

PREMIÈRE PARTIE

LES SOURCES
DU DROIT INTERNATIONAL

En droit international comme en droit interne la question des sources et de leur éventuelle hiérarchie est fondamentale. C'est d'elle avant tout que dépend la solution des différends ainsi que l'affirme l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, principal texte de référence. L'ampleur des analyses doctrinales concernant les différentes sources du droit international, la richesse de la jurisprudence et la vivacité des débats diplomatiques et politiques à propos de certaines d'entre elles – en particulier les résolutions des organisations internationales – mettent en évidence l'intérêt à la fois théorique et très concret de cette question. Le plus difficile en droit international public est de savoir ce qui est effectivement droit (donc obligatoire) et ce qui ne l'est pas...

Il s'agit ici de présenter les sources du droit international positif (de *lege lata*) et non pas d'un droit international prospectif (de *lege ferenda*) dans le cadre d'un « nouvel ordre international », sauf à évoquer cet aspect à l'occasion puisque le droit se situe nécessairement, sans se cristalliser définitivement, dans le jeu évolutif des rapports internationaux. En droit international positif, les seules sources sont celles qui créent des droits et des obligations – qui « obligent » les sujets de droit international, et notamment les États. On ne retiendra donc pas les principes ou règles relevant de la philosophie du droit, de la sociologie des relations internationales, de la pratique diplomatique et, plus largement, de la morale internationale. Il est évidemment plus que souhaitable que le droit international positif s'imprègne de préoccupations de morale internationale et de véritable justice (*cf. infra*, l'équité), et que l'origine méta-juridique de la norme internationale continue d'être analysée. Le vocabulaire classique qui distingue les « sources formelles » et les « sources matérielles » renvoie à cette distinction.

À s'en tenir aux sources formelles du droit international on notera, en cette fin de *xx^e* siècle, une dangereuse ambiguïté en ce qui concerne l'énumération de ces sources. Il y a les sources formelles bien « constatées » et donc certaines parce que inscrites dans un texte international, et les sources plus ou moins « contestées » et par conséquent incertaines parce que laissées plus ou moins aux aléas de l'interprétation.

Il va de soi que c'est la pratique internationale, l'accumulation diversifiée des strates de civilisation dans les rapports *inter gentes*, qui ont « fait » progressivement le droit international. Il a fallu cependant attendre le *xx^e* siècle pour que ces « sources formelles » fassent l'objet d'une constatation écrite en 1920 dans le célèbre article 38, premier alinéa, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, devenu, en 1946, le Statut de l'actuelle Cour internationale de Justice :

- « 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :
- a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
 - b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;
 - c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
 - d) sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. »

Cet article 38 appelle trois observations :

a) Ce n'est pas une création *ex nihilo*, mais la reprise d'un projet d'énumération des sources du droit international formulé pour la première fois à l'occasion de la création (avortée), en 1907, d'un tribunal international spécialisé : La Cour internationale des Prises maritimes. Bonne occasion pour prendre la mesure de l'influence des rapports internationaux dans la formation du droit international.

b) À la différence du projet précité de 1907, l'article 38 énumère les sources du droit international **sans hiérarchisation** : traités, coutumes et principes généraux de droit sont, par conséquent, placés sur un pied d'égalité au plan juridique. Ce sont, selon cet article, les sources directes du droit international ; en revanche, la jurisprudence internationale et la doctrine sont des « moyens auxiliaires » pour déterminer les règles de droit. Quant au jugement en équité (art. 38, par. 2) c'est une possibilité laissée à l'initiative des parties à un différend.

c) Le corpus classique des sources formelles du droit international contemporain, l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, s'avère aujourd'hui incomplet et subit les assauts de la modernité internationale. D'une part, il ne fait pas mention des Actes des organisations internationales intergouvernementales qu'on ne saurait ignorer, à commencer par les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies. D'autre part, l'idée d'une certaine hiérarchisation des sources du droit international semble s'affirmer de plus en plus, par-delà l'hypothèse bien connue de l'article 103 de la Charte des Nations Unies : le concept de *jus cogens* (Vienne, 1969) et celui de *Traité multilatéral général* (cf. *infra*) vont dans ce sens.

Pour une vue d'ensemble sur les sources du droit international contemporain, il faut donner une place prioritaire aux accords internationaux (Titre I), rassembler les autres sources formelles dans leur diversité (Titre II), et essayer de faire le point (Titre III) sur le débat général en cours.

Titre I

Les traités et accords internationaux

Plusieurs Constitutions contemporaines utilisent les deux expressions, traité et accord, dans les quelques articles qu'elles consacrent au droit international. C'est dire que le vocabulaire en ce domaine est très (trop ?) laxiste et qu'il n'est pas, à coup sûr, un critère scientifique. Plus de trente expressions, en effet, plus ou moins synonymes, désignent ce qu'on appelle globalement en droit un « engagement international » : traité, accord, convention, protocole, acte final, etc. Néanmoins, le vocabulaire est à l'origine de certaines classifications importantes qu'il faut connaître et qui illustrent la place dominante prise par les accords internationaux.

Après avoir rappelé les notions générales essentielles, on évoquera la vie d'un traité, c'est-à-dire les étapes de sa conclusion, de son application et de sa modification et/ou terminaison. On s'en tiendra aux thèmes généraux sans entrer dans le détail d'une réglementation technique et spécialisée, qui risque toujours d'être modifiée au coup par coup. Mais, par-delà les circonstances nationales ou locales, il y a un droit général des traités.

