notamment Charles Jarroson (133).

Par ailleurs, Adams et Cockburn étaient minoritaires et impuissants à décider ou à bloquer seuls le résultat de la procédure. Le fond de la décision — le jugement que la Grande-Bretagne

(131) Jan Paulsson, « Moral Hazards in International Disputes Resolution », *ICSID Review* 25, 2010, pp. 339 et s. et « The Alabama Claims Arbitration: Statecraft and Stagecraft », in *Arbitrating for Peace — How Arbitration Made a Difference*, by Ulf Franke, Annette Magnusson and Joel Dahlquist, 2016, pp. 8 et s.

(132) *The Idea of Arbitration*, OUP, Oxford, 2012, pp. 1 et s. : l'arbitrage y est décrit simplement comme un processus de résolution des différends « *accepté avec sérénité par ceux qui en supporteront les conséquences à cause de la confiance particulière qu'ils ont placée dans ces décideurs de leur choix* ».

(133) *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Paris, 1987, spéc. n° 785.

était responsable de l'évasion de la « coque 290 » (plus tard *Alabama*) — fut d'ailleurs rendu à l'unanimité.

Enfin, cette opinion nous semble incompatible avec l'influence que la sentence de l'*Alabama* a exercée et continue d'exercer sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et sur la formation du droit international, comme nous le verrons plus loin.

Dans la conception de la composition du tribunal arbitral, les négociateurs du Traité de 1871 (b) tirèrent profit de l'expérience des commissions mixtes anglo-américaines créées par le Traité Jay de 1794 (a).

a) Les commissions interétatiques du Traité Jay de 1794 (134)

Ce traité avait institué trois commissions pour régler les diverses catégories de différends non résolus depuis la fin de la guerre d'Indépendance et la conclusion de la paix (135).

La première commission avait pour mission d'établir le tracé de la frontière entre le Canada et les Etats-Unis. Elle fut composée de deux commissaires désignés par les parties (un par chacune d'elles) et d'un troisième désigné par accord des deux premiers ou, à défaut d'accord, par tirage au sort. Cette commission réussit à rendre une décision unanime (136).

La seconde commission avait pour tâche de régler les réclamations d'hommes d'affaires britanniques pour des dettes de citoyens américains nées avant la conclusion de la paix en 1783 et encore impayées en 1794. Elle était composée de quatre commissaires désignés par les parties (deux par chacune d'elle) et d'un cinquième désigné par accord des deux premiers ou par tirage au sort en cas de désaccord. Elle réussit à régler certaines réclamations, mais se trouva divisée sur nombre de réclamations. Ce blocage la força à suspendre ses travaux laissant sans règlement un grand nombre de requêtes britanniques.

(134) Le Traité d'amitié, de commerce et de navigation, conclu entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis, en 1794, est désigné par le nom de John Jay, négociateur et principal artisan du traité, ancien secrétaire d'Etat, et alors président de la Cour suprême des Etats-Unis.

(135) Traité de Paris de 1783.

(136) La progression de la colonisation du continent nord-américain jusqu'à la côte Pacifique provoqua une renaissance du conflit et obligea les deux gouvernements à prévoir dans le Traité de Washington un nouvel arbitrage pour régler le différend frontalier de l'île San Juan.

La troisième commission avait été composée de la même manière que la seconde. Sa mission consistait à régler les réclamations d'hommes d'affaires américains pour la saisie irrégulière par les autorités britanniques de navires et cargaisons. En huit années, cette commission rendit plus de 530 décisions et alloua 11 millions de dollars à des ressortissants américains.

L'échec de la seconde commission et la lenteur des travaux de la troisième faisaient l'objet de critiques qui portaient sur leur composition et leur fonctionnement. Ces commissions étaient formées de nationaux représentants les deux Etats en nombre égal. Les troisième ou cinquième membre étaient toujours des ressortissants de l'un des deux Etats et désignés d'abord par lui.

Elles fonctionnaient soit comme des conférences internationales négociant un règlement diplomatique sous le nom de « rapport » ou de « décision », soit comme des commissions techniques d'évaluation. Ce n'étaient pas des organes judiciaires indépendants rendant des jugements sur la base du droit, même si elles exercèrent occasionnellement cette fonction.

La troisième commission avait pour tâche de régler une catégorie de réclamations similaires aux *Alabama Claims* de 1871 : l'indemnisation d'armateurs américains pour dommages de guerre. Elle avait mis huit ans pour vider son rôle, traitant personnellement un nombre considérable d'affaires soumises directement par des particuliers. En 1871, le règlement rapide d'un contentieux délétère était souhaité par les deux gouvernements. Des améliorations étaient nécessaires.

b) Le tribunal arbitral dans le Traité de Washington de 1871

Outre la lenteur, l'examen de milliers de réclamations privées ferait courir un risque de division et de blocage d'une commission mixte, même avec un président ou un *umpire* (137), et celui d'une renaissance du débat public à l'annonce de telle ou telle décision individuelle.

Aussi le Traité de Washington avait prévu que les réclamations des particuliers seraient reprises (138) par le gouvernement

(137) L'*umpire*, du *Law French numpire* (de l'ancien français « nonper » : non + pair (égal) est l'arbitre d'autorité supérieure, ou surarbitre, qui est appelé à juger seul, en cas de partage des voix des arbitres initialement chargés de l'affaire. Voir l'entrée *Umpire* de l'*Oxford Companion to Law*, 1980, de David M. Walker.

(138) L'arbitrage de l'*Alabama* et un exemple précoce et original (par le caractère mixte des réclamations, privées et publiques) de protection diplomatique.

américain. Une fois les dommages et intérêts éventuellement adjugés et payés, le gouvernement américain les redistribuerait aux personnes privées concernées. Ce ne serait pas par le prisme des navires privés victimes que seraient examinées les réclamations, mais par le filtre des vaisseaux confédérés auteurs de leur perte.

Le second progrès résidait dans la composition du tribunal. Pour parer les risques de blocage, il fallait sortir du système de la commission mixte *simple*. Les négociateurs adoptèrent un mécanisme d'arbitrage mixte *double* : le tribunal serait composé de deux arbitres désignés par les parties, auxquels seraient joints trois autres arbitres désignés par des chefs d'Etats neutres.

Il y aurait trois catégories d'arbitres : les deux arbitres désignés par les parties, les trois arbitres désignés indépendamment, dont un deviendrait le président du tribunal, parce qu'il offrirait des garanties d'indépendance, et parce que les trois arbitres nommés par des autorités neutres formeraient la majorité. Ce nouveau système d'un tribunal arbitral *collégial* peut être représenté par la figure d'un pentagone (139), le président étant positionné au sommet, les deux autres arbitres nommés par des autorités indépendantes placés à ses côtés et au milieu de la figure, et les deux arbitres désignés par les parties installés à sa base.

Cette composition serait plus riche : chacune des deux parties aurait « son » arbitre, mais ces deux-là ne formeraient qu'une minorité. Le tribunal aurait une majorité neutre, garantie contre les risques de blocage.

Par comparaison avec les commissions mixtes du Traité Jay, le tribunal arbitral de l'*Alabama* marquait un saut paradigmatique en direction de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux d'arbitrage. Le Traité de Washington, instrument politique et diplomatique et compromis d'arbitrage, transférait le pouvoir de décision du différend, des représentants des deux gouvernements en conflit, à un organisme indépendant, de nature et de fonction judiciaire, appartenant à la sphère internationale.

(139) A Genève, les arbitres siégèrent derrière une table rectangulaire : le président, Sclopis, au centre, entouré des deux autres arbitres désignés par des chefs d'Etats neutres (Staempfli à sa droite et d'Itajuba à sa gauche), et les deux arbitres désignés par les parties aux deux extrémités (Adams à côté de Staempfli et Cockburn à côté d'Itajuba). Les agents et, au-delà, les conseils des parties, étaient assis à proximité de « leur » arbitre. V.F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of arbitration...*, pp. 212 et s.

c) Le tribunal arbitral collégial, de 1872 à nos jours

Le tribunal collégial a rapidement pris la place des autres mécanismes d'arbitrage. Il a remplacé l'arbitrage par commissions mixtes interétatiques des rapports anglo-américains. Il a aussi remplacé l'ancien système d'arbitrage international par chef d'Etat, parfois dénommé arbitrage par souverain : roi, empereur, président de la République, gouvernement *in corpore*. Ce type d'arbitrage était de plus en plus critiqué. Le chef de l'Etat désigné arbitre déléguait habituellement la tâche à un fonctionnaire anonyme, véritable auteur de la décision et rédacteur de la sentence. On pouvait craindre que la politique internationale, la diplomatie et les intérêts étatiques n'interfèrent avec le jugement, obérant l'impartialité de l'arbitre. Les chefs d'Etat répugnaient à dévoiler la motivation de leurs décisions par crainte des critiques et des commentaires. Leurs sentences étaient plus souvent rendues en équité qu'en droit. En la forme, elles ressemblaient plus à des arrêtés qu'à des jugements.

En 1864 encore, l'empereur des Français, Napoléon III, avait été choisi comme arbitre entre le vice-roi d'Egypte et la compagnie internationale du canal de Suez. En 1871 même, le Traité de Washington confia le règlement du différend territorial entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, à propos de la frontière maritime du Canada (Île de San Juan sur la côte Pacifique), à l'arbitrage de Guillaume I^{er}, empereur d'Allemagne tout récemment couronné (18 janvier 1871).

A partir de 1872, le tribunal arbitral collégial est devenu le modèle dominant (140). De 1874 à 1914, 40 litiges internationaux ont été soumis à des tribunaux de ce type, arbitrages *ad hoc* (141) ou rendus par la Cour permanente d'arbitrage, créée à La Haye, en 1899 (142). Le modèle du tribunal collégial a influencé la

(140) V. Ch. Rousseau, *Droit international public*, Sirey, Paris, 1983, Tome V, p. 316, par. 301. C.

(141) Voir J.L. Iten, R. Bismuth, C. Crepet Daigremont et A. de Nanteuil, *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Dalloz, Paris, 2018, p. 3.

(142) L'article 45 de la Convention de La Haye I sur le règlement des différends internationaux énonce que les arbitres devront être choisis sur la liste établie par la Cour permanente. A défaut d'accord entre les parties, les arbitres seront choisis de la manière suivante : chaque partie désignera deux arbitres, un seul des deux pouvant être un national de cette partie ou choisi par elle comme membre de la Cour permanente. Et le surarbitre (*umpire*) devrait être désigné par les quatre arbitres nommés par les parties ou, à défaut d'accord, par une tierce Puissance choisie par accord entre les deux parties.

composition des formations *ad hoc* des chambres de la Cour internationale de Justice (143).

Cette composition a aussi été un modèle pour la formation des tribunaux d'arbitrage commercial international. Le développement du commerce international, pendant la première moitié du XX^e siècle, a suscité des initiatives pour le règlement du contentieux d'affaires transfrontalier. 1923 a été l'année clé : cette année-là, la Chambre de commerce internationale (CCI) et sa cour d'arbitrage ont été créées, et le Protocole de Genève sur la validité des conventions d'arbitrage international a été conclu (144).

Le règlement d'arbitrage international de la CCI prévoit que chaque partie désignera un arbitre et que le président du tribunal sera désigné par les deux arbitres ou par la cour d'arbitrage. Si le tribunal de l'affaire de l'*Alabama* peut être représenté par la figure d'un pentagone, les tribunaux CCI peuvent être décrits par l'image d'un triangle. L'expérience de la CCI, qui porte sur des milliers d'affaires, a montré que ce type de formation assure à la fois l'efficacité et l'indépendance (145) du tribunal, tout en limitant les coûts de la procédure, selon le principe de proportionnalité des avantages et des coûts.

Le Traité de Washington, en adoptant la formation d'un tribunal collégial, et les cinq arbitres, en assurant le bon déroulement de la procédure, ont contribué à la structuration et au développement de l'arbitrage international. Le succès du tribunal a tenu aussi à sa détermination à défendre la procédure, ce qu'il a fait par l'exercice hardi d'un pouvoir de compétence-compétence.

2°) *Le pouvoir de compétence-compétence et la coopération des autorités*

Un principe du droit de l'arbitrage, énoncé par le juriste romain Paul, dit : « *Arbiter nihil extra compromissum facere potest* » (146). L'arbitre ne peut rien faire en dehors de la

(143) Articles 26, 29 et 3 du statut de la C.I.J.

(144) Le Protocole de Genève de 1923 fut complété par la Convention de Genève de 1927 sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

(145) Le pouvoir conféré au président de décider seul, en cas de partage des arbitres, qui lui est reconnu par nombre de droits et de règlements, assure l'indépendance du tribunal dans son ensemble et encourage ses coarbitres à l'impartialité.

(146) Digeste, 4, 8, 32, 21.

convention d'arbitrage. « *S'il excède le compromis, on pourra impunément refuser de se soumettre à sa sentence* » (147).

Comme le jurisconsulte romain le dit encore : « *Le compromis a pour objet de mettre fin au litige* » (148). Or, il arrive couramment, à l'ouverture de la procédure arbitrale, que le défendeur conteste le pouvoir de l'arbitre de le juger sur telle affaire : il estime que l'arbitre n'est pas compétent *ratione personae*, en ce qui le concerne, lui (il n'aurait pas consenti à l'arbitrage), ou *ratione materiae*, s'agissant de l'affaire (celle-ci ne serait pas arbitrabile).

