

Résumé recherche PNR42+

La marge de manœuvre juridique de la politique étrangère suisse à l'égard du régime sud-africain d'apartheid

Jörg Künzli

1. Objectif et contenu de l'étude

Il y a relativement peu de temps que les violations des Droits de l'Homme sont publiquement condamnées et, a fortiori, que ce comportement est sanctionné par des pays tiers. A de multiples égards, le début et le développement ultérieur de ce phénomène sont en rapport avec l'attitude de la communauté internationale vis-à-vis du régime sud-africain reposant sur l'apartheid : jusque longtemps après la Deuxième Guerre Mondiale, même les plus graves violations des Droits de l'Homme échappaient à tout jugement international. Tout le monde admettait tacitement qu'une réaction, de la part d'un pays tiers, aurait constitué une ingérence dans la souveraineté nationale, laquelle recouvrait à l'époque toutes les « affaires intérieures ». En conséquence, les autres pays n'avaient pas le droit, et encore moins l'obligation, d'intervenir dans les relations entre les Etats et les individus soumis à leur juridiction, relations définies par le Droit national exclusivement. Cette situation juridique était d'autant moins satisfaisante qu'en matière de Droit international, il n'existait pratiquement pas d'organes centraux, de tribunaux auxquels on eût pu s'adresser dans les cas de ce genre. A tout cela s'ajoutait une circonstance aggravante : pendant la Guerre Froide, le système de sécurité mondiale de l'ONU ne pouvait pratiquement pas fonctionner. Face à cette absence pour ainsi dire totale de mécanismes internationaux et multilatéraux qui eussent permis d'imposer l'application du Droit, absence qui s'explique soit par les lois mêmes de l'époque, soit par les situations de fait, on est d'autant plus frappé de constater que certains pays tiers se sont sentis autorisés à - voir tenus de - prendre des mesures bilatérales visant à faire appliquer le Droit. L'apartheid aura ainsi été l'un des rares exemples, pendant la période de la Guerre Froide, de politique universellement et unanimement considérée comme une violation du Droit international et où l'on ait pu voir, pour la première fois dans l'histoire, des pays non directement concernés réagir aux violations, par un autre Etat, du Droit international en limitant leurs contacts commerciaux avec, en l'occurrence, la République du Cap, même si ces limitations ont été très variable d'un pays à l'autre. La Suisse aura été l'un des rares pays à rester passif, abstraction faite de son application de la législation sur le matériel de guerre, application connue sous le nom d'« embargo sur l'armement », et d'un plafonnement imparfait des exportations de capitaux.

C'est pourquoi la présente étude fait le point d'une part sur le droit que pouvait avoir la Suisse de recourir à des mesures unilatérales pour inciter l'Afrique du Sud à respecter le Droit international. En d'autres termes, elle pose la question de savoir si des dispositions du Droit internatio-

nal, du Droit de la neutralité ou du Droit constitutionnel limitaient la marge de manœuvre de la Suisse et peuvent par conséquent être invoquées pour expliquer que, dans une large mesure, elle ne se soit pas montrée disposée à se joindre aux sanctions internationales dirigées contre cet Etat (chiffre 2). D'un point de vue opposé, elle se demandera s'il n'existait pas, à l'époque déjà, des règles claires et impératives qui l'auraient éventuellement obligée à mener vis-à-vis de l'Afrique du Sud une politique plus énergique, entendons par là à réagir aux violations du Droit commises par ledit pays (chiffre 3). Cela dit, notre étude ne se présente pas comme une appréciation juridique globale de la politique de la Suisse face à l'Afrique du Sud. Loin de là, son intention est plus modeste : elle entend exposer l'état des normes du Droit international et du Droit national applicables à sa politique vis-à-vis de l'Afrique du Sud durant la période de l'apartheid et se demander si ces deux régimes juridique étaient compatibles. Dans certains domaines seulement, et à titre d'exemples, nous nous sommes demandé si la pratique suisse a véritablement tenu compte de ces principes. Pour répondre à cette question, nous nous sommes évidemment référé au Droit de l'époque. Cela dit, vu que la période étudiée n'est pas très éloignée de nous, la différence entre le Droit en vigueur à l'époque et celui que nous connaissons aujourd'hui n'est pas toujours facile à discerner, de sorte que, parallèlement, nous avons également évoqué la situation juridique actuelle.