Chapitre 1 : Notions générales

Contrairement aux apparences, la réponse à la question « qu'est-ce qu'un traité ? » n'est pas simple. Il faut savoir à l'occasion débroussailler le vocabulaire technique et connaître les nuances apportées par la pratique diplomatique et politique. Trois points méritent d'être évoqués afin de mieux comprendre les analyses techniques ultérieures du droit des traités : les définitions (Section I), la classification (Section II) et les efforts d'harmonisation du droit des traités (Section III).

SECTION I : DÉFINITIONS

Un traité, au sens large, est « un accord de volonté entre sujets de droit international et soumis au droit international ». Quelle que soit la formulation donnée en doctrine c'est cette idée qui est fondamentale.

1. Cette définition que l'on retrouve exprimée en termes à peu près identiques dans la doctrine contemporaine (ainsi en France chez Charles Rousseau, Paul Reuter, Suzanne Bastid et dans les manuels plus récents) est aussi celle retenue, pour les traités inter-étatiques, par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (art. 2, al. 1 a)) :

« Article 2 : Expressions employées »

1. Aux fins de la présente Convention :

- a) l'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière. »

On notera que ni la forme de l'accord ni son appellation officielle ne sont des critères de qualification. On relèvera aussi que la Convention de Vienne, pas plus que la Charte des Nations Unies, n'interdit pas la conclusion de traité « oral » (Convention de Vienne, art. 3) ; mais, à l'époque contemporaine, il s'agit d'une forme d'engagement qui est vraisemblablement très rare (à supposer que les parties fassent connaître l'existence de leur engagement non écrit) et qui, à notre avis, s'apparenterait à la technique des traités dits « secrets », lesquels ne sont toujours pas interdits en droit positif (*cf. infra*).

2. La définition précitée renvoie à la notion de droit international public et à la notion de sujet de droit international. Un accord international ne peut lier que deux ou plusieurs sujets de droit international public, c'est-à-dire qui ont la capacité juri-

dique de s'engager (ils ont le *treaty-making power*), et de se placer sous l'empire du droit international. Toute autre situation relève du « droit transnational » (accord entre un sujet de droit international et une personne privée, par exemple une multinationale, une ONG, etc.) ou du « contrat internationalisé ». Fréquentes dans les relations internationales contemporaines, ces situations sont dans le voisinage immédiat du droit international sans pour autant relever directement de cette discipline.

3. À notre époque les États et les organisations internationales intergouvernementales (ou publiques) sont les deux principaux sujet de droit international, sous réserve du principe de spécialité qui limite, pour les organisations internationales intergouvernementales, leur capacité juridique.

Mais il y a toujours des cas particuliers. Ainsi, autrefois, le cas des Dominions du Commonwealth britannique, celui des protectorats de droit international. Aujourd'hui, la doctrine continue de s'interroger sur l'hypothèse où une entité non sujet de droit international peut recevoir, de par la constitution de l'État souverain, une certaine capacité de conclure des traités (cas de l'État fédéré, voire d'une région). Ces variations, consécutives à l'évolution des relations internationales, conduisent parfois à s'interroger sur la véritable nature juridique d'un accord conclu entre des instances de nationalité différente. Il n'est pas sûr que tous les États du monde admettent à ce jour que les concordats conclus par le Vatican soient de véritables traités. En son temps, la doctrine soviétique refusait cette qualité à l'Acte final de la Conférence d'Helsinki (1975). Et les « accords d'Évian » (19 mars 1962) qui ont mis fin officiellement à la « guerre » d'Algérie avaient-ils ou non ce caractère ? Il faut être averti de ces difficultés possibles sur la notion de traité avant de procéder à des essais de classification.

SECTION II : CLASSIFICATION DES TRAITÉS

L'objet de toute classification juridique, en droit interne comme international, qui n'est pas un simple classement, est, à partir de critères précis, d'essayer de dégager des catégories distinctes d'actes juridiques soumis à un régime spécifique. De plus, une classification a pour avantage de mettre un peu de clarté dans un ensemble à première vue disparate.

I. Trois classifications que l'on peut qualifier de traditionnelles (apparues au XIX^e siècle) présentent un intérêt certain, surtout du point de vue procédure de conclusions et effets juridiques : il s'agit de la distinction traité bilatéral/traité multilatéral, et de la distinction entre traité en forme solennelle et accord en forme simplifiée (*Treaty* et *Executive Agreement* dans la terminologie anglo-saxonne). On les retrouvera. La classification traité-contrat/traité-loi, défendue notamment par la doctrine allemande dès la fin du XIX^e siècle et présentée alors comme la *summa*

divisio, a perdu de son prestige parce que très critiquée par une partie de la doctrine contemporaine. Il n'empêche que le juge international l'utilise à l'occasion, en matière d'interprétation des traités notamment. Elle nous semble par ailleurs retrouver vie sous un autre nom.