L'arbitre dispose-t-il du pouvoir de juger s'il a compétence pour instruire et juger l'affaire ? L'existence de cet éventuel pouvoir de se prononcer sur sa propre juridiction, ou pouvoir de compétence-compétence, souvent désigné par l'expression allemande de *Kompetenz-Kompetenz*, pose des questions délicates, et d'ailleurs différentes en droit international public et en droit international privé.

En droit international privé, l'un des coauteurs de cet article a observé que : « *Although private, arbitration proceeds in the shadow of public coercion* » (149). Certains droits nationaux reconnaissent aux arbitres le pouvoir d'énoncer leur opinion sur leur compétence. Le juge étatique a la mission de prononcer sur la compétence des arbitres, si une ou plusieurs parties (le ou les défendeurs, logiquement) la contestent, à tout stade de la procédure arbitrale (Etats-Unis). L'arbitrage risque d'être suspendu par la saisine du juge, et il ne peut reprendre avec sécurité qu'avec le feu vert de ce dernier.

D'autres droits reconnaissent aux arbitres le pouvoir de se prononcer sur leur compétence, si elle est contestée, reportant au stade de l'exécution de la sentence la vérification de la compétence des arbitres. En France, selon l'article 1458 du Code de procédure civile, le juge n'a qu'un pouvoir limité de se prononcer sur la

(147) Dans un autre passage de ses développements sur l'office de l'arbitre (Digeste, 4, 8, 32, 15), Paul écrit : « *Tout doit être tiré du compromis. L'arbitre n'est autorisé à faire que ce qui y est prescrit. L'arbitre ne peut pas décider comme il lui plaît, ni sur quelle affaire il lui plaît, mais sur l'affaire mentionnée au compromis, et dans la mesure permise par celui-ci* ».

(148) Digeste, 4, 8, 1.

(149) W.W. Park, « Ch.II-A 5 - The Arbitrator's Jurisdiction to determine Jurisdiction », in *Arbitration in International Business Disputes*, Oxford, 2012 (2nd ed.), pp. 236 et s. V. également les Ch. II-A 1 (« Arbitral Jurisdiction — Who Decides What? A Comment on *Lesotho Highlands* ») et A 2 (« The Arbitrability Dicta in *First Options* ») du même ouvrage.

validité de la convention d'arbitrage : il ne peut le faire qu'avant la constitution du tribunal, et seulement dans le cas où cette convention est « manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». La concurrence entre les deux pouvoirs est donc réduite. C'est la coopération qui domine.

Les questions : qui décide (arbitre ou juge) ? à quel stade (avant, pendant ou après l'instance arbitrale) ? avec quel effet (définitif ou susceptible d'un recours) ? reçoivent des réponses variables. A titre d'exemple, la Loi-type de la Commission des Nations Unies pour le commerce international (CNUDCI) confère au tribunal arbitral un pouvoir explicite de se prononcer sur sa propre compétence par une sentence partielle ; cette sentence sur la compétence est susceptible d'un contrôle judiciaire, si le recours est formé dans un délai de 30 jours. Le droit suisse et le droit anglais adoptent des dispositions s'inspirant du même esprit.

Un autre courant peut être observé en droit comparé : celui des droits qui reconnaissent la validité des conventions d'arbitrage portant sur la compétence des arbitres elle-même. Ceux-ci ont alors le premier et le dernier mot en cette matière.

En droit de l'arbitrage international commercial, l'appellation unique de pouvoir de compétence-compétence désigne au moins trois grands types de répartition du pouvoir juridictionnel entre le juge et l'arbitre. Il n'y a donc pas, en droit comparé, un principe universellement reconnu de compétence-compétence des arbitres du commerce international, mais une pluralité de législations et de doctrines.

De quelle compétence est-il question ? Du pouvoir de juger si tel ou tel justiciable (défendeur, généralement) est relevable de la procédure ? Si telle matière (le fond du différend) est arbitrable et rentre dans la connaissance du Tribunal ? Si telle mesure de procédure peut être ordonnée par les arbitres ?

La question est encore plus compliquée quand les parties, dans leur convention d'arbitrage, ont stipulé des dispositions sur le pouvoir de compétence-compétence des arbitres. En particulier, quand elles ont conclu un compromis sur litige-né, où la vigilance des parties devrait être maximale et leur consentement présumé éclairé, faut-il faire prévaloir la protection (judiciaire) des justiciables sur la liberté (contractuelle) des particuliers ?

Parfois, le pouvoir d'un tribunal de statuer sur sa propre compétence est un mécanisme anti-sabotage contre les manœuvres d'un défendeur imaginaire et peu scrupuleux. Ainsi, le pouvoir

de « compétence-compétence » est un élément et une condition d'une bonne et saine administration de la justice. La concentration entre les mains de la même autorité du pouvoir de juger de sa compétence, et de celui de trancher le fond de l'affaire, présente bien des avantages. Outre de décourager les manœuvres procédurales, elle implique fortement l'organe saisi dans le règlement complet du différend et renforce son pouvoir, elle réserve le pouvoir judiciaire et elle accélère normalement le règlement du différend. En un mot, elle fait échec à la chicane et contribue à la réalisation de la justice. Les avantages semblent l'emporter sur les inconvénients, notamment le risque d'excès de pouvoir de l'arbitre, qui est généralement une cause de refus d'exécution ou d'annulation de la sentence.

Dans son cours de droit international privé, à l'Académie de La Haye, Pierre Mayer a prudemment parlé de « l'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence » (150). Il a proposé de fixer certaines limites aux domaines matériels et aux temps d'intervention du juge dans la procédure arbitrale, comme garanties d'une bonne administration de la justice. Ainsi, il a adopté la position intermédiaire et nuancée du pouvoir complémentaire du juge et de l'arbitre, appelés à coopérer à une œuvre commune de justice.

En droit international public, l'application du principe de compétence-compétence se heurte à d'autres difficultés. La coopération d'une autorité judiciaire nationale n'est pas nécessaire à la progression de la procédure arbitrale ou à l'exécution de la sentence. Aussi, les arbitres peuvent se prononcer sur leur compétence, sans craindre l'intervention d'un juge étatique. Les difficultés viennent d'ailleurs.

Elles peuvent naître, d'abord, de la résistance de l'une des parties à accepter l'exercice du pouvoir de compétence, exprimé dans un déclinatoire de compétence, accompagné d'un refus de participer à l'instance, suivi d'un défaut d'exécution de la sentence. Cela a été la première réaction britannique, dans l'arbitrage de l'*Alabama*, que de demander une suspension de l'instance d'une durée telle qu'elle fasse craindre l'avortement de l'arbitrage.

Les difficultés peuvent également naître de l'absence de mécanisme juridique de sanction de l'excès de pouvoir des arbitres. La Cour internationale de Justice ne peut se prononcer,

(150) *Recueil des Cours*, vol. 217, 1989, pp. 319 à 454.

en cas d'allégation de nullité de la sentence pour dépassement de leur compétence par les arbitres, que si les parties y ont consenti, soit par un compromis *ad hoc*, soit par une adhésion à la clause facultative de juridiction obligatoire (151).

Comme l'écrivent W. Michael Reisman et Dirk Pulkowski, « In the absence of judicial mechanism for determining nullity, pronouncements by essentially political bodies (152) may, to some extent, serve as "substitut politique" (Prosper Weil) for judicial determinations » (153). Les sanctions du droit international montrent ici leurs limites. Les moyens suggérés par W.M. Reisman et D. Pulkowski, pour obtenir la reconnaissance de la nullité d'une sentence entachée d'excès de pouvoir, sont discutables et d'un emploi compliqué : recours à un tiers, sanctions économiques, agitation populaire, refus unilatéral de reconnaissance de la sentence. Ce dernier moyen s'apparente à la justice personnelle, unilatérale et arbitraire, de l'Etat.

La défectuosité des sanctions du droit international public fait qu'une sentence effectivement affectée d'un excès de pouvoir des arbitres (par dépassement de sa compétence), privée de voie de recours, pourrait ne pas être exécutée, et que cette inexécution, elle-même, pourrait ne pas être réprimée. L'arbitrage de droit international public requiert, dans une large mesure, le consentement continu des parties, du compromis à l'exécution de la sentence.

Plus que sur des sanctions juridiques, la reconnaissance et le respect du pouvoir de compétence-compétence des arbitres par l'Etat partie à l'arbitrage reposent sur des facteurs psychologiques et politiques. On le verra plus loin à propos de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

La reconnaissance de ce pouvoir en droit international public moderne se rattache à l'arbitrage de 1872 (a). D'abord adopté par les juridictions internationales publiques, jugeant en matière interétatique, le principe de ce pouvoir (154) s'est étendu ensuite

(151) Art. 32 (2) du statut de la Cour.

(152) Le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale.

(153) « Nullity in International Law », in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, publiée sous la direction de Rüdiger Wolfrum, Max Planck Gesellschaft et Oxford University Press, 2012, vol. VII, p. 905, par. 28.

(154) Avec les réserves mentionnées ci-dessus, qui doivent être attachées à l'emploi de la formule du « principe de compétence-compétence ».

aux arbitrages internationaux privés, en matière commerciale ou d'investissement. Ces divers fors citent la sentence de 1872 comme le grand précédent de leurs décisions (b).

a) La déclaration du président du tribunal du 19 juin 1872

Le tribunal a réglé l'incident de procédure relatif à la contestation de sa compétence sur les dommages indirects par la déclaration de son président déjà rencontrée :

« Les arbitres jugent qu'il est à propos de déclarer que ... ces réclamations, d'après les principes du droit international applicables en pareil cas, ne constituent pas une base suffisante pour fonder un jugement de compensation ou un calcul d'indemnité entre nations, et que, d'après ces mêmes principes, les dites réclamations devraient être entièrement exclues de la considération du tribunal dans son jugement, quand bien même il n'y eût pas eu de désaccord entre les deux gouvernements relativement à la compétence du tribunal ».

Le tribunal laissait de côté la question du consentement des deux gouvernements à l'exercice de sa compétence. Il était unanime à dire que ces réclamations n'étaient pas fondées en droit international et devraient être rejetées, si le demandeur les maintenait.

Le gouvernement américain accepta la déclaration « *comme exprimant le jugement (155) porté par le tribunal sur l'importante question de droit public soulevée* ». Aussi « *ces réclamations ne seraient plus présentées* ». A cette condition, le Royaume-Uni accepta la poursuite de la procédure. L'effet de la déclaration a été radical : suivie de la renonciation des Etats-Unis à présenter ces réclamations, elle-même acceptée par la Grande-Bretagne, la déclaration a éteint cette partie du différend (156).

Quelle était sa nature ? Le compromis ne prévoyait qu'une seule sentence sur le fond. Le secrétaire au *Foreign Office* (157) la qualifia de déclaration extrajudiciaire. Le président du tribunal corrigeait ceux qui parlaient de « jugement » : « *Pas jugement, pas*

(155) Souligné par nous.

(156) En déclenchant l'engagement des Etats-Unis ne plus présenter sa réclamation, elle réglait le différend et dispensait d'une sentence présente sur la compétence : « Contourner la montagne » dit un proverbe chinois.

(157) Lord Granville. V. F.W. Hackett, ..., p. 240, n. 1 *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration*.

jugement — déclaration » (158). Était-ce un ersatz (159) de sentence, une décision éventuelle et partielle sur le fond ? Les Etats-Unis y ont vu un « *jugement sur l'importante question de droit* ». On peut y voir, du fait de son objet et de son effet, la première des sentences déclaratoires des juridictions internationales ultérieures (160).

La doctrine et la jurisprudence ont considéré que, en présence d'un déclinatoire de compétence, l'initiative du tribunal, déclarant la réclamation mal fondée, avait la nature d'une sentence au fond. Elle comportait, de nécessité logique, l'exercice préalable d'un pouvoir de compétence-compétence.

b) Le principe de compétence-compétence depuis 1872

Peu après 1872, le principe fut adopté par le projet de règlement d'arbitrage international de l'Institut de droit international, en 1875 (161), puis par les deux conventions de La Haye sur le règlement des différends internationaux, en 1899 et en 1907 (162).

Après la Première Guerre mondiale, plusieurs sentences arbitrales ont repris ce principe, notamment dans l'affaire *Georges Salem* (163) et dans l'affaire *Radio Orient* (164). Après la Deuxième Guerre mondiale, le statut de la Cour internationale de Justice a conféré à la Cour la mission de décider sur sa compétence. L'article 36 (paragraphe 6) du statut énonce (165) : « En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide. »

(158) V. F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of arbitration ...*, p. 261, n. 1.

(159) V. F.W. Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of arbitration ...*, *ibid.*

(160) Sur les sentences déclaratoires, voir Francesco Capotorti, *Cours général de droit international public général*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994, IV, t. 248, pp. 210 et suiv.

(161) Article 14, paragraphe 4.

(162) Articles 48 et 73 des conventions de La Haye pour le règlement des différends internationaux des 29 juillet 1899 et 18 octobre 1907. L'article 73 énonce : « *Le Tribunal est autorisé à déterminer sa compétence en interprétant le compromis ainsi que les autres actes ou documents qui peuvent être éventuellement invoqués dans la matière, et en appliquant les principes du droit* ».

(163) Une affaire de nationalité entre les Etats-Unis et l'Égypte (1932),

(164) Entre la France et l'Égypte (1940).

