

Pandémies et droit international : réflexions kaléidoscopiques d'un confiné dans sa (virtuelle) tour d'ivoire

par

GIOVANNI DISTEFANO

«I virus sono fra i tanti profughi della distruzione ambientale. Accanto a batteri, funghi e protozoi. Se riuscissimo a mettere da parte un po' di egocentrismo, ci accorgeremmo che non sono tanto i nuovi microbi a cercarci, ma noi a stanare loro»*

I. Prologue

D'entrée de jeu, qu'il me soit permis, en guise de caveat erga omnes, d'observer qu'il fut ardu d'imaginer une thématique digne de la personnalité éclectique du récipiendaire de ce *Liber amicorum*. Le soussigné, à la différence de son ami et collègue Olivier Guillod, ne s'est en effet jamais aventuré en dehors de sa « confort zone », le droit international public. A ma décharge, je peux invoquer l'ampleur océanique de cette « province of jurisprudence », et implorer ainsi la magnanimité des éditeurs de ces Mélanges. Je compte également sur le sens de l'humour acéré et courtois d'Olivier qui saura me témoigner une fois de plus de son infinie clémence

Cette mise en garde faite, le lecteur ne trouvera ci-après que rien de plus que quelques méditations *sottovoce* d'un confiné lequel, à l'instar du lieutenant Drogo¹, a attendu ces derniers mois l'arrivée d'un ennemi invisible, mais contrairement à l'armée fantomatique du roman de Buzzati, l'ennemi en question était (il l'est toujours) déjà bel et bien présent, masqué parmi nous... Toutefois, son irruption dévastatrice dans les relations humaines interindividuelles et interétatiques n'était pas, si l'on se remémore les mises en garde de la

* PAOLO GIORDANO, *Nel contagio*, Turin, 2020, p. 44.

¹ DINO BUZZATI, *Il deserto dei tartari*, Milan, 1940.

communauté scientifique, une véritable surprise. Par analogie avec le tant redouté tremblement de terre de grande magnitude en Californie, le « Big One », un journaliste scientifique, David Quammen, avait évoqué en 2012 dans son fascinant ouvrage « Spillover » de la prochaine pandémie en ces termes : « if there *is* a Next Big One it will be zoonotic ». ² Cet ennemi invisible rôde hélas encore, facilité par le fait que le Sars-Cov2 exprime sa plus haute charge virale avant la manifestation de symptômes. ³

Le lock-down décidé par les autorités fédérales ⁴ dans le dessein de faire face à la pandémie du Sars-Cov2 m'a amené, entre autres choses, à méditer sur l'impact d'un virus de quelque microns (la question si de tels microbes ont une vie « propre » rend la question encore plus existentielle) sur les relations juridiques internationales. Aucun aspect de celles-ci n'a été épargné : du droit de la santé, bien évidemment, au droit des relations commerciales, financières et monétaires, en passant du droit des conflits armés, des réfugiés, des droits de l'homme et j'en passe. Cette pandémie, qui était tout sauf qu'imprévisible, a chambardé la planète tout entière. En 2003, les pays du monde les plus durement affectés par le SARS-CoV (première version), notamment en Asie, se déclarèrent libérés, « but the virus hadn't been eradicated [...] SARS-CoV wasn't gone, it was only hiding. It could return » ⁵.

Et dire que la cinématographie avait été bon prophète : *Outbreak* (1995), *Contagion* (2011), *World War Z* (2013), pour ne pas parler de l'anecdote « Cassandra Crossing » qui débute dans des fantomatiques laboratoires de l'OMS à Genève. ⁶ Le susmentionné David Quammen n'avait pas hésité à affirmer, *in tempore non suspecto*, que : “If you're a thriving population, living at high density but exposed to new bugs, it's just a matter of time until

² DAVID QUAMMEN, *Spillover*, New York, 2012, p. 512.

³ « When the Next Big One comes, we can guess, it will likely conform to the same perverse pattern, high infectivity preceding notable symptoms [à la différence de son prédécesseur, le Sars-Cov]. That will help it to move through cities and airports like an angel of death », QUAMMEN (n. 2), p. 208.

⁴ Ce confinement acté, dans le sillage de l'Italie, est une première pour un Etat démocratique et a constitué un test pour ses institutions. Car une chose est un lockdown décidé « top-down » dans un Etat totalitaire, tel la Chine, une autre en est pour une démocratie libérale, qui plus est mâtinée par des caractères de démocratie directe.

⁵ QUAMMEN (n. 2), p. 191-192.

⁶ Les séries télévisées ne sont évidemment pas en reste. Il suffit de mentionner la série culte britannique « *Survivors* » (années 1975-1977), qui intrigua l'auteur de ces lignes pendant son adolescence (elle a fait l'objet d'un « remake » moins réussi en 2008-2010), dont le virus « de service », hautement létal, à l'origine de la pandémie s'échappa accidentellement d'un laboratoire chinois ...

the NBO [Next Big One] arrives”⁷, et la pandémie, chronique d’un événement annoncé arriva, sans que l’on ne croie, aujourd’hui, qu’elle sera la dernière dans notre génération.⁸

Enfin, pas plus tard que septembre 2018, quelques mois avant l’affleurement de l’épidémie en Chine, le « Global Preparedness Monitoring Board », un groupe de 15 experts indépendants dirigé par l’ancien directeur général, Mme Brutland, publia son premier rapport annuel « On global preparedness for health emergencies. A World at Risk ». Dans ce document de 48 pages, cet organisme indépendant ne cesse de stigmatiser le retard de la quasi-totalité des Etats membres de l’OMS et leur état déplorable d’impréparation face aux futures – et inévitables – pandémies :

“It is high time for urgent and sustained action. This must include increased funding at the community, national and international levels to prevent the spread of outbreaks. It also requires leaders to take proactive steps to strengthen preparedness coordination mechanisms across governments and society to respond quickly to an emergency.”