2. Depuis la création de l'ONU, deux nouvelles classifications ont fait leur apparition. La multiplication des organisations internationales intergouvernementales a engendré naturellement la distinction entre traités inter-étatiques et traités conclus par les organisations internationales (avec un État ou entre elles) qui retentit sur le mode de conclusion. Plus subtile et plus politique apparaît la distinction, pas encore bien reçue mais manifestement en gestation, entre traité multilatéral général et traité multilatéral restreint. Dans le premier cas le traité, qui a par définition effet *erga omnes*, devient une véritable « loi internationale » (traité-loi), expression de la norme internationale de référence. Dans le second cas le traité multilatéral n'a effet que pour les parties contractantes. Si l'évolution confirme cette classification, on peut s'attendre à des novations dans le droit classique des traités.

Même si elles ne sont pas scientifiquement toujours satisfaisantes, ces classifications sont utiles pour la compréhension des mécanismes qui sous-tendent les rapports internationaux.

SECTION III : EFFORTS D'HARMONISATION DU DROIT DES TRAITÉS

Dans l'exercice de leur souveraineté, les États sont libres de déterminer, par la constitution ou la loi, les procédures par lesquelles ils décideront leur engagement international vis-à-vis d'autres États ou organisations internationales. Le droit interne est ici déterminant. D'où cette impression d'extrême variété, voire de désordre mais aussi de vitalité, qui caractérisait jusqu'ici le droit des traités dont les premiers rudiments sérieux remontent aux fondateurs (xvi^e et xvii^e siècle) du Droit des Gens (Vitoria, Suarez, Grotius).

1. Depuis les années 1960-1970 un effort d'harmonisation important s'est produit sous l'impulsion de l'ONU, et plus particulièrement à travers l'activité de la Commission du Droit international. Trois traités sont venus en quelque sorte « codifier » l'ensemble du droit des traités. Ce sont : la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (dite le Traité des traités) qui ne concerne que les traités entre États ; la Convention de Vienne de 1978 relative à la succession d'États en matière de traités ; et enfin la Convention de Vienne de 1986 qui se rapporte aux traités conclus entre États/organisations internationales ou entre organisations internationales (*Inter Agencies*).

2. De ces trois Conventions de Vienne la première est assurément la plus importante. Elle ne règle pas tous les problèmes, mais ses 35 articles et annexes

constituent un socle désormais inébranlable. Étant elles-mêmes des traités, ces conventions n'ont d'effet juridique qu'à l'égard des États qui les ont ratifiées et à partir du moment où le nombre de notifications nécessaire a été réuni (la Convention de Vienne de 1969 est entrée en vigueur en 1980). Mais, et c'est peut-être l'aspect le plus important, ces conventions sont et restent pour les États non liés par elles le « guide » à suivre parce qu'elles représentent aujourd'hui le droit commun des traités. Pour peu que le juge international s'y réfère systématiquement dans ses sentences, arrêts ou avis, ce droit des traités prendra de plus en plus de consistance.

Encore faut-il préciser que ces conventions procèdent à une harmonisation et non pas à une uniformisation des règles relatives aux traités. C'est dire que l'État souverain conserve une bonne marge de liberté, même s'il s'est lié par ces conventions, en ce qui concerne ses engagements internationaux tant au plan de leur conclusion qu'au plan de l'application et des modifications.

Chapitre 2 : La conclusion des traités

Un traité ou accord rédigé en forme classique s'organise généralement en quatre points : le préambule ; le dispositif (ensemble des articles répartis en parties ou chapitres ou titres) ; les clauses ou dispositions finales, qui informent sur les règles techniques relatives à la conclusion, l'entrée en vigueur et possibilités de modifications du traité ; enfin la signature des Hautes Parties contractantes avec la date et le lieu de cette opération. Mais il arrive souvent que la rédaction d'un accord international soit plus sommaire ou, inversement, plus compliquée lorsque le traité est formé de plusieurs instruments juridiques (« accords complexes »). La diversité des procédures de conclusion des traités, et la variété du vocabulaire qui l'accompagne, ne doit pas cacher l'essentiel, qui est l'expression souveraine d'un consentement. On retrouve ici l'intérêt de la classification des traités évoquée ci-dessus. Par ailleurs, le problème de la validité des traités internationaux découle largement de la régularité des procédures de conclusion. Ce sont donc trois points essentiels qu'il convient de présenter sommairement.

SECTION I : TRAITÉ EN FORME SOLENNELLE ET ACCORD EN FORME SIMPLIFIÉE

La distinction, qui concerne aussi bien les traités bilatéraux que les traités multilatéraux, repose sur un critère précis : le point de départ de l'effet juridique se situe dès la signature pour l'accord en forme simplifiée mais seulement à partir de la ratification pour le traité en forme solennelle.

1. La procédure solennelle classique, qui est la règle pour les catégories de traités considérés comme importants, comporte trois phases successives : négociation, signature et ratification.

a) *La négociation* est la phase diplomatique conduite, selon le cas, par le Ministre des affaires étrangères (voir le chef du gouvernement ou de l'État) ou par les agents diplomatiques (ambassadeurs) et autres missions spéciales. Les plénipotentiaires procèdent normalement à une formalité substantielle appelée « échange des pleins pouvoirs » destinée à attester leur représentativité. Selon la jurisprudence internationale il n'est pas nécessaire que deux États aient « épuisé les négociations » pour soumettre un différend à la Cour. La négociation qui réussit aboutit à la rédaction d'un projet de traité.

b) *La signature* du projet par les Hautes Parties contractantes (c'est la formule classique), parfois précédée dans le temps du paraphe des plénipotentiaires, confirme leur consentement à mener à terme la conclusion du traité. C'est plus

qu'un engagement d'honneur (*Gentlemen's Agreement*) puisque les parties engagent ici leur bonne foi, à peine de responsabilité internationale. Le paraphe, de son côté, clôt les négociations et définit, sans engagement des parties, l'objet de l'accord.

c) *La ratification* est la phase juridiquement déterminante qui transforme le projet de traité en engagement écrit définitif et contraignant. Plus précisément, c'est la date de l'échange des instruments de ratification pour un traité bilatéral ou du dépôt de ces instruments dans le cas d'un traité multilatéral qui marque le point de départ de l'obligation juridique.