2. Le droit à réagir aux violations du Droit international commises par l'Afrique du Sud : quelles attitudes possibles pour la Suisse ?

Bien que n'étant concernée qu'indirectement par les délits de l'Afrique du Sud, la Suisse avait, en vertu du Droit international, le droit de réagir aux violations de ce dernier par ce pays et son régime d'apartheid en prenant des mesures de rétorsions respectant le principe de proportionnalité. De telles mesures n'auraient pas constitué une immixtion dans les affaires internes de l'Afrique du Sud. Elles auraient pu consister en actions toujours légitimes au point de vue du Droit international, p. ex. sous la forme de sanctions diplomatiques, mais également en irrespect de conventions bilatérales, p. ex. en refusant unilatéralement d'appliquer une norme contractuelle existant entre les deux Etats. Ainsi, à l'époque, la Suisse aurait été en droit de suspendre, p. ex. l'accord de relations amicales avec l'Afrique du Sud ou l'accord bilatéral sur la double-imposition. En outre, et contrairement à ce que le Conseil Fédéral a cru être le cas, il n'existait pas de dispositions spécifiques du Droit international qui limitassent plus avant la marge d'action de la Suisse. En particulier, celle-ci aurait eu le droit, le cas échéant, de promulguer des lois à portée extraterritoriales. Or, il est incontestable que l'occasion légitime en aurait existé dans le cas d'une régulation, sous forme de lois, des contrats internationaux portant sur le matériel de guerre et l'industrie nucléaire.

Bien que la question de la neutralité ait été actualisée par le conflit opposant l'Afrique du Sud à l'Angola, le devoir de respect de la neutralité ne limitait pratiquement pas, juridiquement parlant, la marge de manœuvre de la politique étrangère de la Suisse pour ce qui concerne d'éventuelles mesures d'économie étrangère dirigées contre l'Afrique du Sud. Du reste, la Suisse n'a jamais invoqué d'arguments relevant du Droit de la neutralité, puisqu'elle partait d'une non-applicabilité de celui-ci. De même, les obligations relevant de la politique de la neutralité, lesquelles, notons le bien, n'ont ainsi dire jamais, à l'époque, été invoquées pour justifier la politique suisse à l'égard de l'Afrique du Sud, ne limitaient cette réaction maximale que dans la mesure où elles auraient interdit une action solitaire dans le sens d'une réaction maximale unilatérale. Etant donné que, vu l'universalité du front de sanctions dirigé contre l'Afrique du Sud, une participation de la Suisse aux mesures d'embargo ne compromettrait certainement pas sa position dans un conflit futur, mais représentait bien au contraire une prise de position en faveur du pays délinquant,

des considérations de politique de la neutralité ne se seraient très probablement pas opposées à ce que la Suisse décrêtât des sanctions proprement dites ou un « courant normal » unilatéral.

Parallèlement à la justification conceptuelle de la politique de la Suisse à l'égard de l'Afrique du Sud, un rôle nettement plus dominant a été joué par le principe d'universalité : en s'inspirant exclusivement de ce principe, en vigueur à l'époque, de la politique étrangère, la Suisse a érigé en véritable dogme le fait de ne pas participer à des sanctions. Or, si l'on avait tenu compte objectivement, entendons par là globalement, de tous les principes de politique étrangère connus à l'époque, cela n'aurait limité la marge de manœuvre de la Suisse vis-à-vis de l'Afrique du Sud que dans une proportion négligeable. D'autre part, les objectifs matériels de la politique étrangère, lesquels, au cours des années quatre-vingts, ont peu à peu donné naissance à une sorte de Droit coutumier en matière de Constitution, et plus particulièrement l'engagement en faveur des Droits de l'Homme et la solidarité avec la communauté internationale, auraient pu inciter la Suisse à réorienter son comportement, mais n'ont pas trouvé de traduction factuelle dans la mise en œuvre concrète de la politique suisse vis-à-vis de l'Afrique du Sud.