Dans la préface à ce rapport, Dr. Brutland enfonce le clou, *vox clamans in deserto*, en s’écriant :

“For too long, we have allowed a cycle of panic and neglect when it comes to pandemics: we ramp up efforts when there is a serious threat, then quickly forget about them when the threat subsides. It is well past time to act”⁹

II. Droit international de coopération : multilatéralisme institutionnel comme vaccin contre le souverainisme

Tout ordre juridique, et le système juridique international n’y fait guère exception, tend naturellement à assurer la coexistence et la coopération entre ses sujets. C’est une organisations sociale destiné à atteindre les finalités que ses sujets se sont fixées et en raison desquelles il existe. L’ordre international se caractérise par son « autonomie », c’est-à-dire

⁷ QUAMMEN (n. 2), p. 290.

⁸ “Somewhere on the planet, the next great pandemic, the next destroying angel, is already taking wing”, RICHARD CONNIFF, « How Pandemics change us », *National Geographic*, 08/2020, p. 73.

⁹ En caractères gras dans le texte. Il ne reste plus qu’à partager le voeu exprimé par ce journaliste : « The current pandemic will almost certainly step up efforts to predict and control pandemic diseases, at least for a time », CONNIFF (n. 8), p. 73.

par l'identité entre les créateurs et les titulaires de ses normes ; voire, le droit international, qui l'innerve, est la créature des Etats.

S'il est vrai, comme il est vrai, que la constitution matérielle de la Communauté internationale organisée se fonde sur « l'égalité souveraine des Etats » (Article 2 § 1 de la CNU), il n'en est pas moins vrai qu'elle la dépasse puisque l'une des finalités de l'ONU est celle de « [r]éaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire ... » (Article 1^{er} § 3 CNU). Ainsi, la « souveraineté », totem fétichiste des nationalistes du XXI siècle, dès lors appelés « souverainistes »,¹⁰ non seulement n'est pas en porte-à-faux avec le droit international moderne, mais elle est en constitue le présupposé matériel de son effectivité et efficacité. Cette imbrication entre souveraineté et ordre international a été soulignée avec netteté au siècle dernier aussi bien par la jurisprudence internationale¹¹ que par la doctrine. Déjà en 1950, Perassi distingua entre les normes destinées à réglementer la conduite des Etats dans leurs relations en vue d'assurer leur coexistence, d'une part, et les normes principalement vouées à établir la coopération entre eux, d'autre part.¹² Celles-ci, afin de satisfaire des intérêts communs et de sauvegarder des « biens communs », visent notamment, mais pas exclusivement, la création d'organisations internationales. Ces deux approches reçurent un accueil enthousiaste par la doctrine qui, dans le sillage de Friedmann, parle désormais, dans la langue de Shakespeare de « international law of coexistence » et « international law of cooperation ».¹³

L'approche dite du « droit de la coopération » n'a guère remplacé celle dite du « droit de coexistence » mais elle s'y est greffée en vue de gravir une marche supplémentaire dans l'institutionnalisation progressive de la Communauté internationale. Cette institutionnalisation s'est traduite grosso modo au niveau normatif et au niveau organisationnel. Par le premier, on a assisté à l'émergence des redoutables normes de *ius cogens*,¹⁴ qui agitent sans cesse l'esprit du citoyen suisse appelé aux urnes référendaires, ou

¹⁰ Terme contemporain fourre-tout souvent employé en vue de qualifier les nationalistes de tous bords et autres nombrilistes à degré variable de nocivité).

¹¹ «Les règles de droit liant les États [sont] établi[e]s en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs », Lotus (France c. Turquie), arrêt du 7 septembre 1927, Recueil de la Cour permanente de Justice internationale, A 10, p. 18.

¹² TOMMASO PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Padoue, 1930, p. 1.

¹³ WOLFGANG FRIEDMANN, «General Course in Public International Law», Recueil des Cours de l'Académie de droit international, vol. 127 (1969-II), p.80.

¹⁴ « [A] peremptory norm of general international law [ius cogens] is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted ... », Article 52 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

encore les formidables obligations *erga omnes* des Etats, c'est-à-dire « envers la communauté internationale dans son ensemble » ;¹⁵ par le second, on fait référence à la multiplication, hautement bienvenue, des organisations internationales. Je me concentrerai sur ce dernier aspect, tout en soulignant que les deux dimensions sont étroitement corrélées et qu'une avancée dans le domaine normatif requiert un développement, comme il a été lucidement observé par Georges Abi-Saab, au niveau structurel :

*« à chaque niveau de densité normative correspond un certain niveau de densité institutionnelle permettant aux normes d'être mises en œuvre de manière satisfaisante. En deçà, le système n'est pas en mesure de « gérer » ou de « mettre en œuvre » son acquis normatif ; ce qui hypothèquerait sa propre effectivité, et par la même sa crédibilité en tant que système juridique »*¹⁶

C'est ce qui se fait depuis au moins un siècle, depuis la création de la Société des Nations et d'autres organisations internationales. Celles-ci, créations des Etats – faut-il le rappeler *ad nauseam* – sont les instruments privilégiés par lesquels s'installe la coopération internationale. Il n'est dès lors pas étonnant de constater que la Communauté internationale s'est notamment dotée de nouvelles organisations internationales, à vocation universelle, à l'issue de chacun des deux conflits mondiaux. C'est comme si les Etats s'étaient rendus compte non seulement de l'inanité – même en termes de Realpolitik – de la guerre, mais également de la nécessité de prévenir les causes de différends entre eux en se fiant au multilatéralisme qu'incarnent tout naturellement les organisations internationales. L'ordre international, à l'instar de tout organisme vivant, est sorti renforcé de ces crises qui, comme les maladies infantiles (très souvent d'origine virale), prouvent l'inefficacité des mesures unilatéralistes. Aujourd'hui, une fois, de plus le spectre de l'égoïsme étatique, agité par la pandémie, hante la planète, révélant la fragilité du multilatéralisme, lymphite vitale de la CI organisée, mis à mal ces derniers temps, non seulement par les « usual suspects », c'est-à-dire les souverainistes¹⁷ (terme à la vogue désignant les nombrilistes et autres nationalistes de tout

¹⁵ Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd., arrêt du 5 février 1970 (deuxième phase), Recueil de la Cour internationale de Justice, § 33. La Cour de La Haye continue en précisant que ces obligations, à la différence du reste des obligations internationales, « concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un *intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés* » (italiques ajoutées).