Opération complexe et parfois très longue, la ratification est une procédure de droit interne laissée en définitive à la souveraineté, donc à la bonne volonté, des États contractants. Si la ratification est refusée le traité n'entrera pas en vigueur. Parmi les cas célèbres, rappelons la non-ratification par le Sénat américain du Traité de Versailles de 1919-1920 entraînant la non-participation des États-Unis à la Société des Nations ; et le refus de ratification par le Parlement français, en 1954, du traité sur la Communauté européenne de Défense. En 1992 les débats sur la ratification des accords de Maastricht (Union européenne politique et monétaire) témoignent de réticences diverses.

Il faut se reporter à la Constitution de chaque État pour connaître les mécanismes de la procédure de ratification. En régime démocratique le Parlement, appelé à autoriser le chef de l'État à ratifier un traité, est ainsi associé à la conduite de la politique étrangère. La technique du référendum populaire est parfois prévue.

2. L'accord en forme simplifiée ou *Executive Agreement* acquiert force juridique dès la signature et, par conséquent, exclut la phase de ratification.

La procédure se trouve ainsi considérablement allégée et simultanément écarte le Parlement du jeu diplomatique. Les régimes autoritaires apprécient généralement cette technique née de façon très pragmatique aux États-Unis au cours du XIX^e siècle et dans le cadre du concept constitutionnel du « privilège de l'exécutif ». Le Sénat américain, chargé de donner son accord aux traités conclus par le Président d'après la Constitution, s'efforce avec plus ou moins de succès de rétablir son contrôle sur la politique étrangère.

L'accord en forme simplifiée a l'avantage incontestable de clarifier et d'accélérer le jeu des relations internationales, en particulier lorsqu'il s'agit d'accords techniques. Il a l'inconvénient majeur de mettre hors course le Parlement sauf à lui demander ultérieurement, mais en le plaçant devant le fait accompli, une « approbation » plus ou moins formelle. D'où les critiques fréquentes adressées par les parlementaires à ce procédé qui illustre l'extension de la fonction gouvernementale à l'époque contemporaine. Il est vrai qu'en régime démocratique les parlementaires ont d'autres possibilités pour sanctionner la politique étrangère conduite par le gouvernement.

Deux observations s'imposent. Le domaine des traités en forme solennelle et des accords en forme simplifiée est rarement précisé dans les constitutions contemporaines. D'où la porte ouverte à une certaine pratique empirique. Ainsi l'article 53 de

la Constitution française de 1958, qui est repris par la plupart des États africains francophones, énumère-t-il (de façon plus ou moins précise) plusieurs catégories de traités qui doivent être ratifiés ou approuvés ; tout le reste, *a contrario*, étant susceptible de faire l'objet d'accords en forme simplifiée, même si l'expression ne figure pas expressément dans le texte constitutionnel français.

Deuxième observation qui est une question : quel est le pourcentage d'accords en forme simplifiée conclus chaque année par un État ? La réponse peut être un bon indicateur de la qualité du système politique.

SECTION II : SPÉCIFICITÉ DES TRAITÉS MULTILATÉRAUX

Le développement du multilatéralisme, surtout depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, a accentué, de diverses façons, le particularisme du traité multilatéral, surtout en ce qui concerne la procédure de conclusion, selon le nombre et la qualité des contractants, États et/ou organisations internationales.

On imagine assez bien qu'un traité multilatéral concernant quelques États seulement puisse être conclu selon la procédure classique, mais que d'inévitables altérations surgissent dès lors que le nombre des États contractants atteint plusieurs dizaines ou que les parties contractantes sont aussi des organisations internationales.

1. Diversité des procédures de conclusion

Les modifications de la procédure classique vont de la simple adaptation au bouleversement éventuel des trois phases de conclusion des traités. On en trouve l'écho dans les Conventions de Vienne précitées.

1. La négociation – supposée se dérouler sur un plan de stricte égalité dans le cadre d'un traité bilatéral (malgré la critique adressée aux « traités inégaux ») – prend l'allure d'un débat parlementaire, avec majorité et opposition, lorsqu'elle s'effectue dans le cadre très multilatéral lors d'une conférence internationale. Le principe de l'égalité souveraine des États (Charte de l'ONU, art. 1) est ici battu en brèche. Il faut alors inventer des procédures spécifiques pour tenter de rallier au projet de traité l'ensemble sinon la totalité des États participants : technique du consensus ; système des réserves à la signature, procédures particulières permettant aux États minoritaires de préserver leurs droits dans un système contractuel généralisé (ex. : système de l'Organisation internationale du Travail et autres institutions spécialisées de l'ONU). L'aspect consensuel de l'accord conclu subit ici une relative restriction.