Il s'ensuit que les principes de politique étrangère de l'époque n'auraient absolument pas interdit au Conseil Fédéral, pendant l'apartheid, soit de stabiliser le commerce avec l'Afrique du Sud en décrétant unilatéralement un « courant normal » contraignant, soit même de participer aux sanctions contre l'Afrique du Sud dans la même mesure que les principaux partenaires commerciaux de la Suisse. Pourtant, en diverses occasions, le Conseil Fédéral s'est appuyé sur ces principes et sur certaines normes constitutionnelles pour justifier juridiquement sa politique de refus de principe de toute sanction contre l'Afrique du Sud, et la rendre par là-même inattaquable. Pour atteindre cet objectif, il n'a pas hésité à interpréter certaines dispositions de la Constitution d'une manière qui différait de sa pratique habituelle, ni à se réclamer des principes de la politique étrangère d'une manière unilatérale et totalement axée sur les résultats. Cela a eu pour conséquence que lesdits principes ont perdu leur fonction et ont été livrés à l'arbitraire.

Or en fait, à l'époque déjà, les restrictions imposées par certains Etats au commerce privé avec l'Afrique du Sud constituaient une atteinte aux droits fondamentaux. C'est pourquoi la réaction maximale permise à la Suisse dans le domaine du commerce extérieur a été déterminée pour l'essentiel par les préalables d'intervention de ce que l'on considérait à l'époque comme la liberté de commerce et d'artisanat et, concrètement parlant, par l'existence et l'interprétation des fondements législatifs. S'il est vrai que la restriction de la liberté de commerce extérieur était motivée non pas par la protection de l'économie suisse, mais par l'intérêt de la communauté internationale, il n'en reste pas moins que la législation portant sur le commerce extérieur, et plus particulièrement sur le matériel de guerre ou nucléaire, présentait des lacunes délibérément entretenues et reposant parfois sur des arguments juridiquement indéfendables. C'est pour cela que, bien souvent, la Confédération n'a pas disposé, dans les domaines en question, des instruments législatifs et formels qui lui auraient été nécessaires pour participer aux mesures dirigées contre l'Afrique du Sud d'une manière compatible avec les droits fondamentaux. On en a un bon exemple dans l'absence d'une régulation par l'Etat du transfert de technologies, des cas où la Suisse aurait à intervenir comme intermédiaire ou encore de l'exportation de bien à double usage. C'est ainsi que, dans ce domaine de la politique commerciale, le Conseil Fédéral, soutenu en cela par une majorité parlementaire, a poursuivi une politique marquée unilatéralement par le principe d'universalité, qui visait, malgré le risque encouru par d'autres intérêts de politique étrangère, à ne pas léser, dans toute la mesure du possible, les intérêts commerciaux de sociétés suisses.

En ne cessant pas de prétendre qu'il était impossible, pour des raisons juridiques et pratiques, que l'Etat imposât des règles tout d'abord pour les cas où la Suisse aurait servi d'intermédiaire,

puis également en matière de transfert de technologies et, d'une manière générale, pour ce qui est de l'exportation de biens à double usage présentant un aspect militaire ou nucléaire, il a empêché le Parlement de prendre conscience de la nécessité de modifier les lois existantes. Non seulement le Conseil Fédéral s'est opposé avec obstination et succès à de possibles « activités parlementaires tendant à remédier aux lacunes de la loi », mais, à une exception près, ce n'est que tout à la fin du régime d'apartheid et sous la pression de la communauté internationale qu'il s'est montré prêt, en sa qualité de promulgueur de décrets, à soumettre l'exportation de biens à double usage à un véritable contrôle. Pourtant, le Conseil Fédéral aurait pu compenser dans une très large mesure les lacunes du cadre juridique sur lequel reposait le commerce extérieur : pour ce faire, il aurait pu se réclamer d'une compétence que la constitution lui reconnaît expressément : celle de promulguer des décrets ou des ordonnances. Cela est amplement confirmé par le fait que, dès 1990, la Suisse a participé aux sanctions décidées par l'ONU, tant dans le cadre des institutions existantes qu'en dehors de lui ; on notera que la situation législative restait la même et que toutes ces sanctions reposaient sur un fondement de lois nationales identiques. Il s'ensuit que le Droit national de l'époque ne limitait pour ainsi dire pas la marge de manœuvre des intervenants en matière de politique étrangère et qu'il aurait incontestablement permis à la Suisse de se joindre aux mesures visant l'Afrique du Sud dans la même proportion que ses principaux partenaires commerciaux. Ces exemples, ainsi que d'autres éléments également examinés par notre étude, à savoir l'exportation de capitaux, le commerce de l'or et des diamants, les transports aériens bilatéraux et la garantie des risques à l'exportation, montre bien que ni le Droit international ni le Droit national de l'époque n'auraient limité de manière sensible les possibilités qu'avait la politique étrangère de réagir aux violations commises par l'Afrique du Sud et de se joindre au mouvement international de sanctions. Si donc la Suisse a systématiquement refusé de prendre des mesures efficaces de politique étrangère contre l'Afrique du Sud, cela ne peut absolument pas être considéré comme l'effet de la situation législative de l'époque, mais s'explique uniquement par une décision de principe, à motivation purement économique : dans toute la mesure du possible, ne pas faire obstacle au commerce extérieur avec le pays de l'apartheid, mais au contraire, l'encourager.