(165) Dans le style napoléonien des rédacteurs du Code civil, si cher à Stendhal, pour ses chutes abruptes.

Dans sa décision sur la compétence, dans la célèbre affaire *Nottebohm* (166), la Cour a jugé que :

« *Le paragraphe 6 de l'article 36 ne fait que reprendre (167) pour la Cour une règle que le droit international commun a consacrée en matière d'arbitrage international. Depuis l'affaire de l'Alabama, il est admis (168), conformément à des précédents antérieurs, qu'à moins de convention contraire, un tribunal arbitral est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci. Le principe est expressément consacré (169) par l'article 48 et par l'article 73 des conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux* ».

Les juges justifiaient le principe par la nécessité :

« *Le rapporteur de la convention de 1899 avait insisté sur la nécessité de ce principe présenté par lui comme "lié à l'essence même de la fonction arbitrale et une nécessité inhérente à l'accomplissement de cette fonction." Ce principe a été maintes fois appliqué et parfois expressément affirmé* ».

Ils en soulignaient la portée par un argument *a fortiori*, de l'arbitrage conventionnel à l'institution judiciaire :

« *Ce principe, que le droit international commun admet en matière d'arbitrage, prend une force particulière quand le juge international n'est plus un tribunal arbitral constitué par l'accord spécial des parties en vue de statuer sur un différend particulier, mais une institution préétablie par un acte international qui en définit la compétence et en règle le fonctionnement et, dans le cas présent, l'organe judiciaire principal des Nations Unies* ».

La compétence de la Cour est de principe facultative et exceptionnellement obligatoire (170). Dans l'affaire *Nottebohm*,

(166) Affaire *Nottebohm* (exception préliminaire sur la compétence) entre le Lichtenstein et le Guatemala, Arrêt du 18 novembre 1953 : C.I.J. Recueil 1953, p. 111, à la p. 119.

(167) Les italiques sont des coauteurs du présent article.

(168) *Idem*.

(169) *Idem*.

(170) L'article 36, paragraphe 1 du statut de la Cour énonce : « *La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettent [compétence de principe facultative], ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur [compétence obligatoire]* ».

la Cour a affirmé que son pouvoir de compétence-compétence s'appliquait dans tous les cas, notamment aux compromis d'arbitrage conclus en cas de compétence facultative (171). Elle a affirmé que le pouvoir qu'elle tenait de l'article 36 avait une deuxième base, ce pouvoir lui étant également reconnu par le droit international :

« *L'article 36, paragraphe 6, suffit à conférer à la Cour le pouvoir de statuer sur sa propre compétence, dans le cas présent. Mais, si tel n'était pas le cas, la Cour, "dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis" (article 38, paragraphe 1, du Statut), devrait suivre à cet égard ce qui est prescrit par le droit international commun. Or le caractère judiciaire de la Cour et la règle de droit international commun qui a été précédemment rappelée suffisent à établir que la Cour est compétente pour statuer sur sa propre compétence en la présente affaire* ».

A l'argument textuel de l'article 36 et au raisonnement téléologique de la mission juridictionnelle de l'article 38, la Cour ajoutait la preuve du droit international commun « *admis depuis l'affaire de l'Alabama ... conformément à des précédents antérieurs ... et ... consacré par les conventions de La Haye* ». L'article 36

L'article 36, paragraphe 2 [clause facultative de juridiction obligatoire portant sur les différends suivants limitativement énumérés] dispose ainsi que : « *Les États parties au présent statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet :*

- a. *l'interprétation d'un traité ;*
- b. *tout point de droit international ;*
- c. *la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ;*
- d. *la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international* ».

(171) Les juges déclaraient : « *La Cour n'a pas hésité à statuer sur sa propre compétence dans des cas où la contestation élevée à ce sujet dépassait l'interprétation et l'application du paragraphe 2 de l'article 36 [clause facultative de juridiction obligatoire]. Dans l'affaire du Détroit de Corfou [Arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, pp. 23-26 et 36], elle a statué sur une contestation de sa compétence pour fixer le montant de la réparation, contestation portant sur l'interprétation d'un compromis ; dans l'affaire Ambatelios [Arrêt du 1^{er} juillet 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 28], elle a statué sur une contestation de compétence concernant l'interprétation de la clause compromissoire inscrite dans un traité ; ici et là, le différend sur la compétence se rattache au paragraphe 1^{er} [compétence facultative dans le premier cas, obligatoire dans le second], et non au paragraphe 2 [clause facultative de compétence obligatoire], de l'article 36* ».

n'avait fait que « reprendre » la règle de droit international admise en 1872 et consacrée en 1899.

Ainsi s'est construite cette règle du droit international, sur une base discutée (172), avec un argument *a fortiori*, cherchant des appuis historiques coutumiers, jurisprudentiels (de précédent en précédent), conventionnels (de traité en traité). En son temps, la sentence de l'*Alabama* a joué son rôle pour fonder un principe maintenant solidement établi en droit international.

Le pouvoir de compétence-compétence est aujourd'hui unanimement reconnu aux juridictions internationales, arbitrales ou interétatiques, après l'avoir été aux juridictions étatiques. C'est un grand progrès dans la bonne administration de la justice internationale qui est issu de l'arbitrage de 1872. L'exercice hardi de leurs pouvoirs a permis aux arbitres de sauver la procédure arbitrale. Leur confiance en leur autorité les a également amenés à accepter l'opinion dissidente de l'arbitre britannique, sir Alexander Cockburn.

3°) *L'admission des opinions dissidentes en droit international*

Jan Paulsson (173) et Albert-Jan van den Berg ont récemment attiré l'attention sur le caractère pernicieux et léthal des opinions dissidentes dans le contentieux entre investisseur étranger et Etat hôte. Dans ces arbitrages, les statistiques montrent que les arbitres désignés par l'Etat d'accueil de l'investissement votent systématiquement en faveur de l'Etat. Leurs opinions dissidentes constituent des armes redoutables dans des procédures d'annulation des sentences.

En droit comparé, le courant en faveur du principe de l'unanimité officielle de la décision ou principe de *nemine dissidente* (« personne n'étant en désaccord ») connaît un regain inattendu d'intérêt et de popularité. L'idée d'éternel retour, chère à Nietzsche, s'applique aussi, de manière imprévue, à l'hostilité aux opinions dissidentes, et apporte une nouvelle preuve de l'utilité de l'histoire du droit pour le droit contemporain de l'arbitrage international.

(172) V. J. Paulsson, « Statecraft and Stagecraft... », *passim*.

(173) V., not., de J. Paulsson, « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *ICSID Review*, 2010, pp. 339 à 355, et d'A.J. van den Berg, « Dissenting Opinion by Party-Appointed Arbitrators in Investment Disputes », in *Looking to the Future: Essays on International Law in honor of W. Michael Reisman*, Leyde, 2011, pp. 822 à 843.

Faut-il reconnaître aux arbitres la faculté de divulguer les raisons de leur désaccord, au-delà de leur liberté de ne pas adhérer à la décision finale ? Le tribunal arbitral de 1872 l'a admis (a) et la règle s'est imposée unanimement jusqu'à la remise en cause récente (b).

a) L'opinion dissidente d'Alexander Cockburn

Dans son opinion dissidente, l'arbitre britannique s'est décrit comme « siégeant dans le tribunal, en quelque sorte, comme le représentant de la Grande-Bretagne (174) ». Cela ne l'empêcha pas de rappeler à ses coarbitres qu'ils siégeaient tous comme juges, quand il fut question de la méthode de travail du tribunal. Les commentateurs (175) ont critiqué son comportement d'arbitre partisan, militant pour la cause de la partie qui l'avait désigné. D'autres ont trouvé qu'il avait desservi la partie qui l'avait nommé (176) : un militantisme contreproductif.

Sir Alexander, tout en désapprouvant la motivation juridique de la sentence sur certains points, a invité le peuple britannique à accepter sans réserve le résultat des travaux du tribunal. Il a même salué le sens de l'équité et du droit de ses coarbitres, qualifiant la sentence de « jugement impartial » du tribunal arbitral (177). Il a approuvé en large partie les dommages alloués. Tout ceci a certainement aidé le gouvernement britannique à faire accepter la sentence et le versement des réparations par son opinion publique.

Une deuxième contribution de sir Alexander au droit et à la pratique de l'arbitrage international réside dans le rôle qu'il joua dans le dénouement de la crise qui faillit faire avorter la procédure à propos des dommages indirects. Avec Ch. Fr. Adams et les autres arbitres, il contribua à la déclaration du président qui régla la difficulté. Sur cette sentence déclaratoire et sur les décisions des tribunaux arbitraux de l'entre-deux guerres, la CIJ

(174) Opinion dissidente, pp. 286 et 313.

(175) V. Moore, *History and Digest...*, pp. 659 à 661, et La Pradelle et Politis, *Recueil...*, p. 921.

(176) V. le portrait que brosse Franck Warren Hackett, avocat à Washington, assistant du *Senior Counsel* des Etats-Unis dans l'arbitrage (Caleb Cushing), qui assista à toutes les audiences du tribunal ouvertes aux agents et conseils des parties, dans ses *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration*, en particulier aux pp. 220 à 223.

(177) Opinion dissidente, p. 544.

a bâti sa jurisprudence sur la compétence-compétence à partir de l'affaire *Nottebohm*.

Une troisième contribution de sir Alexander se trouve dans l'argumentation développée dans son opinion dissidente. La thèse de l'arbitre britannique sur la limitation de la responsabilité internationale de l'Etat aux moyens à sa disposition a nourri les débats de la doctrine et de la jurisprudence, comme on le verra plus loin.

Une quatrième contribution de l'arbitre britannique au droit et à la pratique de la justice internationale peut être trouvée dans l'institution des opinions dissidentes elles-mêmes.

La question de la rédaction et de la signature de la sentence par les arbitres était réglée par l'article VII du Traité :

« La décision du tribunal sera rendue par écrit, datée et signée par les arbitres qui y auront donné leur adhésion ».

Lors de leur première réunion, en décembre 1871, les arbitres avaient décidé que chaque arbitre exprimerait son opinion personnelle, par écrit ou imprimé, sur toutes les questions abordées. Cette opinion serait communiquée aux agents et conseils des deux parties au cours des audiences, au fur et à mesure du déroulement de l'instruction. Elle devrait rester secrète. Temporaire et provisoire, elle laisserait entière la liberté de vote de l'arbitre lors de la décision définitive.

Les arbitres donnèrent leur opinion oralement, et la confirmèrent par écrit, sur les questions discutées, notamment sur les trois questions de l'arbitre brésilien. Ceci de manière développée ou laconique. L'arbitre britannique fit exception : il s'exprima uniquement par oral, alors qu'il avait participé à la décision unanime du tribunal, lors de sa première réunion, en décembre 1871 (178).

A la fin des délibérations, le président (Sclopis) et l'arbitre brésilien (d'Itajuba) rédigèrent chacun un projet de sentence en français. Le texte de l'arbitre brésilien, à la doctrine moins hardie, plus consensuel, moins prolixe, fut choisi par l'ensemble des arbitres : un texte court (dix pages), qui comprend un exposé des motifs, la décision du tribunal sur chaque vaisseau et sur les

(178) Audience du 16 juillet 1872, in *Papers relating to the Foreign Relations of the United States*, 1872, 2^e partie, IV, p. 28.

dommages. Ch. Fr. Adams et Alexander Cockburn se chargèrent de sa traduction en anglais.

Le 14 septembre, le tribunal se réunit pour donner lecture de la sentence. Celle-ci fut ensuite signée des quatre arbitres qui lui avaient « donné leur adhésion », selon les termes du compromis : Adams, d'Itajuba, Sclopis et Staempfli. Le président en remit une copie à l'agent de chaque partie.

Cockburn tendit alors une liasse de papiers, partiellement imprimés, partiellement manuscrits, qui contenaient, disait-il, les raisons de son dissentiment d'avec ses collègues. Il demanda qu'elle soit annexée au procès-verbal de la dernière séance du tribunal. Le président accepta cette demande.

Le document de sir Alexander, quoique joint au procès-verbal de la dernière réunion du tribunal (et à ses archives remises à la municipalité de Genève), ne fut pas communiqué aux parties. Dix jours plus tard, il parut sous une forme adoucie dans un supplément de la *Gazette* de Londres sous le titre de « *Reasons of Sir Alexander Cockburn for dissenting from the award of the Tribunal of Arbitration* ».

L'opinion de sir Alexander suscita les protestations outrées des Etats-Unis pour les attaques auxquelles l'arbitre se livrait contre les rédacteurs du Traité de Washington, contre l'agent des Etats-Unis, et même contre certains de ses coarbitres (Staempfli et Sclopis).

L'abstention de sir Alexander à signer la sentence, sous la réserve de son désaccord, était conforme au compromis, qui stipulait que la sentence serait signée « *des arbitres qui y auront donné leur adhésion* ». Quid d'une opinion séparée livrée au public ?

L'acceptation par le président de l'opinion dissidente a ouvert le débat sur la faculté pour un arbitre, non seulement de manifester implicitement son dissentiment par le refus de sa signature, mais d'exposer les raisons de ce dissentiment sur le résultat et sur sa motivation juridique, ou sur la seconde seulement. A côté des opinions dissidentes, peuvent s'exprimer des opinions concourantes, qui approuvent le résultat pour d'autres raisons (179).