2. La phase nécessaire de la signature des contractants n'est pas obligatoirement altérée, mais elle l'est à l'occasion, la seule signature du président de la conférence attestant de la régularité de l'opération. Elle peut même disparaître. C'est à ce stade surtout que se détermine la question, essentielle pour l'interprétation des traités, de « la langue faisant foi » (une seule ou toutes) lorsque le traité – c'est de plus en plus fréquent – est rédigé en plusieurs langues officielles.

3. Quant à la ratification, maintenue telle quelle pour les traités inter-étatiques, elle connaît des transformations lorsqu'il s'agit de traités multilatéraux concernant des organisations internationales. Les procédures d'approbation et/ou d'acceptation par l'organisation internationale (encore faut-il savoir quel est l'organe de l'organisation qui détient ce pouvoir) se substituent à la ratification classique. Il arrive aussi que cette procédure soit supprimée au profit d'une introduction immédiate dans l'ordre interne du projet de traité adopté par l'organisation. Cette technique juridique audacieuse, qui préserve néanmoins les droits légitimes des États minoritaires membres de l'organisation, est celle de l'Organisation internationale du Travail (OIT), imitée ensuite par d'autres institutions spécialisées de l'ONU : les États membres de l'OIT s'engagent à transformer immédiatement en droit interne les projets de traités adoptés par la Conférence de l'OIT et connus sous le nom de « Conventions internationales du Travail ». Il s'agit là de novations intéressantes dans des domaines d'action onusiens spécialisés.

S'agissant des traités ou accords internationaux, bi ou multilatéraux, la Charte des Nations Unies impose deux règles qui sont à la jonction de la conclusion et de l'application des traités. Il faut les rappeler : la règle de l'**enregistrement** de ces traités au Secrétariat de l'ONU afin d'en assurer la publicité et l'opposabilité aux États tiers (art. 102) ; et la règle de la suprématie du droit des Nations Unies sur le droit des États Membres (art. 103). Ce qui devrait aider, en toute bonne foi, à clarifier le jeu des rapports internationaux.

2. Variété des traités multilatéraux

Quatre distinctions combinant critère formel et critère matériel sont à connaître.

1. *Traité multilatéral fermé ou ouvert*

Dans le premier cas, le traité n'est pas susceptible d'extension en dehors des États signataires originaires. Dans le cas de traité multilatéral ouvert, des États tiers peuvent devenir parties au traité, sans conditions ou sous certaines conditions. Il faut se référer aux clauses finales du traité et aux techniques prévues. Ce peut être la signature différée dans le temps du traité (ou signature *ad referendum*) ; ou le protocole d'adhésion ; ou enfin, formule la plus souple, la clause d'adhésion avec ou sans condition de fond et de temps. La lecture des clauses finales du traité est, ici, déterminante.

2. *Traité multilatéral conclu « sous les auspices » d'une organisation ou « par » une organisation internationale*

Dans le premier cas il s'agit d'un traité multilatéral **inter-étatique** conclu sous l'impulsion et dans le cadre d'une conférence convoquée par une organisation internationale, par exemple conférence suscitée par l'Assemblée générale des Nations Unies.

En revanche les traités conclus « par » des organisations internationales – entre elles et/ou des États – présentent des traits caractéristiques (*cf.* Convention de Vienne de 1986). La doctrine a été divisée dans l'analyse de cette « catégorie » de traités. En son temps, la doctrine soviétique y voyait des traités de seconde zone, le « vrai » traité pour elle demeurant le traité inter-étatique. Cette idée n'a pas complètement disparu.

3. *Traité multilatéral constitutif d'une organisation internationale*

Il s'agit d'un traité inter-étatique, appelé aussi traité-fondation, dont l'importance particulière tient au fait qu'il a pour objet de créer une organisation internationale – ainsi la Charte de l'ONU adoptée par 51 États en 1945 et les Chartes des différentes institutions spécialisées – et d'engendrer un **droit initial** qui lui-même développera un **droit dérivé**, c'est-à-dire issu des organes de l'organisation créée, qui deviendra lui aussi, dans certaines conditions au moins (*cf. infra*, Actes des O.I.) source de droit international.

Surgissent alors des problèmes propres à ces traités (rapports de hiérarchie entre le droit des Nations Unies et le droit des États Membres, Charte ONU, art. 103 ; questions d'interprétation et de revision, etc.) qui, toutes proportions gardées, sont comparables à la Constitution dans l'ordre interne. Dans sa fonction consultative, la CIJ a eu l'occasion à plusieurs reprises de se prononcer sur ce type de traités qui méritent, incontestablement, une place à part.

4. *Traité multilatéral restreint et traité multilatéral général*

Cette distinction, signalée *supra*, n'est pas encore véritablement reconnue en droit positif, mais elle se précise, la CIJ en ayant admis implicitement la possibilité (1970, affaire de la *Barcelona Traction*). Un traité multilatéral général serait (est ?) un traité inter-étatique dont l'objet présente un intérêt essentiel pour la communauté internationale et qui aurait été conclu par un certain nombre d'États représentatifs de celle-ci dans sa variété géographique et idéologique. Dès lors, ce traité aurait effet *erga omnes* et serait nécessairement ouvert à tous les États (« clause tous États ») et révisable de la même façon.