¹⁶ GEORGES ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », Recueil des Cours de l'Académie de droit international, vol. 207 (1987), 95-96 (italiques dans le texte).

¹⁷ Faut-il rappeler à ces illettrés des relations (juridiques) internationales que la souveraineté ne signifie pas que l'Etat soit « *legibus solutus* », mais au contraire qu'elle est le présupposé du fonctionnement du droit international et qu'elle revêt de surcroît une « fonction sociale » (*infra* note 40). En conséquence, loin d'être aux antipodes du droit international public, celui-ci se fonde précisément sur celle-là (l'indépendance).

bord), à la *Bolsonaro*, mais également par certains gouvernements d'Etats qui furent et qui ont été à l'origine des avancées les plus importantes dans l'institutionnalisation de la CI. Nous nous référons bien évidemment à l'administration Trump aux Etats-Unis ; de manière plus sournoise, mais non moins délétère et toxique, certains autres Etats prennent en otage le multilatéralisme, non sans en avoir chanté les vertus (« lip-service »), et infiltrent ses rouages que sont les OI, pour le(s) plier à leurs intérêts égoïstes¹⁸. L'idéal-typ de cette politique est représenté par la politique (juridique) extérieure du gouvernement chinois de XI Jinping.

Dans ce marasme et dans cette myopie nombriliste ambiante, le droit international public et la coopération internationale qui se concrétise dans l'action du multilatéralisme institutionnalisé risquent d'en sortir malmenés, au grand damne de la population de notre planète alors que, justement, comme l'Assemblée générale de l'ONU l'a, sans surprise, martelé : « la pandémie de COVID-19 exige une action mondiale fondée sur l'unité, la solidarité et une coopération multilatérale renouvelée ». Ceci exige concrètement que la « [...] la coopération internationale soit renforcée en vue de contenir, d'atténuer et de vaincre la pandémie, y compris par l'échange d'informations, de connaissances scientifiques et de bonnes pratiques, et par la mise en œuvre des directives que recommande l'Organisation mondiale de la Santé en la matière ; ».¹⁹

De même que l'Etat – que l'on fonde sa relation avec ses citoyens (ou sujets) sur Hobbes, Locke ou Rousseau – doit assurer le bien-être de ses derniers, la Communauté internationale organisée, au travers de ses OI et organes, comme l'AG ou le CS (*infra* V), s'acquitte de ce mandat. L'AG a reconnu cette responsabilité dans sa résolution susmentionnée :

« *Reconnaissant* le rôle central qui revient au système des Nations Unies s'agissant de déclencher et de coordonner l'action mondiale visant à contrôler et à contenir la propagation de la COVID-19 et consciente, à cet égard, du rôle crucial joué par l'Organisation mondiale de la Santé »

Il n'est donc pas surprenant de constater que l'AG, seul organe plénier de la seule organisation internationale universelle ayant une compétence générale se soit investie du mandat d'attirer, à tout le moins, l'attention des Etats sur le fait que la santé publique est un bien commun (« Commonweal ») international. Il en va de même pour le(s) futur(s) vaccin(s)

¹⁸ A certains égards, cette politique, assurément habile, n'est pas sans rappeler le processus par lequel un virus RNA (tel le Sars-Cov2) s'empare – aux fins de sa multiplication – des cellules de l'organisme hôte, en y transférant son génome.

¹⁹ Résolution A/74/270 (2 avril 2020).

ainsi que les thérapies médicamenteuses susceptibles de combattre le COVID-19. Ceci signifie que, dans le respect des normes internationales en matière de propriété intellectuelle (dont s'occupe l'OMPI, une autre institution spécialisée du système de l'ONU), l'accès à ces dispositifs médicaux doit être universel et équitable et sa jouissance libre de toute entrave.²⁰ L'initiative COVAX²¹, sous l'égide de l'OMS (voir *infra* III), se situe dans cette logique et vise cet objectif. L'appel du Pape, lancé le 8 septembre s'inscrit justement dans cette direction en battant en brèche le nationalisme.²² Certains Etats, tels la Chine et la Russie, ont parfaitement bien compris la valence en termes de *soft power* et ont annoncé vouloir rapidement mettre – gratuitement ou au prix coûtant – leur vaccin. D'autres, tels les Etats-Unis, ont adopté une attitude contraire, très vraisemblablement dictée par des raisons électoralistes.²³

III. L'Organisation Mondiale de la Santé : gardienne de la santé publique internationale

Aujourd'hui, comme le montrent les dispositions de la Charte des Nations Unies, celle-ci a :

« jeté les bases d'un «système» tendant à organiser la coopération internationale de façon cohérente par le rattachement à l'organisation des Nations Unies, dotée de compétences de portée générale, de diverses organisations autonomes et complémentaires, dotées de compétences sectorielles. L'exercice de ces compétences par les organisations appartenant au « système des Nations Unies » est coordonné,

²⁰ Sans surprise, le Secrétaire Général de l'ONU, Antonio Guterres, a lancé un appel, lors de son discours à l'Assemblée générale (15 septembre 2020), contre ce qu'il a qualifié de « vaccin-nationalisme » qui non « seulement injuste » mais également « autodestructeur. Aucun de nous n'est en sécurité tant que nous ne sommes pas tous en sécurité. Tout le monde le sait » (<https://news.un.org/fr/story/2020/09/1077392>). Ceci n'est rien de plus que la démonstration que la santé publique (internationale) est un bien commun (*res communis*), également du point de vue de la théorie économique (critère d'efficacité de la mesure vaccinale).

²¹ «COVAX is the vaccines pillar of the Access to COVID-19 Tools (ACT) Accelerator. The ACT Accelerator is a ground-breaking global collaboration to accelerate the development, production, and equitable access to COVID-19 tests, treatments, and vaccines. COVAX is co-led by Gavi, the Coalition for Epidemic Preparedness Innovations (CEPI) and WHO. Its aim is to accelerate the development and manufacture of COVID-19 vaccines, and to guarantee fair and equitable access for every country in the world», <https://www.gavi.org/covid19/covax-facility>.