3. L'obligation de réagir aux violations du Droit international commises par l'Afrique du Sud : les obligations positives et négatives de la Suisse

Il n'existait à l'époque, pour la Suisse, aucune obligation directe, relevant du Droit international, de réagir aux violations de ce Droit par l'Afrique du Sud. D'une part, il n'existait à l'époque aucune disposition interdisant, outre le comportement incriminé de ce pays, un soutien par des Etats tiers : d'autre part, on ne peut reprocher, ni à la Suisse ni à aucun de ses organes, de comportement ayant directement contrevenu aux normes, existantes à l'époque, du Droit international.

En revanche, si l'on admet qu'il existait à l'époque une interdiction générale de complicité, il serait assez facile d'imaginer que la Suisse a violé une obligation d'abstention, ce que nous appelons une obligation négative. Toutefois, pour la période considérée ici, on ne peut pas démontrer avec une certitude suffisante l'existence d'une telle configuration juridique, incontestablement contraignante. On ne saurait donc s'en réclamer pour soutenir que la Suisse eût été tenue de modifier sa politique à l'égard de l'Afrique du Sud. Cela dit, le Droit international de l'époque connaissait déjà une exception : celle de violations qualifiées de ce Droit, auquel cas les Etats tiers avaient une obligation de solidarité relevant du Droit coutumier, et ayant par conséquent une validité universelle. Concrètement, le Droit international de l'époque imposait aux Etats

tiers, dans le cas de violations systématiques de normes qualifiées relevant de lui, les obligations minimales suivantes :

- l'interdiction de reconnaître une situation politique créée par la violation qualifiée du Droit international ;
- une interdiction d'obstruction, autrement dit l'interdiction de s'opposer aux efforts d'autres pays tendant à mettre fin à la violation qualifiée du Droit international ;
- l'interdiction de bloquer la réalisation, par le détenteur du Droit international, d'une prétention fondamentale de ce Droit, et
- l'interdiction de contribuer à la perpétuation d'une situation de violation qualifiée du Droit international.

En revanche, on ne trouve pas, dans le Droit international de l'époque, de véritables obligations tendant à faire obstacle ou à mettre fin aux violations du Droit international commises par d'autres Etats. L'Afrique du Sud a systématiquement violé des dispositions qualifiées du Droit international, plus particulièrement l'interdiction de la discrimination raciale systématique, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, l'interdiction de la violence ainsi que les dispositions centrales du Droit humanitaire et les garanties fondamentales des Droits de l'Homme. En conséquence, la Suisse était tenue de respecter son obligation de solidarité envers la communauté internationale et , en particulier, envers les pays qui défendaient les normes transgressées par l'Afrique du Sud.