Le concept de « patrimoine commun de l'humanité » devrait se développer dans le cadre d'un nouvel ordre mondial, selon la formule à la mode mais toujours éso-térique, et la notion du traité multilatéral général, qui renoue peu ou prou avec celle de traité-loi, aurait logiquement vocation à s'affirmer.

3. Les réserves

C'est surtout dans les traités multilatéraux que se pose le problème des réserves qui a considérablement agité la doctrine dans la première moitié du xx^e siècle. L'émotion est aujourd'hui sensiblement aplaniée.

Une réserve est le fait pour un État, généralement par une déclaration unilatérale, « d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans son application à cet État » (C.V. 1969, art. 2 *d*). Elle ne lie que les États qui n'émettent pas d'objections à la (aux) réserve(s). Il est admis aujourd'hui que les réserves peuvent être formulées à tous les stades de la procédure de conclusions : signature, ratification ou approbation, adhésion, sauf à les formuler par écrit très clairement et éventuellement à les confirmer. Elles peuvent évidemment toujours être retirées.

Hormis le cas où un traité interdit toute réserve ou ne l'autorise expressément que pour certaines dispositions, la « permissibilité » des réserves reste très ouverte. L'idée directrice dégagée par la CIJ (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 15) et reprise par la Convention de Vienne (art. 19) est que, dans le silence du traité sur le problème des réserves, celles-ci sont permises sous la seule condition qu'elles ne soient pas « incompatibles avec l'objet et le but du traité ».

Le souci de diversifier les obligations des États contractants pour tenir compte des différences et inégalités de situation conduit nécessairement à admettre la possibilité des réserves, au risque de fractionner le jeu des rapports *inter se*. Les traités multilatéraux contemporains, surtout ceux relatifs au droit économique international et au droit du développement, sont souvent assortis de réserves. Il est vrai que l'abus des réserves peut vider un accord international de son contenu (*cf.* certaines réserves dans la déclaration d'acceptation de la compétence contentieuse de la CIJ en vertu de l'article 36, alinéa 2, du Statut de la Cour). Mais, contrairement à une idée reçue, cette hypothèse est rare. Les États cherchent moins à vider l'accord qu'à adapter leur engagement en fonction de ce qu'ils considèrent comme leurs intérêts légitimes.

Sans la souplesse du mécanisme des réserves, le succès des traités multilatéraux serait vraisemblablement très réduit. Or le développement du multilatéralisme accompagne le développement des relations internationales et le progrès du droit international.

SECTION III : LE PROBLÈME DE LA VALIDITÉ DES ACCORDS INTERNATIONAUX

Ce problème, commun aux actes juridiques internes et internationaux, est celui de l'éventuelle « nullité » d'un traité qui a été définitivement conclu. Il est fondamental

puisque'il vise à remettre en cause un engagement international, et il est difficile parce qu'il touche à la souveraineté des États, à la place du juge dans le système international, et à la politique pure et simple. L'expression « traité-chiffon de papier », utilisée à l'occasion par les négateurs du droit international, est significative. De fait, il peut être tentant pour un État de se délier de ses obligations en invoquant un argument-prétexte, celui de la nullité. Les régimes autoritaires ne s'en privent pas...

Sans entrer dans les débats doctrinaux, on se limitera à esquisser les contours juridiques du problème. L'idée générale à prendre en compte et qui renvoie à la définition de l'accord international est celle-ci : tout accord qui comporte un **vice substantiel** de forme ou de fond affectant par conséquent la qualité du consentement exprimé est susceptible d'être frappé de nullité. C'est donc affaire de cas d'espèce, d'appréciation concrète plus ou moins subjective et, par-dessus tout, de preuve. La doctrine et la pratique internationales – que la Convention de Vienne de 1969 s'est efforcée de synthétiser, de clarifier et de moraliser en imposant des procédures de constatations et de notifications – permettent de distinguer trois grandes hypothèses pouvant conduire à la nullité d'un traité.

1. L'hypothèse la plus simple est celle du *défaut de capacité juridique* : l'une des parties contractantes n'avait pas la compétence de « s'engager » internationalement, soit parce qu'elle n'avait pas la qualité de sujet de droit international, soit parce qu'elle n'avait pas la capacité de conclure des traités ou encore manquait de légitimité. Pareille hypothèse, qui a pu se produire à l'époque coloniale où la question de sujet de droit international soulevait des doutes et des querelles doctrinales, semble aujourd'hui une hypothèse d'école, ou en tout cas tout à fait exceptionnelle. Encore faut-il penser à la nullité invoquée parce qu'il n'y a pas eu échange de pleins pouvoirs (C.V. 1969, art. 8 et 47) ; ou parce que l'engagement a été contracté par un gouvernement de fait considéré comme illégitime ; ou, s'agissant de traité conclu par une organisation internationale, parce que cette organisation a débordé son domaine spécialisé. L'actualité internationale donne parfois quelque exemple de prétendue nullité d'un traité sur ce fondement.

2. La seconde hypothèse concerne le *défaut de consentement*. Une partie contractante estime ou prétend que son consentement n'a pas été valablement donné en raison d'une erreur sur l'objet du traité – ce qui peut paraître surprenant à notre époque où les moyens d'informations sont considérables – ; ou en raison d'un vice proprement dit de consentement découlant de la contrainte physique sur les négociateurs, d'une fraude, d'un dol (*cf.* théorie des nullités en droit interne) ; ou, enfin, d'un vice grave de procédure interne tel qu'une irrégularité constitutionnelle dans la ratification du traité.