²² « È possibile una buona politica al servizio del bene comune », *L'Osservatore Romano*, 10 septembre 2020, p. 8.

²³ «Will nations play the long game of international cooperation? Or will the trend to short-term national self-interest become more pronounced? Will a society [les Etats-Unis] that has barely quibbled about spending \$13 billion on an aircraft carrier, largely in the service of preventing armed conflict, also accept spending on an even grander scale to prevent epidemic diseases?», CONNIFF (n. 8), p. 73.

notamment, par les accords de liaison conclus entre l'ONU et chacune des institutions spécialisées »²⁴

Les compétences attribuées à l'OMS par les Etats et les objectifs qui lui ont été assignés par ces derniers, dans la Constitution de l'OMS et « développés par sa pratique »²⁵ font de cette dernière l'institution spécialisée du système de l'ONU en charge de la « santé publique ».

La coopération internationale en matière de protection de la santé publique constitue un souci de la communauté internationale organisée qui remonte avant la création de l'OMS ; les premières conventions internationales voient le jour en 1851 et visent à assurer la coordination des actions étatiques en matière de pestilences et autres épidémies. Il s'agit notamment de jeter les bases d'un régime commun relativement aux mesures de quarantaine²⁶ (on ne peut que sourire aujourd'hui en pensant aux listes noires, grises, blanches mises au point par les Etats en vue de réglementer l'accès à leur territoire des personnes en provenance d'autres Etats) : nihil sub sole novum !

Si donc le droit international matériel en matière de santé publique affleure timidement dans la seconde moitié du XIX siècle, il faudra attendre 1907 pour que le droit international institutionnel, sous la forme d'un « Office international d'hygiène publique » (O.I.H.P.) ne lui emboîte le pas.²⁷ A la suite de la première guerre mondiale, et en conformité avec l'article 23 § 6 du Pacte de la Société des Nations,²⁸ celle-ci créa, via une conférence diplomatique, l'« Organisation d'hygiène » (et son Comité sanitaire). Dès lors, deux organisations internationales en matière de santé publique coexistèrent, car les Etats-Unis n'étant pas membres de la S.d.N., s'étaient opposés à ce que l'O.I.H.P. ne fût soumise au contrôle de la S.d.N. Cette situation perdura jusqu'en 1948 lorsque de leurs cendres naîtra l'OMS.

²⁴ Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat lors d'un conflit armé, avis consultatif du 8 juillet 1996, Recueil de la Cour internationale de Justice, 1996, § 26.

²⁵ Ibid., § 21.

²⁶ Un premier traité international fut conclu en 1892 portant sur les mesures de quarantaine maritimes concernant uniquement le choléra et les marchandises dans le commerce entre l'Europe et les Etats-Unis.

²⁷ Comme il a été observé plus haut, selon la loi d'airain du droit international, le droit institutionnel suit et soutient, telle une charpente, le droit matériel (*supra* note 13).

²⁸ « [...] Les Membres de la Société ... s'efforceront de prendre des mesures d'ordre international pour prévenir et combattre les maladies ». Avant même la création de l'Organisation d'hygiène, la S.d.N. établit une « Commission des épidémies » chargé de la coordination de la lutte antiépidémique en Europe de l'Est, ravagée par des multiples conflits en relation avec la révolution bolchévique. Le terme « urgence de santé publique de portée internationale », à laquelle les Etats concernés devaient faire face, fit ici son apparition pour la première fois. Il sera repris tel quel dans l'article 1§1 du RSI de 2005.

L'une des grandes réalisations de l'OMS en matière d'épidémies, pandémies et autres « urgences de santé publique de portée internationale » est incontestablement représentée par le « Règlement sanitaire internationale » adoptée en 2005, qui met en place un mécanisme sophistiqué de réaction rapide aux pandémies.²⁹ Il s'agit d'un instrument international juridiquement contraignant ayant une nature hybride, à la charnière entre acte conventionnel et acte réglementaire.³⁰ Les modalités de son entrée en vigueur sont énoncées aux articles 59-63, avec la possibilité, très fréquente dans ce genre d'instruments internationaux conclus sous l'égide d'une organisation internationale, de « opt-out », c'est-à-dire de ne pas y devenir partie. Aux termes de son article 2 :

« L'objet et la portée du présent Règlement consistent à prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux »

Le RSI institue un mécanisme sophistiqué et fort bien articulé de contrôle basé sur la notification (dans les 24 heures) par un Etat d'un « événement » pouvant constituer une « urgence de santé publique de portée internationale » (article 6). L'OMS peut également « tenir compte des rapports de sources autre que les notifications » (article 9) avant de prendre des décisions ; ceci semble avoir été le cas dans présente pandémie, la Chine ayant longuement retardé à s'acquitter de ses obligations en vertu de l'article 6.³¹

L'OMS a finalement lancé une enquête le 11 juillet 2020 chargée d'évaluer la réponse cette Organisation face à la pandémie ; le « panel » qui a été institué à cette fin va être amené à poser des « hard questions » tous azimuts.³² On a beaucoup parlé de cette enquête, les

²⁹ La pandémie déclenchée par le Sars-Cov2 montre irréfutablement que peu d'Etats ont pris au sérieux ces obligations de préparation aux pandémies.

³⁰ BOISSON DE CHAZOURNES LAURENCE, « Le pouvoir réglementaire de l'Organisation mondiale de la santé à l'aune de la santé mondiale : réflexions sur la portée et la nature du règlement sanitaire international de 2005 », pp. 1176-1178.

³¹ DAVIDE CASATI, ALESSANDRA MUGLIA, « L'OMS e le accuse (segrete) alla Cina: "Ci ha nascosto la verità sul virus" », *Corriere della Sera*, 3 juin 2020. L'OMS a fait, paraît-il, recours au réseau ProMED ainsi qu'aux alertes en provenance de Taïwan : MARYN MCKENNA, « How ProMED crowdsourced the arrival of Covid-19 and SARS », *Wired*, 23 mars 2020 (<https://www.wired.com/story/how-promed-crowdsourced-the-arrival-of-covid-19-and-sars/>)

³² « Pandemic Review Panel to Ask 'Hard Questions', WHO Files Open, Co-Chairs Say », NYT, 3 septembre 2020.