Sur la base de ces obligations de solidarité relevant du Droit coutumier (et non sur celle de la Charte de l'ONU), la Suisse était donc tenue d'observer, par ex., l'embargo de l'ONU sur les armes. Diverses études internes de l'administration montrent que, bien que le contraire ait été soutenu publiquement, la Suisse officielle avait conscience de cette obligation. Et pourtant, la législation suisse sur le matériel de guerre et le matériel nucléaire était, à bien des égards, incompatible avec l'embargo de l'ONU. Cette remarque est tout spécialement valable pour ce qui concerne l'exportation de savoir-faire et les licences, les machines-outils et le matériel de guerre ou le matériel nucléaire. C'est délibérément que l'on n'a pas complété les lois y relatives et que tant le législateur que le détenteur du droit de promulguer des ordonnances se sont sciemment opposés à l'élimination de ces lacunes législatives. On a, d'autre part, la preuve que, de temps en temps, des affaires de ce genre ont été conclues. Tout cela mis bout à bout donne à penser qu'il s'est effectivement produit des exportations en violation de l'embargo, donc que la sanction onusienne a été contournée sur des points capitaux.

Les obligations de solidarité relevant du Droit international interdisaient en outre à la Suisse de reconnaître l'occupation de la Namibie par l'Afrique du Sud. A cet égard, l'attitude de la Suisse a été ambivalente. Certes, elle a reconnu que, fondamentalement, le peuple namibien avait le droit de disposer de lui-même dans le cadre des règles édictées par les organes de l'ONU, mais, autant que nous puissions le constater, n'a pas réussi à condamner explicitement l'Afrique du Sud. Profondément engoncée dans l'optique de la Guerre Froide comme elle l'était, elle a, au contraire, fait preuve d'une grande compréhension pour le point de vue sud-africain et, ce faisant, a relativisé les violations du Droit international commises par cet Etat. Sur cette toile de fond, il n'est guère surprenant que la qualification juridique de l'occupation sud-africaine (« illégalité ») ne se soit pratiquement traduite par aucune action concrète de la politique suisse vis-à-vis de la Namibie. Par exemple, l'administration n'a pas estimé que le comportement de l'Afrique du Sud, consti-

tuant une violation du Droit international, justifiait de modifier les contrats bilatéraux, ni de renoncer aux voyages officiels en Namibie, aux côtés de militaires sud-africains, ni de limiter les compétences des représentations diplomatiques et consulaires suisse, ni d'interdire l'importation de ressources minérales namibiennes. Par cette attitude également, la Suisse a, dans une certaine mesure, passé outre à l'interdiction de reconnaissance que lui imposait le Droit international. Ce dernier interdisait de plus à la Suisse de reconnaître l'indépendance des Bantoustans. A l'instar de tous les autres Etats, la Suisse a défini ces « homelands » déclarés indépendants comme une invention destinée à perpétuer l'apartheid et, pour cette raison, leur a refusé la reconnaissance officielle. Et pourtant, la Suisse a été le seul pays d'Europe à reconnaître les documents de voyage de ces provinces et à accorder des garanties du risque à l'exportation portant sur d'importantes installations infrastructurales qui leur étaient destinées. Ce faisant, elle a violé l'interdiction de reconnaissance indirecte de telles provinces en qualité d'Etats et s'est rendue complice du maintien d'une situation de violation qualifiée des Droits de l'Homme. D'autres attitudes de la politique étrangère suisse, p. ex. l'acceptation sur sol suisse de missions des homelands, le maintien de contacts avec des représentants de telles provinces ou l'autorisation d'exportations financières, sont allées à l'encontre d'interdictions qui, à l'époque, n'étaient pas clairement définies comme contraignantes, de sorte que l'on ne peut pas affirmer sans réserve qu'il s'agissait bien de violations du Droit international. Il faut cependant avouer que cette conduite a frisé de très près l'inadmissible.