La convention de Vienne fixe quelques orientations bienvenues. L'erreur de traduction dans un traité n'est jamais erreur substantielle ; quant à l'erreur sur l'objet du traité (par exemple dans la délimitation de frontières) elle n'est acceptable que si la partie contractante qui l'invoque ne la connaissait pas au moment de la conclusion de l'accord, sinon il y aura *estoppel*. S'agissant d'un vice de procédure interne il est en principe sans effet sur la validité du traité ...

« à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de (son) droit interne d'importance fondamentale » (art. 46).

N'est-ce pas précisément le cas d'une ratification ou acceptation irrégulière au regard de la constitution ? Ambiguïtés ...

Enfin la « contrainte » exercée par un État sur un autre ou d'autres – si souvent invoquée politiquement par un État voisin à la suite de traité de paix lui imposant par définition des obligations diverses ou dénoncée unilatéralement comme source de « traités inégaux » – n'est pas retenue comme cause de nullité. Les situations des États contractants n'étant jamais objectivement égales on n'en sortirait pas. Mais dans une déclaration annexée à la convention les États signataires « condamnent solennellement le recours à la contrainte militaire, politique, ou économique lors de la conclusion des traités ». Même si ce texte fait officiellement partie de l'acte final de la Conférence réunie à Vienne en 1969, il n'a pas été incorporé directement dans les dispositifs du traité. Mais il est utile que cela ait été dit et écrit : la morale internationale ne peut que gagner à ce code de conduite qui rappelle ce qui répugne à l'ordre juridique international.

3. La troisième hypothèse, qui est une création de la convention de Vienne (art. 53 et 71), est celle du *jus cogens* ou « norme impérative de droit international ». Tout accord international, bilatéral ou multilatéral, qui comporterait des dispositions contraires au *jus cogens* serait **automatiquement** nul en ces dispositions ; il faut alors rétablir la situation originale comme si le traité n'avait jamais été conclu (*restitutio in integrum*).

L'idée est généreuse mais encore en voie de consolidation dans la mesure où le contenu exact des normes de *jus cogens* n'est toujours pas précisé ni globalement admis. C'est pourtant la voie du progrès pour la communauté internationale.

Par-delà les développements de la technique juridique et les analyses doctrinales, il faut bien reconnaître que le problème de la validité ou nullité des accords internationaux relève avant tout de la diplomatie et de la politique. Les États sont peu enclins à demander au juge de vérifier le bien-fondé de leur argumentation lorsqu'ils invoquent la nullité d'un traité auquel ils sont parties. C'est pourquoi la jurisprudence internationale en cette matière est très peu fournie. Invoquer la nullité d'un traité c'est donc refuser, avec de bons ou fallacieux arguments juridiques ou pseudo-juridiques, de le mettre en application.

Chapitre 3 : L'application des traités

Tout accord définitivement conclu, quels qu'aient été les modes de conclusion, a effet juridique et doit recevoir application. Cette idée, simple et logique, se heurte ou peut se heurter à divers obstacles et difficultés qui tiennent (outre la mauvaise volonté que l'on écartera par principe) à la technique juridique, aux formes d'État, ou encore aux différents types de traités.

Dans un ordre logique les principaux problèmes relatifs à l'application des traités peuvent être présentés en cinq points.

SECTION I : PRINCIPES GÉNÉRAUX RELATIFS À L'APPLICATION DES TRAITÉS

Ces principes qui concernent toutes les catégories de traités ont été dégagés par la pratique internationale, confirmés en jurisprudence, et sont synthétisés désormais par les conventions de Vienne précitées. On dispose donc, aujourd'hui, d'un ensemble de règles directives intéressantes qui appellent trois observations principales.

I. Deux règles dominantes gouvernent la matière, leur non-respect entraînant logiquement la responsabilité internationale de l'État coupable. Il s'agit du principe *Pacta sunt servanda* (= il faut respecter les accords), élément clef de la doctrine normativiste (Hans Kelsen) et repris par la convention de Vienne de 1969 (art. 26), qui postule donc l'obligation d'exécution. Il s'agit aussi du principe de *bonne foi*, formulé expressément dans les grands traités (cf. Charte de l'ONU, art. 2) ainsi que dans la jurisprudence internationale (responsabilité internationale, doctrine de l'*estoppel*), qui impose aux États et organisations internationales une obligation de loyauté, de respect de la parole donnée. C'est ainsi que l'État qui a signé un traité ne doit pas, par son comportement, le « priver de son objet et de son but avant son entrée en vigueur » (convention de Vienne de 1969, art. 18).

L'application dans l'espace et dans le temps d'un traité fait également l'objet de règles reconnues. L'accord s'applique normalement sur l'ensemble du territoire des États contractants. Mais des dérogations sont toujours possibles, appelées « clause territoriale » ou « clause fédérale ». L'État peut décider que le traité ne s'appliquera pas à telle ou telle partie de son territoire. C'est ainsi que les DOM-TOM français sont parfois exclus de l'application de traités conclus dans le cadre multilatéral CEE/ACP. Le principe de la non-rétroactivité des traités est la règle (convention de Vienne de 1969, art. 28) mais rien n'empêche les parties contractantes, qui sont

souveraines, d'y déroger. C'est le cas, notamment, en matière de conventions bilatérales douanières ou fiscales.