(179) V. R. Kolb, *La Cour Internationale de Justice*, Paris, 2014, 10, pp. 1047 et s. et F. Rigaux, « Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions divergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, 2004, pp. 573-684.

b) L'admission des opinions séparées depuis 1872

La liberté d'exposer publiquement les raisons d'un désaccord s'est imposée par étapes : dans le règlement de l'Institut de droit international de 1875 (180), la convention adoptée lors de la Conférence de la paix de 1899 (181), la convention pour la création de la Cour permanente d'arbitrage de 1907 (182), le statut de la Cour permanente de Justice internationale de 1922 (183), le statut de la Cour internationale de Justice de 1945 (184). C'est maintenant un principe bien établi du droit international.

L'argument traditionnel en faveur des opinions séparées, dans les pays de *common law*, est que ces opinions nourrissent le débat judiciaire, sont un gage de la qualité des jugements, et manifestent une confiance dans la solidité des institutions juridictionnelles. Pendant l'entre-deux guerres, ces pays ont été les promoteurs de l'adoption des opinions dissidentes par les tribunaux internationaux avec un argument en partie différent. Les différences de conceptions juridiques à l'échelle du monde appelaient un mécanisme correcteur de critique des décisions. La prudence dictait qu'un jugement contraire à des principes fondamentaux d'un système juridique ne puisse s'implanter comme précédent dans la jurisprudence internationale (185).

La vitalité et la force de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice dépendent largement de sa qualité intrinsèque. Jules Basdevant (186) rappelait cette particularité de la Cour de ne pas être appuyée par « *l'armature de l'Etat* », tout en étant placée « *à l'avant-garde de l'Organisation internationale* ». Son pouvoir de rendre des décisions obligatoires dépasse en effet celui des autres organes des Nations Unies, l'Assemblée générale, et même le Conseil de sécurité. Dans l'allocution qu'il a prononcée

(180) Article 23.

(181) Article 52.

(182) Article 79.

(183) Article 57.

(184) Article 57.

(185) V. La Pradelle et Politis, *Recueil*..., p. 923.

(186) Sur Jules Basdevant, juge à la Cour internationale de Justice, de 1946 à 1964, président de la Cour, de 1949 à 1954, voir la notice de Brigitte Basdevant-Gaudemet, in *Dictionnaire historique des juristes français (X^e-XX^e siècle)*, de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen, PUF, Paris, 2007, pp. 44-45.

à la mémoire du juge Philadelpho de Azevedo, le président de la Cour poursuivait :

« *Les décisions ainsi prises par une Cour à laquelle on a confié la mission hardie de discipliner l'action d'Etats souverains dans les affaires qui lui sont régulièrement soumises, de telles décisions ne sont pas appuyées par une armature égale ou analogue à celle qui, dans l'ordre interne, vient appuyer la décision du juge.*

Azevedo sentait la gravité de cette situation. Il discernait l'importance des facteurs psychologiques pour le respect du droit dans l'ordre international. Aussi était-il soucieux de voir les décisions de la Cour et ses propres opinions individuelles appuyées sur les motifs les plus pertinents. De là, pour y parvenir, un labeur acharné, un profond effort de la pensée, de là parfois même des crises de conscience » (187).

Ce souci de rendre une justice à la mesure des espoirs que suscite la justice internationale a conduit le juge Azevedo à exprimer son opinion dissidente dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, notamment, où il s'appuie sur celle de sir Alexander dans l'affaire de l'*Alabama*.

Ce souci se traduit dans le statut (188), le règlement (189) et la pratique de la Cour, par l'admission des opinions individuelles, qui se réfèrent parfois à d'autres opinions séparées de sentences arbitrales (190) ou d'arrêts de la Cour internationale de Justice (191).

L'arbitrage de 1872 a ouvert le débat qui oppose la tradition continentale de la conception régalienne du pouvoir de juger, de « la justice qui ne parle que d'une seule voix (192) », à la conception de la *common law*, qui admet la diversité de la parole judiciaire, sur l'opportunité des opinions individuelles.

(187) Bulletin de la Société de législation comparée, in *R.I.D.C.*, 1951, pp. 333 et 334.

(188) Article 57.

(189) Article 95 par. 2.

(190) Cas du juge sir Arnold McNair, dans l'affaire des *Pêcheries anglo-norvégiennes*.

(191) Cas du juge Azevedo, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*.

(192) François Rigaux, « Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions divergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, 2004, p. 573.

Ce débat a été récemment réouvert par Jan Paulsson et Albert-Jan van den Berg et il n'est pas dit que des exceptions ne soient pas acceptées à l'avenir au principe de l'admission des opinions individuelles. Entre la richesse créatrice du débat judiciaire et doctrinal nourri par les opinions individuelles, concourantes en particulier, et la puissance destructrice des opinions dissidentes en cas de recours en annulation, les avis divergent et le débat se poursuit.

C'est à l'initiative de l'arbitre britannique, et par une décision du président du tribunal, que l'opinion dissidente a fait une entrée tonitruante et controversée dans la jurisprudence internationale. Le débat sur cette question se rattache à l'idée de la *proportionnalité* recherchée par les arbitres dans la conciliation de valeurs et d'objectifs en conflit, qui a inspiré plusieurs autres dispositions procédurales dans cette affaire.

4°) *Le principe de proportionnalité dans le règlement de la procédure par le tribunal*

Le principe de la proportionnalité en matière de procédure arbitrale — principe de bon sens — est défini par l'un des auteurs du présent article (193) comme la juste mesure (« *lagom* » en suédois) donnée à plusieurs objectifs : la poursuite de la justice et de l'équité (*fairness*) (194), l'exigence de l'efficacité (*efficiency*) (195), la recherche de l'exactitude (*accuracy*) (196),

(193) Voir notamment W.W. Park, « The Four Musketeers of Arbitral Duty — Neither One-for-All nor All-for-One », Ch. 2 de *Is Arbitration as Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*, sous la direction d'Yves Derains et de Laurent Lévy, Paris, 2011, pp. 25 à 45 ; « Arbitration and Fine Dinning: the Two Faces of Efficiency », in *The Powers and Duties of an Arbitrator — Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, sous la direction de Patricia Shaughnessy et Sherling Tung, Alphen aan de Rijn-en-two, 2017, pp. 251 à 267 ; « The Two Faces of Progress », in *Arbitration International*, vol. 23, n° 3, 2007, pp. 499 à 503 ; « Arbitrators and Accuracy », in *Journal of International Disputes Settlement*, vol. 1, n° 1, Février 2010, pp. 25 à 53, en particulier pp. 38 à 42 ; et « Arbitration in Autumn », in *Journal of International Disputes Settlement*, vol. 2, n° 2, Septembre 2011, 1 à 29, en particulier pp. 4 à 7.

(194) La poursuite de la justice et de l'équité requiert notamment l'indépendance et l'impartialité des arbitres.

(195) L'exigence d'efficacité dans la *case management* appelle l'expertise des arbitres, leur rapidité à traiter l'affaire, un rapport satisfaisant des coûts / avantages des mesures de procédure.

(196) La recherche d'exactitude implique une poursuite déterminée de la vérité, afin que la vérité judiciaire suscite le sentiment que justice a été rendue.

le souci que la sentence ait un caractère exécutoire (*enforceability*) (197).

Ces divers objectifs, qui imposent autant de devoirs au tribunal arbitral, rentrent parfois en conflit et donnent aux arbitres des cas de conscience délicats. L'art de l'arbitrage réside en grande partie dans l'intelligence et l'habileté des arbitres à soupeser et mettre en balance ces exigences et à surmonter les difficultés qui ne manquent pas de se présenter et d'entraver la progression de l'instance.

Les commissaires rédacteurs du compromis de 1871, puis les arbitres de 1872, connaissaient le principe de *proportionnalité*, qu'ils ont appliqué en fixant et respectant un calendrier approprié (a), en organisant une procédure écrite adaptée (b) et en conduisant l'instruction de l'affaire avec célérité, efficacité, équité et loyauté (c) (198).

a) Un calendrier approprié

Les deux gouvernements désiraient un règlement rapide du différend. Les deux opinions publiques étaient sur le qui-vive. Tout retard pouvait permettre une reprise de polémiques, dont l'issue pouvait être une guerre. Les milieux d'affaires souhaitaient la normalisation rapide des relations entre les deux pays : la *City* était disposée à participer au financement des grands projets des entreprises du Nord et à la reconstruction du Sud, dès qu'un climat de paix serait rétabli.

Les négociateurs du Traité de Washington fixèrent des délais serrés au tribunal. Les arbitres furent nommés par les cinq autorités (199) dans les deux mois de la ratification du Traité. Les mémoires furent déposés dans les six mois de la ratification (200), les contre-mémoires quatre mois plus tard, et les conclusions deux mois après.

(197) Le souci que la sentence ait un caractère exécutoire, qui correspond à la fois à l'estime de soi (et de leur travail) des arbitres et aux prévisions des parties, nécessite une attention toute particulière du tribunal aux droits en contact avec l'affaire, dans la perspective du contrôle de la sentence et de son exécution.

(198) Le succès du déroulement de la procédure se voit aussi aux relations amicales qui se sont nouées entre un bon nombre des acteurs, et notamment entre les deux équipes de défense, ce qui est bien rendu par le livre de Franck Warren Hackett, *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration...* cité.

(199) Art. I.

(200) Art. III.

Le tribunal se réunit, le 15 décembre 1871, puis à partir du 15 juin 1872, pour trois mois d'instruction. Il régla rapidement un premier incident de procédure sur sa compétence, puis un second concernant sa méthode d'instruction, acceptant une légère prolongation de la procédure écrite.

Pour l'instruction de l'affaire, le tribunal tint trente-deux séances : vingt-sept en présence des agents et des conseils des parties, et cinq à huis clos. Le *Traité* stipulait que la sentence devrait être rendue dans les trois mois de la dernière plaidoirie des deux parties (201). Les conseils des parties s'étaient exprimés par oral, en dernier lieu, le 8 août.

La sentence fut rendue, le 14 septembre 1872, dans un délai qui respectait la totalité des exigences du traité (202). L'arbitrage dura au total quinze mois, de la conclusion du compromis (203) au prononcé de la sentence (204). La procédure arbitrale, avec le dépôt de trois mémoires et trois mois d'audiences d'instruction, s'étendit sur huit mois seulement (205).

Pour une affaire de cette importance par les enjeux pour les parties, par la richesse du dossier factuel (le nombre des vaisseaux était d'une trentaine), par les deux incidents de procédure provoqués par la Grande-Bretagne, par la complexité des questions de droit (compétence, droit de la neutralité, détermination des dommages), le délai imparti aux arbitres était limité.

La Grande-Bretagne exécuta sans délai la sentence. Les deux parties exprimèrent leur satisfaction et leur reconnaissance aux arbitres de s'être acquittés de leur mission avec rapidité et efficacité.

b) La phase écrite de la procédure couronnée par les conclusions récapitulatives

Les rédacteurs du *Traité* avaient suivi le modèle des commissions mixtes du *Traité Jay* de 1794, dont la procédure était essentiellement

(201) Art. VII al. 1.

(202) Combinaison des art. I, III, IV, V et VII.

(203) Par l'échange des instruments de ratification du *Traité*, le 17 juin 1871.

(204) Le 14 septembre 1872.

(205) De la constitution au tribunal (15 décembre 1871) à la reddition de la décision (14 septembre 1872), avec le dépôt de trois jeux de conclusions écrites et la tenue de plus de trente audiences.

écrite. Les articles III à V du compromis prévoyaient la remise simultanée de trois jeux d'écritures : successivement, mémoires (206), contre-mémoires (207), et exposés indiquant les conclusions de chaque gouvernement et se référant aux preuves produites (208).

Les dernières écritures s'apparentaient aux conclusions récapitulatives d'instance de la pratique procédurale civile française et au *Skeleton of Arguments* de la pratique procédurale civile britannique. Elles présentaient un caractère heuristique marqué : elles obligeaient les parties à résumer leur argumentation, à préciser leur interprétation des règles de droit et à définir leur appréciation des faits, en appuyant l'ensemble sur des preuves bien identifiées.

Ces conclusions se sont implantées dans la pratique procédurale internationale. L'épreuve de vérité et l'exercice pédagogique qu'elles imposent aux parties en font un outil d'une grande efficacité pour atteindre l'objectif d'exactitude de la décision des arbitres.

Les conclusions récapitulatives, complétées par les conclusions supplémentaires à l'initiative des Britanniques, firent que les questions juridiques (diligence requise, commissions), jusque-là assez confuses, s'éclaircissent finalement (209). Elles ont été un instrument très utile pour l'efficacité et l'exactitude de l'instruction : *efficiency and accuracy*.

c) L'instruction de l'affaire par le tribunal ou *case management*

Le compromis, outre une procédure écrite, avait prévu une seule disposition facultative pour l'instruction de l'affaire (210) :

« *Les arbitres pourront, s'ils désirent obtenir de plus amples éclaircissements sur un point quelconque, demander un exposé ou mémoire écrit ou imprimé, ou une plaidoirie ; mais, en pareil cas, l'autre partie aura le droit de faire une réponse orale ou écrite, selon le cas* ».

(206) Art. III.

(207) Art. IV.

(208) Art. V.

(209) C'était le souci de l'arbitre britannique, quoiqu'avec l'espoir d'un résultat différent.

(210) Art. V.