Cela dit, abstraction faite du cas spécial des marchandises présentant un caractère stratégique, on ne trouve rien, dans le Droit international de l'époque, qui aurait obligé les Etats à limiter unilatéralement leur commerce bilatéral avec un pays violant ce Droit ou, le cas échéant, à instituer un régime de contrôle. Certes, les importantes relations commerciales que la Suisse a eues, dans les deux sens, avec le pays de l'apartheid l'ont mise, face à la communauté internationale, dans une situation un peu délicate, mais n'ont pas constitué une violation du Droit international. De même, le Droit international de l'époque ne suffisait pas pour justifier une interdiction générale et universelle de soutenir les exportations vers l'Afrique du Sud au moyen de garanties étatiques. L'attitude concrète des divers pays à l'époque suffirait, à elle seule, à le prouver : rares sont ceux qui ont totalement radié de leurs garanties à l'exportation les marchandises destinées à l'Afrique du Sud. Du reste, il semblerait que l'on puisse difficilement établir un lien, juridiquement constatable, entre ces échanges commerciaux facilités par des gouvernement et la possibilité qu'a eue l'Afrique du Sud de perpétuer le système de l'apartheid. Toutefois, cette remarque n'exclut absolument pas que, dans certaines circonstances bien précises, des mesures officielles de soutien à l'exportation aient pu entraîner une responsabilité du pays exportateur sous l'angle du Droit international ; si, p. ex., un pays a encouragé de cette manière l'exportation vers l'Afrique du Sud de produits ayant probablement été utilisés à des fins de répression intérieure, il est probable que ce pays, en contribuant indirectement à entretenir une situation constituant une violation qualifiée du Droit international, s'est lui-même rendu coupable de cette violation.

On ne peut reprocher à la Suisse d'avoir contrevenu à ses obligations relevant du Droit de la neutralité que dans quelques cas particuliers, relativement négligeables. En revanche, par la façon dont elle a géré ses contacts avec le pays de l'apartheid et par son refus constant de prendre des mesures dans le domaine du commerce extérieur, elle s'est trouvée en contradiction avec les obligations d'une politique crédible de la neutralité, de sorte qu'elle a compromis d'avance sa position en cas de conflit ultérieur.

En revanche, la Constitution en vigueur à l'époque ne comportait aucune obligation de traduire par des lois nationales les obligations minimales entraînées par le Droit international. Le Droit constitutionnel de l'époque comportait, il est vrai, des directives de politique étrangère ; celles-ci, toutefois, étaient vagues et n'entraient pas dans le détail : il s'agissait en fait de principes géné-

raux comme la neutralité et la solidarité ainsi que des objectifs matériels de la politique étrangère, lesquels étaient en train d'être définis. Cela dit, ces principes auraient dû déboucher sur une réaction, en tout cas de l'ordre de grandeur des obligations minimales découlant du Droit international. Dans une large mesure, le Droit législatif de l'époque était, lui aussi, exempt d'obligations minimales entraînant des normes qui eussent clairement lié les responsables de la politique étrangère. Cela est particulièrement vrai du Droit du commerce extérieur, lequel, à l'époque, était pratiquement dépourvu de dispositions stipulant une réaction à des violations, par des Etats tiers, du Droit international ou des Droits de l'Homme. Afin de tirer au clair la question de savoir si la politique étrangère de la Suisse disposait des instruments juridiques qui lui eussent permis de mettre en œuvre au moins les réactions minimales exigées par le Droit international, il y a lieu de répondre préalablement à celle de savoir si le comportement exigé par le Droit international interférait ou non avec la liberté de commerce extérieur, laquelle est protégée par les droits fondamentaux :

- Dans les domaines où ses décisions étaient sans effet sur des situations protégées par les droits fondamentaux, p. ex. le problème de la reconnaissance d'un Etat ou de la suspension d'un contrat étatique bilatéral, le Conseil Fédéral pouvait agir sans autre, en vertu de ses compétences générales en matière de politique étrangère.
- Si une mesure à prendre interférait avec des intérêts protégés par le Droit fondamental, l'administration n'était autorisée à la prendre effectivement que s'il existait un fondement législatif à cette action. Or, la législation concernant le commerce extérieur étant lacunaire, il était fréquent que ledit fondement n'existât pas. Cela dit, le Conseil Fédéral avait, sinon l'obligation, du moins la faculté de compenser les lacunes en question sous forme d'ordonnance et de décrets de son cru, toutes les fois qu'une disposition ayant force de loi n'interdisait pas expressément cette manière de procéder.

Il découle de ce qui précède que, si la Suisse n'a pas suffisamment respecté ses obligations minimales relevant du Droit international, cela n'a pas été le résultat inévitable d'une insuffisance des instruments de législation nationale, à l'époque considérée, mais doit être imputé au fait que ni le Parlement, ni le Conseil Fédéral n'étaient disposés à respecter intégralement ces obligations découlant du Droit international.