USA en ont fait un cas d'importance stratégique,³³ la Chine a subtilement et sournoisement rétorqué et trainé les pieds et a fini par l'accepter en prenant bien soin qu'elle ne soit pas le seul objet d'investigation.³⁴

Il s'agit d'un instrument de contrôle « soft » mais qui pourrait néanmoins avoir des conséquences « lourdes », le droit international offrant un vaste éventail d'instruments permettant de mettre en œuvre la sanction au sens large. Ce moyen institutionnel destiné à vérifier la compliance des Etats membres *et* de l'Organisation dans la gestion de la pandémie (depuis ses origines jusqu'à ce jour) comporte des atouts non négligeables, même si, répétons-le, le panel, tout comme l'OMS en général, ne dispose pas de moyens de sanction au sens stricte.

En conséquence, puisque l'OMS n'a pas de « dents » ni d' « épée »,³⁵ nous pouvons imaginer, comme moyen de réaction parallèle aux comportements des Etats potentiellement non conformes à leurs obligations découlant du RSI, aux mécanismes généraux de la responsabilité internationale (*infra* IV) et au système général de sécurité collective instauré par la Charte de l'ONU (*infra* V).

³³ Quelques jours auparavant, les Etats-Unis, après que leur président n'eut cesse de vilipender l'OMS pendant des mois, ont officiellement notifié leur intention de s'en retirer. La constitution de l'OMS ne contient pas de dispositions relatives au retrait d'un membre, toutefois lors de la conférence diplomatique qui l'adopta, les Etats reconnurent la possibilité du retrait de l'Organisation si un Etat ne devait pas par la suite accepter un amendement au traité institutif (Proceedings of the International Health Conference, Official Records WHO, n° 2, 74). Cet acte collectif, portant interprétation de la Constitution de l'OMS, au sens de l'article 31 § 2 lit. a) de la CVDI 1969, garantit dès lors ce droit de retrait à un traité conformément à l'article 56 § 1 lit. a de la CVDI 1969. Les Etats-Unis ne se contentèrent pas de cette possibilité, envisagée uniquement en cas d'amendement à la Constitution, et au moment de la ratification de celle-ci, ils joignirent une déclaration se réservant le droit de se retirer de l'Organisation avec un préavis de douze mois. La décision de l'administration Trump de se retirer a été fortement critiquée par différents pans de la société étatsunienne (« Don't leave the W.H.O., strengthen it », NYT, 13 juin 2020).

³⁴ Même si à ce jour il est prématuré de faire preuve de pessimisme, la communauté scientifique n'a pas hésité à faire part de ses perplexités quant à une investigation sur les lieux du crime près d'une année après celui-ci : SMRITI MALLAPATY, « Where did COVID come from ? WHO investigation begins but faces challenges. Identifying the source will be tricky , and investigators will need to grapple with the sensitive political situation », *Nature*, 11 novembre 2020 (<https://www.nature.com/articles/d41586-020-03165-9>).

³⁵ «The UN agency force countries to play by international rules» (NYT, 12 mars 2020), d'où l'intérêt de prendre en compte les mécanismes de la responsabilité internationale et le système de sécurité collective. «Covenants, without the Sword, are but Words, and of no strength to secure a man at all», THOMAS HOBBS, *Leviathan*, Part ii, Chapter viii.

IV. Responsabilité internationale des Etats

Parallèlement aux mécanismes de réaction institutionnels (*uti universo*), se concrétisant dans l'enquête diligentée par l'OMS, il n'est pas oiseux de jeter un regard furtif les moyens de réaction que les Etats peuvent, *uti singuli*, adopter en cas de violations du droit international. A cet effet, nous allons faire recours au régime général de la responsabilité internationale des Etats pour fait internationalement illicite (FII), désormais codifié dans le Texte d'articles adopté par la Commission du droit international de l'ONU. Nous scinderons notre brève analyse en deux parties eu égard aux obligations potentiellement violées par les Etats dans la gestion de la pandémie déclenchée par la SARS-Cov2.

La première partie vise les obligations contenues dans le RSI susmentionné face à un « événement » susceptible de déclencher une « urgence de santé publique de portée internationale ». Nous avons observé que, en vertu du RSI, tout Etat est tenu à certaines obligations, représentées graphiquement dans son Annexe 2, qui peuvent grosso modo se résumer en : recommandations (articles 15-16), mesures sanitaires (articles 18-25). L'article 42 se penche sur la « mise en œuvre des mesures sanitaires » adoptées par tout Etat en vue d'enrayer l'épidémie. La disposition suivante – article 43 – prévoit que tout Etat :

« Etat Partie qui subit les conséquences d'une mesure prise en vertu du paragraphe 1 ou du paragraphe 2 du présent article peut demander à l'Etat Partie qui applique cette mesure de le consulter pour lui apporter des éclaircissements sur les informations scientifiques et les raisons de santé publique à l'origine de la mesure et trouver une solution acceptable pour les deux Etats Parties »

L'article 44 contient l'engagement pris par les Etats parties à se prêter « assistance » et à « collaborer » en vue d'assurer le respect du RSI. Qu'en est-il donc des conséquences de la violation par l'un des Etats parties d'une ou plusieurs des dispositions du RSI ? En droit international général et à moins que le traité international n'en prévoie différemment (Article 59 RI 2001) ou parallèlement à un régime spécifique (*lex specialis*), il faut se tourner vers le corps de règle de droit international coutumier reflété dans le RI 2001.