Le rôle passif du tribunal était tempéré par son pouvoir de demander à une partie des éclaircissements. La phase orale de la procédure avec plaidoiries était à la discrétion des arbitres. L'instruction complémentaire éventuelle devrait être contradictoire.

Comme l'écrit F.W. Hackett, « *le Tribunal définit sa procédure de manière qu'elle lui convienne, avec l'idée de faire ce qui promettait le mieux de conduire, avec une juste célérité, à un résultat juste et équitable* » (211).

A la suggestion de l'arbitre suisse, le tribunal choisit une méthode de travail en deux étapes, qui correspondait aux brèves stipulations du Traité (212) : 1° détermination, pour chaque navire séparément, de la responsabilité (ou non) de la Grande-Bretagne sur la base des trois règles ; 2° au cas où les arbitres jugeraient la responsabilité établie, fixation de la somme à allouer en bloc.

Cette méthode directe ne convenait pas à la Grande-Bretagne. Elle cherchait à centrer le débat sur les questions juridiques, et à y faire prédominer le droit international commun, pour relativiser les trois funestes règles. Sa demande insistante d'une réouverture de la phase écrite fut acceptée finalement, de manière indirecte, quand l'arbitre brésilien la présenta comme une demande d'éclaircissements en vertu de l'article V.

Les questions de l'arbitre brésilien aux conseils des parties (diligence requise, effet des lettres de commission, approvisionnement) proposaient un programme de travail au tribunal. Leur ordre d'examen lui fournit opportunément son raisonnement juridique. C'est ce que confirme le plan de la sentence, qui examine d'abord la prétention américaine de violation de la diligence requise, pour l'accueillir, puis l'exception britannique des lettres de commission, pour la rejeter, et condamne la Grande-Bretagne : *intentio*, *excusatio*, *condemnatio* (213).

Le deuxième incident de procédure provoqué par la Grande-Bretagne débouchait sur une méthode de travail qui semblait

(211) *Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration* ..., p. 288.

(212) Art. VII al. 3.

(213) Sur le modèle de la *formula* du prêteur romain : *intentio* (prétention du demandeur), *excusatio* (exception du défendeur), *condemnatio* (ordre du prêteur au juge de condamner).

équitable aux deux parties. Celles-ci coopéreraient dorénavant à l'instruction. Le tribunal tenait son plan de travail et il avait trouvé son raisonnement. L'intelligence et la diplomatie de l'arbitre brésilien permirent la délicate conciliation des objectifs de *fairness*, d'*efficiency* et d'*accuracy*. Les qualités créatives des arbitres se sont encore manifestées dans leur contribution à la formation du droit international.

C) La construction du droit international

La place exceptionnelle de l'arbitrage de l'*Alabama* tient « au nombre et à l'importance des questions posées et des théories juridiques engagées » selon deux commentateurs (214). La reprise par le gouvernement américain des réclamations de ses ressortissants a posé les questions toujours actuelles de la protection diplomatique, de la concurrence des droits de l'Etat et de ceux des individus dans la sphère internationale, des mécanismes de réparation des dommages privés causés par un autre Etat (215).

Les arbitres de 1872 ont eu à se faire une idée de la neutralité britannique, à partir de la proclamation de la reine Victoria (13 mai 1861). Neutralité stricte, ou bienveillante, pour l'un ou pour l'autre belligérant ? Ils ont jugé que les atermoiements ou la passivité des autorités britanniques (départ de l'*Alabama* de Liverpool, armement du *Florida* à Nassau, recrutement de marins par le *Shenandoah* à Melbourne) étaient des violations des devoirs de la diligence requise par l'Etat neutre. La vigilance des autorités britanniques avait été insuffisante.

La sentence de 1872 a traité de questions juridiques particulièrement brûlantes aujourd'hui, parce que les problèmes de société qui sont à leur origine constituent les préoccupations les plus graves de la communauté internationale. L'activité de l'homme, son activité économique en premier lieu, fait peser un risque sérieux sur les conditions futures de la vie sur la Terre. Une partie de l'opinion publique mondiale, notamment la jeunesse, la plus concernée par le futur, a pris conscience de la communauté de destin de l'ensemble des peuples face à l'environnement.

(214) La Pradelle et Politis, *Recueil...*, p. 902.

(215) Affaire dite des *Concessions Mavromatis en Palestine*, entre la République hellénique et la Grande-Bretagne, devant la Cour permanente de Justice internationale (arrêt du 30 août 1924).

Ce sentiment nourrit l'idée d'universalisme de la société internationale. En matière juridique, ce courant se traduit par la théorie de la supériorité de la communauté internationale et de son ordre juridique sur les Etats et leurs droits. Dans le domaine des sources du droit, cette supériorité se traduit par la primauté des sources internationales sur les sources internes (1). En matière d'obligations, elle appelle la reconnaissance de la responsabilité internationale des Etats pour défaut de diligence face aux risques pesant sur l'environnement notamment (2).

1°) *La relation entre le droit international et les droits nationaux*

Il convient de reconnaître d'emblée que les avis sont loin d'être unanimes sur la question des rapports entre le droit international et les droits nationaux. Le principe selon lequel l'autorité du droit international est supérieure à celle des droits nationaux a des partisans et des adversaires.

Certains courants de pensée, en effet, s'inspirent des idées de souveraineté des Etats, de nationalisme, d'unilatéralisme et de populisme. Il n'est pas étonnant que ces courants soient particulièrement présents au sein des Etats qui exercent une prééminence dans la société internationale : Etats-Unis, République fédérative de Russie, République populaire de Chine. Eux et d'autres Etats moins puissants acceptent mal l'idée que le droit international pourrait prévaloir sur leurs droits nationaux. Dans ces pays, la jurisprudence et la doctrine ne reconnaissent pas la supériorité du droit international sur leur droit national. Ils voient dans ce principe une atteinte illégitime à la souveraineté des Etats de la part d'organisations supranationales.

Ceci est notamment vrai aux Etats-Unis, la partie demanderesse dans l'affaire de l'*Alabama* (216). Dans une affaire célèbre et ancienne, un arrêt de la Cour suprême de 1804, *Murray v. Schooner Charming Betsy*, a posé le principe d'une préférence relative pour le droit international en matière d'interprétation concurrente du droit international et de la législation fédérale américaine. Mais la Cour suprême s'est toujours refusée à reconnaître une supériorité du droit international sur le droit des Etats-Unis.

Dans l'espèce, un certain Jared Shattuck, originaire du Connecticut aux Etats-Unis, avait acheté, début 1800, une goélette, *The Jane*, aux Antilles danoises, à Saint-Thomas, alors colonie du

(216) *V. Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. 64 (1804).

Danemark. Shattuck s'était établi à Saint Thomas, où il résidait et conduisait ses affaires en tant que sujet du royaume de Danemark. Il rebaptisa le navire *The Charming Betsy* et fit le commerce entre Saint Thomas et la Martinique et la Guadeloupe. Les Etats-Unis et la France étaient alors en guerre, à cause notamment de l'activité des corsaires français, qui attaquaient les navires de commerce américains et brûlaient la marchandise anglaise qu'ils y trouvaient.

Le Congrès américain avait interdit aux Américains de pratiquer le commerce avec la France. Murray, capitaine d'un vaisseau de l'*US Navy*, captura la *Charming Betsy* et la conduisit à Philadelphie pour être adjugée par le tribunal des prises. L'affaire alla jusqu'à la Cour suprême, qui jugea que Shattuck était devenu sujet danois, selon les principes du droit des gens généralement reconnus. Etant donné qu'il n'était plus citoyen américain, la Cour ordonna la restitution du schooner et le remboursement de la cargaison à Shattuck. Dans cet arrêt, le *chief justice* Marshal déclara que « *An act of Congress ought never to be construed to violate the law of Nations if any other possible construction remains* ».

Dans l'interprétation de la loi fédérale, il encourageait les cours à interpréter le droit américain en conformité avec le droit international, quand cela était possible. La question est particulièrement délicate pour les Etats fédéraux, qui forment la majorité des Etats dans le monde. En cas de mise en cause de la responsabilité internationale par un autre Etat, c'est la Fédération qui est l'Etat responsable. Or les compétences des Etats fédérés privent parfois la Fédération de tout moyen d'action pour empêcher la réalisation du dommage international.

La situation reste particulièrement complexe dans un Etat fédéré qui adopterait une législation ajoutant des conditions à l'exécution des sentences arbitrales étrangères (217). Que devraient faire les juridictions de cet Etat : appliquer le droit de leur Etat, qui est celui qu'elles ont mission de défendre, ou appliquer la Convention de New York de 1958 ? Si elles appliquaient le droit de leur Etat, y aurait-il un motif de mise en cause de la responsabilité internationale de l'Etat fédéral par l'Etat d'un ressortissant qui se plaindrait de l'inexécution de la

(217) V., W.W. Park, « Ch. II-D-2, « Amending the Federal Arbitration Act », in *Arbitration in International Business Disputes*, Oxford, 2012 (2nd ed.), pp. 404 et s. (« Impact of State Law »).

Convention de New York par cette juridiction ? Le tribunal de l'affaire de l'*Alabama* a eu à répondre à la question de la hiérarchie des sources du droit.

a) La solution de la sentence de 1872

Le Royaume-Uni invoquait sa législation interne comme excuse à la construction à Liverpool, puis au départ des eaux britanniques, du *Florida* et de l'*Alabama*. Cette législation n'aurait pas permis leur saisie. Le *Foreign Enlistment Act* de 1819 interdisait de fournir, d'équiper, de parer (en armement maritime) ou d'armer (de doter d'armes), tout vaisseau destiné à la guerre contre un Etat avec lequel le Royaume-Uni serait en paix (218).

Selon l'interprétation générale au Royaume-Uni, à partir du moment où ces vaisseaux n'étaient pas prêts à la guerre maritime, équipés pour la navigation et pour le combat, la loi britannique était respectée. La construction d'une « coque », dépourvue seulement de canons (mais non de leurs affuts) et sa livraison à un belligérant avec lequel Sa Majesté restait neutre, était légale.

Quand cette législation fut soumise au test de l'interprétation des juges, ceux-ci confirmèrent qu'un vaisseau non encore équipé militairement et maritiquement, un navire sur lest, pouvait être livré à un belligérant, sans violer le *Foreign Enlistment Act*. Les tribunaux refusèrent leur saisie au gouvernement alerté par les autorités américaines. Ce fut le cas du *Florida*, aux Antilles britanniques, et de l'*Alexandra*, à Londres.

Le *Florida*, d'abord dénommé *Oreto*, fut saisi à Nassau (Bahamas) par ordre du gouverneur de la colonie britannique. Une procédure *in rem* commença pour valider la saisie. L'*attorney general* soutint mollement l'accusation, alors que les preuves réunies par le consul américain montraient que l'*Oreto* était équipé pour le combat, après avoir reçu ses armes dans les eaux mêmes de la colonie. Pourtant, le juge décida de le relâcher et le vaisseau partit pour Mobile (Alabama), après avoir encore reçu un complément d'armes (7 août 1862).

(218) L'article VII du *Foreign Enlistment Act* de 1819 disposait que : « *That, if any person ... shall ... equip, furnish, fit out or arm ... any ship or vessel ... with the intent to cruise or commit hostilities against any ... State ... with whom His Majesty shall not then be at war, ... every such person so offending shall be deemed guilty of a misdemeanor, and every such ship or vessel shall be forfeited* ». Nous soulignons.

L'*Alexandra* était une canonnière construite à Liverpool par les mêmes chantiers que le *Florida*. Alerté par l'ambassadeur américain (Ch. Fr. Adams), le secrétaire au *Foreign Office* (lord Russell) faisait arrêter le navire et engager la procédure de validation de la saisie. L'*attorney general* concluait à la saisie du vaisseau. Mais le *lord chief baron*, président de la cour de l'Echiquier, déclara au jury :

« Bien que mis à flot, l'*Alexandra* n'est rien de plus qu'en cours de construction. Il me semble, Messieurs, que l'*Alabama* est parti de Liverpool sans armes aucunes, comme un simple navire sur lest. Si vous croyez que l'intention des défenseurs était d'armer, d'équiper, de parer et de munir de canons le navire à Liverpool, la loi sur la neutralité a été violée. Mais, si vous croyez qu'ils voulaient seulement construire un vaisseau, pour exécuter un contrat qu'ils avaient signé, laissant aux acheteurs le soin d'en faire ce que bon leur semblerait, j'estime que la loi n'a pas cessé d'être respectée » (219).

Le jury acquitta les défenseurs et la saisie provisoire de l'*Alexandra* fut levée (24 juin 1863). L'appel formé par l'*attorney general* fut rejeté par la Chambre des lords. Cette décision absolvait *a posteriori* le gouvernement britannique pour le départ de l'*Alabama*. Mais elle était lourde de conséquences pour l'avenir.

La théorie selon laquelle le gouvernement de Sa Majesté avait pour seule obligation vis-à-vis des Etats-Unis de veiller au respect de sa législation interne fut encore soutenue par le secrétaire au *Foreign Office*, dans sa discussion avec l'ambassadeur américain sur la responsabilité britannique, à la fin de la guerre.

Devant le tribunal arbitral, la Grande-Bretagne soutenait que le gouvernement britannique ne disposait pas des moyens légaux pour saisir les vaisseaux confédérés. La constitution du royaume empêchait une intervention du pouvoir exécutif dans le fonctionnement du judiciaire (220). Le gouvernement devait se plier aux voies de droit et aux modes de preuve admis par les tribunaux dans le strict respect des libertés publiques. Les Etats étrangers devaient se soumettre aux exigences de la procédure britannique et apporter les preuves légales de la violation de la neutralité.

(219) Cité par La Pradelle et Politis, *Recueil...*, p. 734.

(220) C'était une allusion à la pratique française — jugée liberticide — qui avait permis de faire saisir les vaisseaux confédérés, par simple mesure administrative, à Bordeaux et à Nantes.

Concernant l'*Alabama*, le tribunal arbitral jugea que « le Gouvernement de Sa Majesté Britannique ne saurait se disculper du manquement de la diligence requise en alléguant l'insuffisance des moyens légaux dont il pouvait disposer. » Et en ce qui concerne le *Florida*, le tribunal jugea que « l'acquiescement judiciaire de l'*Oreto* à Nassau ne saurait dégager la Grande-Bretagne de la responsabilité encourue en vertu des principes du droit international. »

Le tribunal n'est pas allé jusqu'à affirmer spécifiquement que des décisions des juridictions de l'Etat rendues en violation du droit international, tels les jugements rendus dans l'affaire de l'*Alexandra* ou dans l'affaire du *Florida*, pouvaient engager la responsabilité internationale de cet Etat, qui est une *vexata questio* de la doctrine internationaliste. Il s'est gardé d'affirmer la supériorité de principe du droit international. Mais la décision du tribunal a été interprétée immédiatement par la jurisprudence et la doctrine internationale comme affirmant le principe général de la supériorité du droit international sur les droits nationaux.

b) La jurisprudence internationale après 1872

Dès 1878, le tribunal arbitral institué entre la Colombie et les Etats-Unis, dans l'affaire du navire *Montijo*, affirma la supériorité du traité conclu entre les deux pays sur la constitution colombienne (221). L'affaire mérite toujours un intérêt, ne serait-ce que parce que, aux Etats-Unis, l'idée qu'un traité prime la constitution américaine, ces tables de la Loi, n'est toujours pas admise aujourd'hui.

En 1928, dans l'affaire *Georges Pinson*, le tribunal arbitral mixte franco-mexicain jugea que les dispositions de la constitution mexicaine en matière de nationalité cédaient le pas au traité conclu là encore entre les deux pays. Le surarbitre, le Pr. Verzijl, déclara la thèse de la supériorité du droit constitutionnel « *absolument contraire aux axiomes du droit international* », concluant :

« *Il est incontestable et incontesté que le droit international est supérieur au droit interne. Les dispositions nationales ne sont pas sans valeur pour les arbitres internationaux, mais ils ne sont pas liés par elles* » (222).

(221) Sentence du surarbitre Bunch, du 26 juillet 1875, in La Pradelle et Politis, *Recueil...*, pp. 679, 687 et 688.

(222) *Recueil des sentences arbitrales* publié par les Nations unies, sentence du 19 octobre 1928, vol. V, p. 327.

Après la Première Guerre mondiale, les juridictions internationales ont également consacré ce principe par une série d'arrêts. La Cour permanente de Justice internationale le reprit dans l'affaire de *Haute Silésie polonaise* (223), puis dans l'affaire des « *Communautés* » *gréco-bulgares* (224), où les juges déclaraient : « *C'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité* » (225).

Dans l'affaire de *Traitement des nationaux polonais dans le territoire de Dantzig* (1932), la Cour permanente affirme la supériorité du droit international général sur la constitution :

« *D'après les principes généralement admis, un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur* » (226).

Après la Deuxième Guerre mondiale, la Cour internationale de Justice a repris ce principe. Le juge sir Arnold McNair l'a cité dans son opinion dissidente dans l'affaire des *Pêcheries anglo-norvégiennes* (1951), rappelant que le principe trouvait son origine dans la sentence de l'*Alabama* (227).

Dans l'affaire du *Bureau de l'OLP*, la Cour a fait une référence solennelle à cette prééminence, et l'a déclaré principe fondamental du droit international. Elle s'appuyait sur plusieurs précédents, et en premier lieu sur le précédent de 1872 :

(223) Avis consultatif du 25 mai 1926, C.P.J.I., Série A, Fascicule n° 7, p. 19.

(224) De 1930.

(225) Avis consultatif du 31 juillet 1930, C.P.J.I., Série B, Fascicule n° 17, p. 13.

(226) Avis consultatif du 4 février 1932, C.P.J.I., Série A/B, Fascicule n° 44, p. 24.

(227) « C'est un principe bien établi qu'un Etat ne peut jamais invoquer une disposition, ou l'absence de dispositions de son droit interne, ou un acte ou une omission de son pouvoir exécutif, comme moyen pour se défendre d'une accusation d'avoir enfreint le droit international. Ceci a été décidé dans l'arbitrage de Genève (1870-1871) dans l'affaire de l'*Alabama*, lorsque le Gouvernement britannique plaïda qu'il avait exercé tous les pouvoirs possédés par lui en vertu de sa législation existante, pour empêcher l'*Alabama* de quitter un port britannique et de tenir croisière pour attaquer les navires de la marine fédérale américaine — omission qui coûta à la Grande-Bretagne une somme considérable. » Opinion dissidente du juge sir Arnold McNair, *in* arrêt dans l'affaire des *Pêcheries* entre le Royaume-Uni et la Norvège (1951), C.I.J. *Recueil* 1951, p. 181.

« Il suffirait de rappeler le principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne. Cette prééminence est consacrée par la jurisprudence dès la sentence arbitrale rendue le 14 septembre 1872 dans l'affaire de l'Alabama entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, et elle a été souvent rappelée depuis lors, notamment dans l'affaire des 'Communautés' gréco-bulgares » (228).

La seule exception à cette impuissance de l'Etat à invoquer son droit national pour s'exonérer de ses engagements internationaux est celle d'un traité dont la ratification ne serait pas parfaite. En dehors de ce cas assez rare, le droit international, avec son caractère primitif, avec toutes ses imperfections et ses lacunes, est supérieur aux droits nationaux.

En cas de ratification régulière, il revient aux organes de l'Etat de mettre son droit interne (y compris sa constitution) en harmonie avec ses engagements internationaux, s'il ne l'a pas fait auparavant. S'il ne le fait toujours pas, son droit interne sera frappé d'ineffectivité internationale. Cette thèse rencontre toujours l'opposition de plusieurs pays, notamment des Etats-Unis, sans influencer sur une jurisprudence internationale constante. La négociation, la conclusion et la ratification d'un traité sont des actes importants, qui engagent les institutions suprêmes de l'Etat. Celles-ci sont en quelque sorte les garantes, vis-à-vis de la société internationale, de la cohérence de leur ordre juridique avec leurs engagements internationaux.

Le précédent de la sentence de 1872 a contribué à façonner l'ordre juridique international contemporain (229) par la hiérarchie des normes qu'il a dessinée. Cette hiérarchie s'est imposée durablement, soutenue par un courant de pensée universaliste, qui est renforcé par la prise de conscience du destin commun de l'humanité. Cette conviction se traduit notamment par une exigence internationale accrue envers les Etats, notamment en matière environnementale, dont une conséquence pourrait être un alourdissement de leur responsabilité internationale.

(228) Avis consultatif du 26 avril 1988, dans l'affaire de l'*Accord relatif au siège des Nations-Unies entre les Nations-Unies et les Etats-Unis*, C.I.J. Recueil 1988, pp. 34-35, par. 57.

(229) V. not. les développements sur la primauté du droit international in H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, La Baconnière, Neuchâtel, 1953, pp. 164 et 165 et 174 à 178.

2°) *De la responsabilité de l'Etat : la naissance d'une obligation de diligence*

Le fond de l'affaire de l'*Alabama* portait sur la responsabilité de l'Etat neutre dans une guerre maritime. Pendant la Première puis la Deuxième Guerre mondiale, la question s'est à nouveau posée et a montré sa complexité, comme le montre une anecdote personnelle. Pendant la Deuxième Guerre mondiale, le commandant Oliver Park, officier dans la marine de guerre des Etats-Unis (*United States Navy*), et le père d'un des coauteurs de cet article, s'est trouvé dans une situation qui impliquait les principes de neutralité, situation similaire à celle de certains protagonistes de la guerre de Sécession. Au début de l'entrée en guerre des Etats-Unis, son vaisseau avait été coulé par un sous-marin allemand. Après avoir dérivé dans un radeau de survie pendant trois jours, il fut recueilli par des pêcheurs portugais, qui le ramenèrent avec eux dans leur port d'attache des Açores, à Teirceira.

Pendant la Deuxième Guerre Mondiale, le Portugal était neutre. Mais c'était une neutralité comparable à celle de la Grande-Bretagne à l'égard de la Confédération : une neutralité bienveillante. Comme la neutralité de l'Espagne était bienveillante à l'égard de l'Allemagne nazie, celle du Portugal était bienveillante à l'égard des Alliés britanniques et américains.

Pour revenir à l'histoire du commandant Oliver Park, le Portugal, neutre pendant la Deuxième Guerre Mondiale, devait interner les marins des deux belligérants qui arrivaient sur son sol et les empêcher de reprendre les armes. Oliver Park passa des mois aux Açores, jusqu'à ce que le maire de Teirceira se lasse de pourvoir à son entretien. Oliver Park lisait et relisait (quatre fois) le seul livre en anglais disponible : une traduction de *Ungeduld des Herzens*, (*Beware of Pity*, en anglais, ou « La Pitié dangereuse », en version française), roman qu'avait achevé Stefan Zweig, en 1939.

Un beau matin, le maire du village vint voir Oliver Park, lui donna une poignée d'*escudos*, et lui dit que, quand il lui aurait tourné le dos, il devrait descendre jusqu'au port et s'embarquer sur le premier navire en partance pour Londres. Coïncidence, il y en avait un qui appareillait le jour même.

De Londres, Oliver Park regagna les Etats-Unis, et retourna sous les drapeaux. Exactement ce que le droit de la neutralité voulait empêcher. Il avait quitté sa captivité sous les yeux complaisants du représentant d'un gouvernement neutre, ce

territoire où il aurait dû rester interné, comme la « coque 290 » était partie en fraude de Liverpool, où elle aurait dû être saisie. Et c'est aussi à Teirceira que la « coque 290 » avait pris livraison de ses canons, et à proximité qu'elle avait reçu son nom d'*Alabama*, sa commission de guerre sudiste, son commandant, Raphael Semmes. A Teirceira, les Sudistes avaient également tenté en vain de faire enregistrer par les autorités locales le faux naufrage du navire de commerce britannique qui se métamorphosa ensuite en la canonnière sudiste *Georgia*.

Le droit de la responsabilité internationale est influencé par le régime de la responsabilité privée, civile et pénale, la première en particulier (230). La doctrine traditionnelle posait comme condition à l'engagement de la responsabilité internationale la réunion de trois éléments : une faute, un dommage et un lien de causalité entre faute et dommage. Au cours du XIX^e siècle, la responsabilité civile a débordé ce cadre et s'est étendue à des cas où nulle faute n'était prouvée ou alléguée. Le même phénomène a touché la responsabilité internationale. La sentence de l'*Alabama* a marqué le moment où la faute a commencé à être abandonnée, remplacée par la simple constatation de l'existence d'un fait illicite.

L'article du Traité relatif au droit applicable (231) énonçait que les arbitres seraient guidés par les trois règles et par les principes du droit des gens compatibles avec elles (232). Les trois règles étaient nouvelles et peu claires. L'expression de « diligence requise » était circulaire et tautologique : un devoir de diligence requise. Elle n'avait pas été définie par le Traité (233). Les négociateurs de 1871 avaient été précédés dans son usage par le

(230) Dans une littérature fort abondante, v. Ch. Rousseau, *Droit international public*, Sirey, Paris, 1983, tome V, p. 11 et s. ; J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, thèse, Paris, 1939, B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, thèse, Paris, 1969 et 1973 ; S. Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale et la responsabilité des Etats*, Paris et Genève, 2005, ainsi que la bibliographie citée dans ces ouvrages et à l'article *State Responsibility* de l'*Encyclopaedia of Public International Law* citée.

(231) Art. VI.

(232) Cette disposition était reprise à l'art. VII al. 3.

(233) Dans son opinion dissidente, l'arbitre britannique a reproché aux rédacteurs du Traité d'avoir laissé aux arbitres « la tâche difficile de définir plus précisément ce qui est compris par l'expression vague et incertaine de la 'diligence requise' ». Les diplomates s'étaient déchargés de la difficulté sur les juristes. Le flou devait-il inciter les arbitres à juger en opportunité, selon les circonstances, ou de manière abstraite, avec toute liberté d'interprétation, toute faculté d'extension ou restriction ?

secrétaire au *Foreign Office*. En 1865, à la fin de la guerre, lord Russell écrivait à l'ambassadeur américain Adams (234) :

« *Il semble au gouvernement de Sa Majesté qu'il n'y a que deux questions qui pourraient justifier une réclamation pour dédommagement : la première est de savoir si le gouvernement britannique a agi avec la diligence requise, ou, en d'autres mots, avec bonne foi et honnêteté, dans le respect de la neutralité qu'il avait proclamée* » (235).