Le RSI étant incontestablement un « traité intégral » au sens de l'article 60 § 2 lit.c) de la CVDT 1969, tout Etat jouit d'un intérêt à ce que il soit respecté ; dès lors, toute violation « affecte » n'importe quel Etat partie de la même manière, s'agissant d'une atteinte dirigée contre un « bien commun » protégée par le RSI. Tout Etat peut³⁶ donc exiger le respect de la disposition violée (article 29 RI 2001), la cessation du fait illicite s'il a un

³⁶ Voir *supra* note 15.

caractère continu (article 30 RI 2001) et demander réparation pour les dommages matériels et moraux pâti (articles 34-37 RI 2001). Si l'Etat prétendument responsable ne s'acquitte pas de ces obligations, tout Etat peut (article 46 RI 2001) adopter des contre-mesures pacifiques (n'impliquant ni la menace ni l'emploi de la force armée) destinées à amener l'Etat récalcitrant à obtempérer à ses obligations ou à tout le moins à régler le différend par des moyens pacifiques (articles 22, 49-54 RI 2001).³⁷ Les contre-mesures consistent en droit international dans le non-respect par le ou les Etat(s) lésé(s) d'une ou plusieurs obligations internationales le(s) liant à l'Etat responsable. Bien évidemment, la licéité d'une telle mesure unilatérale de self-help dépend de la satisfaction de pas moins de six conditions cumulatives, dont la nécessité et la proportionnalité de la réponse. Seuls les Etats parties au RSI, pas n'importe quel Etat et encore moins une entité qui n'est pas sujet de DIP, comme les Etats fédérés d'un Etat fédéral, tel les EU³⁸.

Le deuxième volet de la responsabilité internationale pourrait s'axer autour des obligations générales de *due diligence* en chef à tout Etat³⁹ ; ce sont des obligations qui existent indépendamment du RSI et, sans conteste, avant celui-ci. S'il est vrai, comme il est vrai, que le droit international public reconnaît à tout Etat la pleine et exclusive jouissance de la souveraineté sur son territoire, il n'en est pas moins vrai que cette souveraineté engendre un corollaire qui consiste dans :

« the obligation to protect within [its] territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war »⁴⁰

Dans la même veine et dans ce sillage, et dans un contexte de santé publique internationale et de protection de l'environnement, un tribunal arbitral mixte entre les Etats-Unis et le Canada déclara :

“that, under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or

³⁷ Bien évidemment, tout Etat pourrait aussi, sur le plan du droit des traités, demander la suspension de l'application du RSI (tous les Etats parties au RSI pourraient même par une action collective en demander l'extinction) vis-à-vis de l'Etat violateur, mais cette action serait un contresens par rapport aux finalités de ce traité, puisqu'il libérerait l'Etat responsable voire même tous les Etats, de l'obligation de respecter le RSI.

³⁸ Missouri avait manifesté l'intention de porter plainte contre la Chine, AFP, 21 avril 2020.

³⁹ La première fameuse consécration jurisprudentielle de ce principe architrave de l'ordre juridique international remonte à l'un des plus anciens arbitrages internationaux de l'ère contemporaine : Affaire de l'Alabama (Grande-Bretagne/ Etats-Unis), sentence arbitrale du 14 septembre 1872, Recueil des sentences arbitrales, Vol. XXIX, p. 125-134.

⁴⁰ Affaire de l'île de Palmas, sentence arbitrale 4 avril 1928, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 839.

persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence⁴¹

C'est la raison pour laquelle, on a accoutumé de parler de « fonction sociale » de la souveraineté, en vertu de laquelle les Etats sont tenus de respecter et faire respecter le droit international, dont le principe de due diligence, sur leur territoire. Sous cet éclairage, on pourrait imaginer qu'un Etat qui permet que son territoire soit la source, ou à l'origine, de dommages pouvant affecter d'autres Etats, commet une violation du droit international. Dans le cas d'espèce de la SARS-Cov2, ceci pourrait concerner la Chine mais également d'autres Etats qui par leur comportement n'auraient pas été en mesure d'enrayer la pandémie.

Enfin, force est de souligner que dans l'ordre juridique international, l'engagement éventuel de la responsabilité internationale que ce soit pour violation du RSI ou du principe de due diligence, est nettement dissocié de constatation juridictionnelle. En effet, sans le consentement des Etats concernés il n'y a ni compétence de la Cour internationale de Justice ni établissement d'un tribunal international *ad hoc*. En paraphrasant une fameuse publicité d'un apéritif : pas de consentement, pas de compétence ! C'est un principe structurel de l'ordre juridique international qui fait du règlement judiciaire un « succédané au règlement direct et amiable [des] conflits entre les Parties ». ⁴² En vertu de l'article 2 § 3 de la Charte de l'ONU, les Etats sont tenus de régler leurs différends par des moyens pacifiques de leur choix (article 33 CNU) ; il n'y a donc d'obligation de saisir – ou de créer – un organe juridictionnel international, ni de prééminence de celui-ci sur les autres méthodes de règlement de litiges internationaux. Le RSI ne va plus loin à cet effet puisque, sans surprise, son article 56 se borne à instituer une procédure en trois étapes : a) passer par l'article 33 CNU ; b) ; en cas d'échec, soumettre le différend au directeur général ; c) arbitrage, pourvu que les Etats y consentent.

⁴¹ Trail Smelter Case, sentence arbitrale du 11 mars 1941, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, p. 1965. La Cour internationale de Justice affirmera 8 ans plus tard tout Etat est lié par « l'obligation ... de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats », affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), arrêt du 9 avril 1949, *Recueil* 1949, p. 22.

⁴² Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (France/Suisse), ordonnance du 19 août 1929, Recueil de la Cour permanente de Justice internationale, A 22, p. 13

Toutefois, on tient à rappeler que l'existence de l'obligation internationale, et partant de son caractère juridiquement contraignant, est indépendante de sa constatation juridictionnelle.⁴³

V. Genève-New York : pandémie(s) et maintien de la paix et de la sécurité internationales

Dans ces quelques lignes, nous nous penchons sur un aspect à la fois négligé et structurel des conséquences d'une pandémie sur le maintien de la paix et de la sécurité internationales, d'où le premier fragment de l'intitulé de cette brève pièce : Genève (droit international de la santé) et New York où se trouve l'aréopage censé « maintenir » ou « rétablir » la paix et la sécurité internationales, c'est-à-dire le Conseil de sécurité. Nous le ferons en passant en revue les trois occasions – épidémies et pandémies confondues – qui amenèrent le « gendarme » de la Communauté internationale organisée à s'occuper d'un « virus », différent dans chaque cas.