C'était une question d'équité et de morale pour le diplomate. Les arbitres donnèrent à la formule une définition juridique (a) qui a suscité bien des critiques avant d'être comprise (b).

a) La solution adoptée par le tribunal : la responsabilité pour défaut de diligence mesurée aux risques

Les Etats-Unis disaient que le degré de la diligence requise était déterminé par quatre facteurs : l'importance du sujet ; la condition réciproque des parties ; la capacité (les moyens) d'exercer la diligence requise à raison de l'exigence des cas ; l'étendue du préjudice éventuel (236).

La Grande-Bretagne répondait que l'obligation d'emploi de tous les moyens avait des limites. Des limites naturelles : « *une heure perdue qui aurait pu être gagnée* ». Des limites juridiques : « *l'exercice sur les transactions habituelles du commerce d'un constant et minutieux espionnage* », qu'on ne pouvait pas exiger du gouvernement d'un pays libre, qui agirait avec honnêteté, soin et activité raisonnable (237). Des limites politiques : « *Il serait*

(234) Cité in La Pradelle et Politis, *Recueil*..., p. 756.

(235) La lettre du 30 août 1865 à l'ambassadeur américain continuait « ... *L'autre [question], les juriconsultes de la couronne ont-ils bien interprété le Foreign Enlistment Act en ne conseillant pas en juin 1862 la détention ou la saisie de l'Alabama, et en d'autres circonstances ... Le gouvernement de Sa Majesté estime qu'il ne saurait soumettre ni l'une, ni l'autre de ces questions à un gouvernement étranger ... Le gouvernement de Sa Majesté ... ne peut admettre qu'il ait été de mauvaise foi dans son maintien de la neutralité ainsi déclarée. Les juriconsultes de la couronne doivent être regardés comme plus capables d'interpréter la loi britannique qu'un gouvernement étranger* », in La Pradelle et Politis, *Recueil*..., p. 756.

(236) Ch. III : Les devoirs que la Grande-Bretagne, neutre, était tenue d'observer au regard des Etats-Unis, cité in La Pradelle et Politis, *Recueil*..., p. 789. Moore, *History an Digest*..., pp. 572 et 573.

(237) La Pradelle et Politis, *Recueil*..., pp. 815 et 816.

absurde que le droit international soumit les Etats neutres à des obligations politiquement impossibles » (238).

Sir Alexander disait que les trois règles devraient être interprétées selon le droit international. La mesure de la diligence requise ne pouvait recevoir une réponse fondée sur le sentiment d'équité. Seules les sources classiques du droit international pouvaient apporter une réponse juste (239). La responsabilité internationale était alors dominée par la doctrine classique de la faute (240). La notion de *culpa* était tout à fait appropriée à une pesée de la diligence requise, disait l'arbitre britannique, par ses trois degrés : *culpa lata* ou faute lourde, *culpa levis* ou faute légère, *culpa levissima* ou faute vénielle.

En matière d'obligation, sir Alexander avait recours à la notion de droit civil de la *diligentia* dans la conservation de la chose (objet du contrat de vente, louage, gage). Cette notion était également appropriée à une pesée de la diligence requise, par ses nuances. Le *diligens pater familias* de l'article 1137 du Code civil des Français (241) avait fait l'objet de commentaires éclairants de Français, notamment Troplong (242), et d'Allemands, tel

(238) Conclusions supplémentaires citées in La Pradelle et Politis, *Recueil*..., p. 853.

(239) En particulier, la doctrine ou « *Juridical science* », in opinion dissidente, p. 233. Cockburn donne ainsi de longues citations des ouvrages de droit international général ou spécialisé d'auteurs français, italiens, suisses, allemands, belges, anglais etc : Hautefeuille, Ortolan, Lampredi, Azuni, Massé, Heffter, Bluntschli, Phillimore, Dana, Rolin Jacquemyns, pour ne citer que quelques-uns.

(240) La théorie classique, calquée sur le droit civil, dénombrerait trois éléments constitutifs d'un acte dommageable susceptible d'ouvrir droit à réparation : la faute ou une autre violation d'une règle juridique, l'existence d'un dommage, et l'existence d'un rapport de causalité.

(241) L'article 1137 du Code civil (dans sa version antérieure à la réforme de 2016) était rédigé ainsi : « *L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.*

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent ».

(242) Il citait (opinion dissidente, p. 262) le *Droit civil expliqué*, vol. I, 1834, par. 371, de Troplong. Sur R.-Th. Troplong (1795-1869), « l'oracle juridique de Napoléon III » (Emile Ollivier), l'auteur de la Constitution du Second empire (14 janvier 1852), le premier président de la Cour de cassation et président du Sénat, voir la notice de Caroline Gau-Cabée au *Dictionnaire historique des juristes français (X^e-XX^e siècle)*, de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen, PUF, Paris, 2007, pp. 754-756.

Zachariae (243). Ils fournissaient à sir Alexander le « véritable critère » de la diligence requise : le débiteur de l'obligation devrait être jugé avec « *ni trop de rigueur, ni trop d'indulgence* », et on ne devrait lui demander « *que les soins raisonnablement dus* » (244).

Faute de référence à la diligence dans la doctrine du droit des gens, sir Alexander proposait d'étendre par analogie l'application de cette règle romaine de gestion du patrimoine de la famille (245) à la conduite des affaires publiques du Royaume-Uni. On peut comprendre l'étonnement et la réticence des arbitres majoritaires à suivre leur collègue britannique, quand il tentait de les convaincre d'appliquer le droit privé, romain et français, après avoir plaidé pour le droit international.

Le président du tribunal retenait l'argument américain que la diligence requise dépendait de plusieurs facteurs, notamment le préjudice éventuel et la condition réciproque des parties, associant les deux facteurs du danger et des moyens de le prévenir :

« Je crois qu'il serait à propos, quant à la mesure de l'activité dans l'accomplissement des devoirs du neutre, d'établir la formule suivante : Qu'elle doit être en raison directe des dangers réels que le belligérant peut courir par le fait de la tolérance du neutre, et en raison inverse des moyens directs que le belligérant peut avoir d'éviter ces dangers ».

(243) K. Salomo Zachariae von Lingenthal (1769-1843), un proche de Thibaut, grand lecteur de Kant, professeur à l'université d'Heidelberg, est notamment l'auteur du *Handbuch des Französisches Civilrechts*, 2 vol., 1808, puis 3 vol., 1827, qui a servi de base au *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau, 5 vol., Strasbourg, 1836-1846. L'ouvrage de Zachariae fut la première systématisation dogmatique du Code Napoléon. Il s'y était intéressé dès sa promulgation en Rhénanie et dans le pays de Bade. Sur Zachariae, voir la notice de William Fischer, in *Allgemeine Deutsche Bibliographie*, 44, 1898.

(244) Opinion dissidente, p. 264, citant le *Droit civil françois* (1854-1860), vol. III, p. 400, traduction de l'ouvrage de Zachariae von Lingenthal, cité à la note précédente, par G. Massé et Ch. Vergé : « *L'article 1137 se résume en un conseil donné aux juges de n'avoir ni trop de rigueur, ni trop d'indulgence, et de ne demander au débiteur que les soins raisonnablement dus à la chose qu'il est chargé de conserver ou de faire, soit à raison de sa nature, soit à raison des circonstances variables à l'infini qui modifient son obligation...* ».

(245) A la charge du *bonus et diligens pater familias* romain pesait une obligation de *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* ou diligence qu'il est d'usage d'appliquer dans la conservation de ses biens personnels.

Le président pensait, d'accord avec l'arbitre suisse (246), que, si des dangers sérieux pour un belligérant émanant de son ennemi naissaient sur le territoire de l'Etat neutre, et qu'il ne pouvait les conjurer (247), l'Etat neutre devait prendre des initiatives pour protéger sa neutralité. Il devait procéder à des investigations, et non pas rester passif et exiger les preuves requises par sa procédure, car ce serait ramener le belligérant à la condition de simple sujet de l'Etat neutre (248). Sur les moyens à mettre en œuvre, le président refusait l'argument britannique :

« Je suis d'accord pour qu'on ne puisse pas demander [au gouvernement de l'Etat neutre] qu'on exécute des choses naturellement impossibles ... Mais je me refuse à reconnaître l'impossibilité politique invoquée dans l'argument du conseil de S.M.B ».

Il trouvait la preuve que la Grande-Bretagne n'avait pas exercé une diligence à la mesure des dangers dans des aveux qu'elle avait faits à plusieurs reprises (249). Adams et d'Itajuba se rangèrent à l'avis du président et de l'arbitre suisse. Le tribunal jugea à la majorité que :

« La "due diligence" dont il est parlé dans la première et la troisième desdites règles doit être employée par les gouvernements neutres en raison directe des risques auxquels l'un ou l'autre des belligérants pourrait être exposé à la suite du défaut d'observation de leur part des devoirs de la neutralité ».

(246) C'est la conception active de la neutralité en vigueur en Suisse, que Jacob Staempfli défendait au sein du tribunal. Staempfli avait été chef du département ministériel (fédéral) de Justice et de Police, une réunion originale dans les systèmes constitutionnels, qui semble compatible avec le respect des libertés publiques dans la Confédération. C'est au gouvernement de l'Etat neutre de « faire la police » chez lui, disait Staempfli. Lors de la discussion sur la diligence requise, il déclara que les diligences requises « comprennent implicitement la propre diligence et la propre initiative dans le but de découvrir et d'empêcher toute violation de sa propre neutralité ; un Etat belligérant n'a ni le droit, ni le devoir d'exercer la surveillance, ni de faire la police dans un Etat neutre à la place des autorités du pays ».

(247) V. l'opinion de Max Huber, arbitre dans l'affaire de l'Île de Palmas, sur le principe de l'exclusivité de l'exercice des prérogatives de l'Etat sur son territoire, et sur le principe de non-ingérence, corollaire du premier.

(248) La Pradelle et Politis, *Recueil*..., p. 857.

(249) Le président du tribunal citait la consultation des conseils de la reine dans l'affaire du *Georgia*, ainsi que deux communications de lord Russell, l'une au sujet de l'*Alabama* et du *Florida*, l'autre à propos des violations de la proclamation de neutralité de la reine du 13 mai 1861. Les dysfonctionnements gouvernementaux (retard dans la consultation du conseil de la couronne), administratifs (laxisme des douanes de Liverpool) et judiciaires (levée de la saisie du *Florida* à Nassau) étaient patents et prouvés ; v. La Pradelle et Politis, *Recueil*..., pp. 858 et 859.

La diligence du gouvernement britannique n'avait pas été à la mesure des risques, et des dommages s'étaient produits. Il y avait eu violation du droit applicable. Cette constatation suffisait : sans qu'il y ait besoin d'une faute caractérisée, l'illicéité entraînait la responsabilité et lançait l'extraordinaire destin de la diligence requise.

b) L'extraordinaire destin de la diligence requise

La solution de la sentence fut violemment critiquée (250). Elle aurait exigé l'emploi de moyens dépassant ceux à la disposition du gouvernement britannique. Elle imposerait « *virtuellement* » (251) une obligation de résultat : l'obligation d'empêcher effectivement la réalisation de tout acte dommageable. Elle rendrait la situation de l'Etat neutre intenable à l'avenir, car elle l'obligerait soit à s'exposer à une responsabilité illimitée, soit à sortir de sa neutralité.

Devant ces critiques bruyantes, qui faisaient écho à l'hostilité des opinions publiques, les deux gouvernements avaient renoncé à présenter les trois règles à l'agrément des autres Etats, alors qu'elles s'y étaient engagées dans le Traité (252).

En 1875, peu après la sentence de l'*Alabama*, l'Institut de droit international adopta une résolution qui exigeait « *la preuve soit d'une intention hostile (dolus), soit d'une négligence manifeste (culpa)* ». La règle reprenait l'idée de faute et imposait une faute caractérisée.

Mais en 1904, Dionisio Anzilotti (253), professeur à l'université de Bologne, publia deux articles (254) qui firent grand bruit.

(250) J.B. Moore, *History and Digest...*

(251) *Ibid.*

(252) Art. VI du Traité de Washington.

(253) D. Anzilotti (1867-1950) a été professeur de droit international aux universités de Palerme, puis de Bologne et enfin de Rome. Il a été juge à la Cour permanente de Justice internationale, de 1921 à 1946, et son président de 1928 à 1932.

(254) « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », in *Revue générale de droit international public*, 1906, pp. 5 à 29 et pp. 285 à 309. Republiés par Denis Alland, Dalloz, Paris, 2012. Ces articles s'appuyaient sur la *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, parue à Florence, en 1902.

Pierre-Marie Dupuy (255) a écrit qu'avec ces publications, Anzilotti « a *tué* (256) la faute en droit international ». Sous son influence, le positivisme est devenu le courant dominant de la doctrine du droit international (257). Sa pensée a été à l'origine de l'école italienne de droit international illustrée par ses disciples : Vincenzo Arangio-Ruiz (258), Roberto Ago (259), Gaetano Arangio-Ruiz (260), Giorgio Gaja (261) aujourd'hui. Au cours du XX^e siècle, le positivisme est devenu le courant doctrinal dominant en droit de la responsabilité internationale.

En 1907, la Convention de La Haye XIII (262) posa que le degré de la surveillance requise de l'Etat neutre devait être à la mesure des moyens à la disposition de son Gouvernement (263). Cela avait été la défense de la Grande-Bretagne dans l'arbitrage de l'*Alabama*.