Le CS – hoplite de la Communauté internationale – a reçu par les Etats membres de l'ONU le mandat de maintenir et rétablir la paix et la sécurité internationales et, à cet effet, une panoplie de mesures contraignantes⁴⁴ (ou recommandations) lui a été mis à disposition pour s'acquitter de cette responsabilité. En vue d'ouvrir cet arsenal de mesures, le CS doit, en vertu de l'article 39 CNU, constater que l'Organisation est confrontée à l'un de ces trois scénarios : menace contre la paix, rupture de la paix ou acte d'agression. Laissant de côté ces deux dernières situations qui requièrent l'existence d'un conflit armé international, la première présente une pertinence dans le cas de la pandémie actuelle. Comme il a été démontré de manière brillante par la doctrine récente,⁴⁵ il faut entendre la paix, et partant toute menace contre celle-ci, de manière positive et non pas simplement négative, c'est-à-dire « absence de conflit ». Le concept de « paix et sécurité internationales » est protéiforme en ce sens qu'il ne se réduit pas simplement au silence des armes, mais qu'il exige que les conditions pour une paix durable, fondée sur le respect du droit international soient satisfaites. En conséquence, tout comportement susceptible de porter atteinte à la paix, entendue comme un « bien commun et indivisible », peut être constaté par le CS comme étant une « menace » contre elle : de la commission de certains crimes jusqu'au mépris d'un

⁴³ Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil 2007, § 148.

⁴⁴ En vertu de l'article 25 CNU, les Etats membres « conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte ».

⁴⁵ ANNE-LAURENCE GRAF-BRUGÈRE, La 'menace contre la paix' dans la pratique du Conseil de sécurité des Nations Unies, Genève, 2019.

processus électoral en passant par une crise humanitaire ou un événement naturel. La pratique interprétative constante et uniforme du CS dans la définition de la « menace contre la paix » nous offre une moisson d'exemples ; il n'est dès lors pas surprenant que les épidémies aient apparu dans le collimateur de l'organe de l'ONU auquel a été confiée la « responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales » (article 24 CNU). En effet, par sa résolution 2177 (18 septembre 2014), le CS déclara que « l'ampleur extraordinaire de l'épidémie d'Ebola en Afrique constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales » (PP 5). En mettant l'accent sur le lien entre la sante publique, d'une part, et la paix et la sécurité internationales, de l'autre,⁴⁶ le CS souligne le caractère multidimensionnel de ces dernières. Pour la première fois, le CS constate qu'une menace contre la paix peut bel et bien être représentée par une épidémie virale qui risquait, par le phénomène bien connu du « spillover » (débordement)⁴⁷, de mettre en péril la paix et la sécurité internationales. Dans la même veine et plus récemment, le CS se déclarant « *gravement préoccupé* par les conséquences dévastatrices de la pandémie de COVID-19 dans le monde entier, en particulier dans les pays ravagés par un conflit armé, sortant d'un conflit ou en proie à une crise humanitaire », considéra que « que *l'ampleur sans précédent de la pandémie de COVID-19 risque de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales...* » (PP3, 11, italiques ajoutées). L'accent est clairement mis sur les effets du Covid-19 sur les conflits armés internationaux et non-internationaux. Plus concrètement, le après que le Secrétaire général de l'ONU avait appelé de tous ses vœux à une trêve (trois mois auparavant)⁴⁸, le CS surmonta finalement ses dissidences initiales (notamment entre la Chine et les Etats-Unis au sujet de l'origine de la pandémie et du rôle de l'OMS à son égard) et demanda à l'unanimité « *la cessation générale et immédiate des hostilités dans toutes les situations dont il est saisi et souf[er]* les efforts déployés à cet égard par le Secrétaire général et ses représentants et

⁴⁶ Voir à cet égard: GIAN-LUCA BURCI, "Ebola, the Security Council and the Securitization of Public Health", *Questions of International Law*, 2014, pp. 27-39. A vrai dire, le CS avait, As a matter of fact, UNCS in a previous resolution, dating back to 2000, fell short of qualifying HIV / AIDS pandemic as a "threat to peace". Indeed, while formally establishing the nexus through the impact of this disease on "on the health of international peacekeeping personnel, including support personnel" (para. 1) and thus the necessity of its training in its regard, UNSC rightly stressed that "the HIV/AIDS pandemic is also exacerbated by conditions of violence and instability, which increase the risk of exposure to the disease through large movements of people, widespread uncertainty over conditions, and reduced access to medical care [...]; that the HIV/AIDS pandemic, if unchecked, *may pose a risk to stability and security*" (PP 10,11; italics added).

⁴⁷ On ne peut que remarquer avec une certaine ironie que ce terme, et le concept sous-jacent, fort présent dans la pratique applicative de l'article 39 CNU par le du Conseil de sécurité, fasse un clin d'œil malicieux au titre de l'ouvrage de M. QUAMMEN et au phénomène de la zoonose à l'origine de la pandémie actuelle.

⁴⁸ "That is why today [March 23, 2020], I am calling for an immediate global ceasefire in all corners of the world. It is time to put armed conflict on lockdown and focus together on the true fight of our lives." (<https://news.un.org/en/story/2020/03/1059972>)

envoyés spéciaux » (§ 1). Bien évidemment, il saute aux yeux clairement que le biais par lequel le CS appréhende la pandémie est celui des conflits armés, des opérations de paix, des réfugiés et autres phénomènes migratoires. Le CS aurait pu, et il s'en est bien gardé de le faire, faute de convergence nécessaire (et par peur de véto croisés), se pencher sur d'autres comportements des Etats ayant pu ou pouvant constituer des menaces contre la paix pendant la pandémie : de nature commerciale (interdiction d'exportation de matériel médical comme respirateurs, masques, médicaments, désinfectants, combinaisons) ; fermeture de frontières ; quarantaines, course au(x) vaccin(s) ; droit de propriété intellectuelle, etc.

Dans l'ordre juridique international, où la question de la constatation et de la mise en œuvre institutionnelle de ses normes en tant que garantie du système, fait cruellement défaut, le chapitre VII de la CNU présente un attrait majeur. Hélas, ici l'obstacle ici n'est pas juridique (ou plus exactement processuel) mais tout bêtement politique : le pouvoir de veto de l'un quelconque des Etats membres permanents peut battre en brèche l'adoption d'une résolution (la majorité requise étant de 9 sur 15 de ses membres, pour autant justement que l'un des membres permanents n'exerce ce pouvoir).⁴⁹

VI. Épilogue

Indéfectiblement armé de son hubris, l'homme est partout et il hante la planète. De surcroît, lorsqu'on dit « homme » on fait référence à la panoplie de bien, services et modifications de l'écosystème qu'il engendre et charrie avec lui. La vraie « pandémie » est représentée par l'homme et son invasion, sans quartier et sans précédent, d'espaces autrefois vierges.⁵⁰ Si à ceci nous ajoutons les changements climatiques induits par ses activités, le « perfect storm » est tout naturellement inexorable. Il suffit de jeter un regard un tant soit peu attentif (Google Earth fera l'affaire) à la ville de Wuhan en Chine, d'où tout a commencé, pour se rendre compte que l'installation d'une agglomération urbaine de près de 20 millions d'habitants, avec armes et bagages (et ses us et coutumes alimentaires), dans un biotope sub-

⁴⁹ Article 27 § 3 CNU.

⁵⁰ « We are prodigious, we are unprecedented. We are phenomenal. No other primate has ever weighed upon the planet to anything like this degree. In ecological terms, we are almost paradoxical: large-bodied and long-lived but grotesquely abundant. We are an outbreak: we've got 7 billion humans on this planet. It seems like an outbreak population. We live at high densities ... We are closely interconnected. We fly around... No other large animal has ever been as abundant. And we've also got our share of potentially devastating viruses », QUAMMEN (n. 2), p. 497, 503.

tropical, ne pouvait pas ne pas avoir d'impact sur l'environnement au sens large.⁵¹ Ce dernier et ses ressources ne sont pas un « bien » exploitable à loisir, à l'infini et sans ménagement ni égard pour les générations à venir. Saint François d'Assisi disait dans le «Cantico delle Creature» que l'homme fait certes partie et est inséparable du monde, mais ajouta-t-il, puisque doté de « libre arbitre » il avait la responsabilité exclusive d'en prendre soin.

Nous avons mis en exergue plus haut la responsabilité des Etats *uti singuli*, de la Communauté internationale, des Organisations internationales compétentes, mais il ne faut guère oublier qu'en fin de compte, c'est notre responsabilité individuelle et collective, de tout un chacun, dans notre vie quotidienne en responsabilisant notamment et surtout les plus jeunes, les enfants y compris.⁵² Le principe de précaution qui devrait informer nos comportements et ceux des Etats et Organisations internationales n'est finalement rien de plus que l'incarnation dans des domaines, tels la santé et l'environnement, de l'impératif catégorique de Kant. Deux des quatre formulations ce dernier devraient nous inspirer et nous guider en tout temps⁵³ : « Agis de façon telle que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans toute autre, toujours en même temps comme fin, et jamais simplement comme moyen »⁵⁴ ; « Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu puisses vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle ».⁵⁵

Le bon sens, à tout le moins, voudrait que que les Etats s'efforcent par tous leurs moyens de prévenir et d'enrayer ces pandémies, actuelles et à venir, car c'est un fait incontestable que : “We have entered a frightening new world. Or maybe we are returning to the old world of our disease-plagued ancestors”.⁵⁶

⁵¹ “We should appreciate that these recent outbreaks of new zoonotic diseases, as well as the recurrence and spread of old ones, *are part of a larger pattern, and that humanity is responsible for generating that pattern*”, QUAMMEN (n. 2), p. 515 (italiques ajoutées).

⁵² MASSIMO SCURATI, «I bambini, la minaccia Covid e le nostre responsabilità», Corriere della sera, 22 août 2020. L'auteur y dit que les parents, à l'orée de l'été, auraient dû tenir un discours à la teneur suivante: « Figlio mio, ragazzo mio, i morti si contano a decine di migliaia, l'economia è in ginocchio, il futuro è incerto. Abbiamo tutti compiuto enormi sacrifici. Andrai a ballare la prossima estate». Hélas, les parents d'aujourd'hui sont les enfants et jeunes adultes des hédonistes années '80, pour lesquels donc un tel discours aurait été blasphématoire.

⁵³ Le président de la République italienne – Sergio Mattarella – a bien saisi la question de la liberté en regard des restrictions à celles-ci au nom de la santé publique : “Libertà non è fare ammalare gli altri di Covid” (Corriere della Sera, 31 juillet 2020).

⁵⁴ IMMANUEL KANT, Fondement de la métaphysique des mœurs, I. Introduction, (1785), trad. de l'allemand, Paris, 1994, p. 108.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 97

⁵⁶ CONNIFF (n. 8), p. 73.

Bibliographie

ABI-SAAB GEORGES, « Cours général de droit international public », Recueil des Cours de l'Académie de droit international, vol. 207 (1987)

BOISSON DE CHAZOURNES LAURENCE, « Le pouvoir réglementaire de l'Organisation mondiale de la santé à l'aune de la santé mondiale : réflexions sur la portée et la nature du règlement sanitaire international de 2005 », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, 2007, pp. 1157-1181

FRIEDMANN WOLFGANG, "General Course in Public International Law", Recueil des Cours de l'Académie de droit international, vol. 127 (1969-II)

GRAF-BRUGÈRE ANNE-LAURENCE, *La 'menace contre la paix' dans la pratique du Conseil de sécurité des Nations Unies*, Genève, 2019

PERASSI TOMMASO, *Lezioni di diritto internazionale*, Padoue, 1930

QUAMMEN DAVID, *Spillover*, New York, 2012