(255) Pierre-Marie Dupuy, « Fauté de l'Etat et "fait internationalement illicite" », in *Droits*, n° 5, 1997, p. 51.

(256) Mis en italiques par les coauteurs.

(257) La faute est un élément du droit des gens classique issu du jusnaturalisme. Pour Anzilotti, la doctrine du droit naturel est dépassée, au début du XX^e siècle. Le rejet de la faute tient aussi à ce qu'elle suscite d'autres difficultés, notamment celle de réunir les preuves qui établissent la faute des organes de l'Etat, en particulier dans les dommages causés aux étrangers.

(258) V. Arangio-Ruiz (1884-1964) a été professeur aux universités de Naples et de Rome. Antifasciste et libéral, il a été ministre de la Justice du royaume de l'Italie, en 1944-1945.

(259) R. Ago (1907-1995) a été professeur de droit international aux universités de Gênes et de Rome. Il a été juge à la Cour internationale de Justice de 1979 à 1995. Il a présidé la Conférence de Vienne sur le droit des traités et été rapporteur de la Commission du droit international des Nations-Unies ; à ce titre, il a été le principal maître d'œuvre du projet de déclaration sur la responsabilité internationale des Etats, adopté par l'Assemblée générale en 1996, par ses rapports sur l'acte illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale.

(260) G. Arangio-Ruiz (né en 1919) a été professeur à l'université de Rome. Il a été rapporteur spécial de la Commission du droit international des Nations-Unies sur le droit de la responsabilité internationale des Etats, de 1985 à 1996, et a fait approuver par la Commission le premier projet de déclaration sur ce sujet (1996).

(261) G. Gaja (né en 1939) a été professeur à l'université de Florence. Il est juge à la Cour internationale de Justice (2012-2021).

(262) La Convention de La Haye XIII concerne les droits et devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime.

(263) Article 25.

En 1925, cette idée fut encore défendue par Max Huber (264) dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol* (265). L'arbitre unique avait à juger de la responsabilité des autorités espagnoles dans la prévention d'actes de brigandage, commis par des autochtones, dans la partie du Maroc alors soumise à l'autorité de l'Espagne. Ayant constaté la passivité des forces de l'ordre espagnoles, il a prononcé diverses condamnations en faveur de ressortissants britanniques, dont une pour dix bœufs et cent moutons (266). Pour justifier la réparation de ce vol de bétail, il a résumé les débats antérieurs, en faisant une allusion à la sentence de 1872 :

« Dans la branche du droit international où le problème de la négligence de l'Etat en ce qui concerne la prévention d'actes éventuellement y contraires a joué un rôle particulièrement important, savoir, le domaine de la neutralité en temps de guerre maritime, on a fini par reconnaître que l'Etat n'est tenu qu'à exercer le degré de surveillance qui correspond aux moyens dont il dispose.

Exiger que ces moyens soient à la hauteur des circonstances serait imposer à l'Etat des charges auxquelles il ne pourrait souvent pas faire face. Aussi, la thèse que la diligence à exercer doit correspondre à l'importance des intérêts en jeu (267) n'a-t-elle pu s'imposer. La vigilance qu'au point de vue du droit international l'Etat est tenu de garantir peut être caractérisée, en appliquant par analogie un terme du droit romain, comme une diligentia quam in suis » (268).

(264) Max Huber (1874-1960) a été professeur à l'université de Zürich, membre et président de la Cour permanente de Justice internationale, et président du Comité international de la Croix-Rouge. Il est célèbre pour avoir été l'arbitre unique qui a proposé, dans l'affaire de l'*Île de Palmas* (14 avril 1928), le principe de la plénitude des prérogatives de l'Etat sur son territoire (exercice sans limite de ses pouvoirs), et celui de l'exclusivité de la compétence territoriale de l'Etat (principe de non-ingérence), complément ou corollaire du premier.

(265) Entre l'Espagne et le Royaume-Uni (sentence du 1^{er} mai 1925).

(266) Affaire *Carleton*. Dans ce cas, l'armée espagnole, qui disposait d'un camp à proximité, n'était pas intervenue pour empêcher le pillage.

(267) Souligné par les auteurs. L'arbitre évitait les expressions de « risques » et de « dangers ».

(268) *Recueil des sentences arbitrales* publié par les Nations Unies, vol. II, p. 644. Max Huber ajoutait : « Cette règle, conforme au principe primordial de l'indépendance des Etats dans leurs affaires intérieures, offre en fait aux Etats, pour leurs ressortissants, le degré de sécurité auquel ils peuvent raisonnablement s'attendre ».

Max Huber reprenait l'argumentation et les termes mêmes de sir Alexander sur la notion de diligence en droit civil et acceptait que les moyens à mettre en œuvre se limitent à ceux à la disposition du gouvernement. Il appliquait cette règle aux moyens humains et matériels de la police et de l'armée espagnoles, alors que la défense britannique portait sur l'insuffisance de ses moyens légaux (le *Foreign Enlistment Act*).

En 1949, dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (269), le juge brésilien Azevedo a tenté de ressusciter la défunte idée de faute, reprenant également l'opinion dissidente de sir Alexander (270). Il soutenait que le degré de gravité de la faute détermine la mesure de la responsabilité et le calcul des réparations :

« *La jurisprudence internationale a souvent pris en considération le caractère plus ou moins grave des faits reprochés, la négligence ou la faute de la victime pour faire varier en conséquence l'indemnité. Les arbitres ont plusieurs fois fait des déclarations de principe très nettes sur ce point, par exemple le commissaire britannique dans l'affaire de l'Alabama, pour qui la réparation doit être proportionnée* (271) *non seulement à la perte, conséquence de la faute, mais encore à la gravité de cette faute elle-même* » (272).

Mais aujourd'hui, l'idée de responsabilité pour faute est abandonnée par la doctrine, la jurisprudence et la pratique internationales, malgré l'intérêt de la *proportionnalité* qu'elle permet entre cause et dommage. La Commission du droit

(269) Arrêt de la Cour internationale de Justice, sur le fond, entre le Royaume-Uni et l'Albanie.

(270) L'affaire de l'*Alabama* et celle du *Détroit de Corfou* présentaient toutes les deux la particularité que les dommages avaient été provoqués directement par un tiers : les navires confédérés, dans le premier cas, la marine yougoslave, dans le second, semble-t-il. L'Albanie était quasi dépourvue de moyens de guerre navale, incapable de se défendre militairement. Selon le juge soviétique Kyrov, « *c'était un Etat faible, incapable de vim vi repellere* ». Il semble bien que les mines qui provoquèrent des dommages importants à deux destroyers britanniques, lors de leur passage pacifique dans le détroit de Corfou, provoquant la mort de 44 marins aient été posées par la marine yougoslave dans les eaux albanaises. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, le juge Azevedo cita, contre l'argument du Royaume-Uni, demandeur à la réclamation en réparation, l'opinion dissidente d'Alexander Cockburn (dans l'*affaire de l'Alabama*), qui avait tenté de faire de réduire la réparation, en considération de la *culpa levis*, la faute légère, selon lui, commise par le Royaume-Uni.

(271) Les italiques sont des coauteurs de cet article.

(272) C.I.J. *Recueil*, 1949, Fasc. n° 4, p. 96.

international des Nations Unies a adopté deux projets (273) d'« *Articles sur le droit de la responsabilité internationale* (274) » susceptibles de devenir un traité multilatéral, qui fondent la responsabilité exclusivement sur l'illicéité (275). Le projet exerce déjà une influence sur la jurisprudence (276). Cette influence est vouée à s'exercer durablement, notamment dans le domaine de l'environnement. Federico Sclopis et ses coarbitres, en portant le premier coup à la faute, ont tracé le chemin de l'école italienne, fondée par Dionisio Anzilotti, sur la voie du meurtre.

Aujourd'hui, l'idée que la sentence de 1872 imposait une virtuelle obligation de résultat est également abandonnée. Par l'argument de l'impossibilité politique, la Grande-Bretagne avait tenté de sortir de l'alternative où l'enfermait le raisonnement américain : soit votre législation était suffisante pour saisir les navires et vous êtes en tort de ne pas les avoir saisis ; soit elle était insuffisante et vous êtes en tort de ne pas l'avoir modifiée. Le tribunal avait logiquement rejeté l'argument politique au nom de la supériorité des engagements internationaux.

Le tribunal avait jugé que le gouvernement britannique n'avait pas employé les moyens administratifs et matériels à sa disposition : poursuite de l'*Alabama* à Liverpool, surveillance du *Florida* à Nassau, inspection du *Shenandoah* à Melbourne. L'idée des arbitres majoritaires de mesurer la vigilance aux risques, qui est le propre de la diligence même, était compatible avec la *diligentia* du *pater familias* prônée par sir Alexander. Les critiques avaient mal vu ; les arbitres n'étaient pas si éloignés que cela les uns des autres, sur ce point précis.

La notion de diligence requise, née dans la sphère limitée du droit de la neutralité maritime (277), puis étendue à celle de la

(273) En 1996 et en 2001.

(274) « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », texte adopté par la Commission du droit international des Nations Unies et soumis l'Assemblée générale des Nations Unies de 2001. Les articles, désignés « Projet de la commission du droit international » n'ont pas été approuvés, ni ouverts à la signature des Etats.

(275) Art. 1^{er} : « *Tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale* ».

(276) Avis consultatif du Tribunal international du droit de la mer (chambre sur les fonds marins) du 1^{er} février 2011, *Recueil* 2011, p. 10.

(277) A. Ouedraogo, « La neutralité et l'émergence du concept de *due diligence* en droit international — L'affaire de l'*Alabama* revisitée, in *Journal of the History of International Law / Journal d'Histoire du Droit international*, vol. XIII, n° 2, 2011, pp. 307 et s.

réparation des actes de brigandage (278), s'est ensuite répandue dans des domaines beaucoup plus importants du droit international. Elle a été adoptée en matière de protection des droits de l'homme, en matière de droit des investissements internationaux, en matière de statut des étrangers. Un signe particulièrement clair de son succès est offert par les éditeurs de la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, qui ont consacré une entrée spéciale au concept de « *Due diligence* ».

En droit de l'environnement, ce concept est en train de prendre une extension extraordinaire, après avoir été à l'origine du principe de la prévention des risques naturels. Le Protocole de Kyoto de 1997 et l'Accord de Paris de 2015 (279) comprennent des dispositions sur la diligence requise, qui s'inspirent des idées de responsabilité pour risques et d'obligation de moyens renforcée (280). Une partie de l'opinion publique mondiale, sensible aux risques climatiques, exige des gouvernements une action efficace et rejette les arguments de l'impossibilité politique et du manque de moyens juridiques ou financiers. Elle réclame même des obligations de résultat et un élargissement de la responsabilité internationale de l'Etat.

La diligence requise irrigue aujourd'hui le droit de la responsabilité internationale (281). Lord Russell, l'initiateur de la notion de diligence requise, Federico Sclopis et ses coarbitres, Charles Francis Adams, Alexander Cockburn, Marco Antonio d'Itajuba et Jacob Staempfli ont été, à bien des égards, des pionniers de la justice et du droit international contemporain.

III. – EN GUISE DE CONCLUSION

Cet article est une modeste tentative d'explorer les voies par lesquelles un événement de l'Histoire du droit, en l'espèce, l'affaire de l'*Alabama*, a pu (et pourra) influencer le développement

(278) Sentence des *Biens britanniques au Maroc espagnol*.

(279) Art. 4.

(280) Dans son Avis consultatif du 1^{er} février 2011, le Tribunal international du Droit de la Mer (Chambre sur les fonds marins) déclare : « *Il s'agit plutôt d'obligations de mettre en place les moyens appropriés, de s'efforcer dans la mesure du possible et de faire le maximum pour obtenir ce résultat* », *loc. cit.*, p. 10.

(281) S. Maljean-Dubois, « La responsabilité internationale de l'Etat pour les dommages climatiques » (chapitre 1), in C. Cournil et L. Varison, *Les procès climatiques : du national à l'international*, Pédone, Paris, 2018, pp. 1 à 18.

du droit international et celui de l'arbitrage international. Une des questions posées concerne le poids à accorder au passé dans la construction de l'avenir. En un sens, nul ne peut construire demain avec la présomption que les façons de faire d'hier seront toujours valables. Mais, si nous ne pouvons pas bâtir demain sur des présomptions d'hier, sur quoi pourrons nous le bâtir ?

En matière de droit de l'arbitrage, certains traits du passé se sont montrés éphémères, tandis que d'autres demeurent les bases solides de normes toujours utiles. Sans une connaissance éclairée de ce passé, nous aurons peu de panneaux indicateurs de la bonne voie à suivre, ou de l'impasse où ne pas s'engager, même de manière approximative.

Dans ce contexte, l'affaire de l'*Alabama* souligne deux aspects de l'arbitrage tel qu'il a évolué jusqu'à nos jours : (i) l'importance d'un procédé relativement neutre, apte à trancher des différends entre nations, et/ou ressortissants de pays différents, qui écarte la peur d'avoir recours à la seule « *hometown justice* » de l'autre partie ; et (ii) la valeur que peut prendre une sentence qui, même si elle est loin d'être parfaite, reste finale et exécutoire. En cherchant à raffiner ces leçons, à travers un dialogue ouvert, les membres de la communauté arbitrale internationale continuent de contribuer à l'élaboration d'un système de justice international plus équitable et plus efficace.