En raison du privilège de souveraineté des États, la formule de la règle et de l'exception est donc susceptible en droit international d'élasticité.

3. Parmi les cas particuliers qui soulèvent parfois des difficultés d'appréciation ou d'interprétation quant au régime juridique applicable, on relèvera sans autre commentaire les suivants : celui de la *divisibilité*, toujours possible, d'un traité : l'exemple de l'Acte général de conciliation et d'arbitrage (1929, 1949), qui autorisait l'adhésion à un seul chapitre ou à l'ensemble du traité est célèbre, mais ce n'est pas le seul. Celui de l'*application provisoire*, c'est-à-dire dès la signature, d'un traité conclu en forme solennelle, ce qui peut poser de singuliers problèmes politiques lors des débats de ratification. L'hypothèse est prévue par la convention de Vienne de 1969, article 25. Celui de la force juridique des *annexes d'un traité*, dont la CIJ a été saisie à l'occasion ; et enfin, celui des *traités dits successifs* qui concernent l'application mais aussi la modification des accords internationaux.

Le volontarisme étant la règle dans le droit des traités, les parties contractantes ont toujours toute latitude – si elles sont d'accord – pour adapter comme elles le souhaitent l'application des accords qu'elles ont conclus.

SECTION II : L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

Ce fut l'un des tous premiers chapitres consacrés au *jus gentium* (droit des gens) dès le XVII^e siècle, et c'est la synthèse d'une pratique internationale riche mais fluctuante qu'opère la convention de Vienne de 1969, articles 31 à 34. Précisons que les règles relatives à l'interprétation des traités s'appliquent aussi bien aux autres normes de droit international, notamment aux résolutions des organisations internationales. C'est dire que le problème de l'interprétation tient une place déterminante en ce qui concerne les sources du droit international.

Interpréter un texte c'est essayer de déterminer le sens exact d'un mot ou d'une expression, d'en préciser la portée, et plus largement d'éclairer les points ambigus ou obscurs d'une disposition. C'est surtout essayer de retrouver ce qu'était, au départ de la rédaction du texte, la « volonté commune » des parties contractantes. Interpréter c'est s'en tenir au plus étroit du texte, ce n'est pas le réviser.

L'interprétation d'un traité peut concerner son dispositif, ou les annexes, ou encore les réserves émises à son endroit. Le domaine de l'interprétation est donc très vaste. Quoi qu'il en soit, trois questions techniques se posent : qui peut interpréter ? Comment ? Et selon quels procédés techniques ?

1. Il existe, en droit international contemporain, deux grands *modes d'interprétation* qui répondent à la question « qui peut interpréter ? »

L'interprétation par la voie internationale – protocole d'interprétation entre États contractants ; recours à l'interprétation d'une organisation internationale ou, mieux, à la CIJ – semble la plus normale et donc la plus souhaitable. Ce n'est pas la plus utilisée...

La voie de l'interprétation interne apparaît fort critiquable parce que unilatérale, à moins qu'elle n'ait été sollicitée par l'autre partie. Elle est pourtant largement pratiquée, signe de l'attachement à l'idée de souveraineté. Il faut se reporter, alors, au droit interne de chaque État (constitution, loi, jurisprudence) pour savoir quels sont les organes et procédures compétents pour procéder à l'interprétation.

D'une façon générale – et par définition dans les régimes autoritaires – c'est l'exécutif qui donne l'interprétation, même si le Parlement pourrait aussi bien en régime démocratique être sollicité. Quant aux tribunaux, leur pouvoir d'interprétation des traités à l'occasion d'un procès dépend largement de leur statut en tant que pouvoir judiciaire. En France, par exemple, l'interprétation judiciaire a toujours été, malgré quelques développements récents, très réservée. Il est vrai que la politique étrangère n'est pas normalement affaire des juges.

2. Ce qu'on appelle les *méthodes d'interprétation* sont moins des règles que des directives, jadis formulées en latin, dégagées par la doctrine et la pratique internationales, et consacrées par la jurisprudence : principe de l'effet utile, théorie de l'acte clair, etc. La convention de Vienne de 1969 donne une excellente définition de la « règle générale d'interprétation » dans l'article 31, premier alinéa :

« Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

La rigueur dans l'interprétation doit permettre d'aboutir au résultat souhaité, une interprétation « raisonnable ». Cette rigueur (et honnêteté intellectuelle de l'interprète) est surtout nécessaire lorsque le traité ou la résolution à interpréter sont authentifiés en plusieurs langues, chacune d'elles faisant également foi. Situation fréquente dans les traités multilatéraux contemporains. Tout le mécanisme d'application peut être paralysé par un désaccord sur l'interprétation du texte à l'occasion de traduction. La célèbre résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité demandant à l'État d'Israël de se retirer des (ou de ?) territoires occupés en offre un exemple, les textes anglais et français ne coïncidant pas exactement dans leur formulation.

3. Quant aux *procédés techniques d'interprétation* destinés à mettre en œuvre ces méthodes afin de dégager au mieux « l'intention des parties contractantes » ils sont nombreux et variés. Outre les techniques habituelles tenant au mode de raisonnement et autres procédés pertinents utilisés dans l'interprétation de n'importe quel texte juridique, le droit international recommande plus particulièrement (convention de Vienne, art. 31 à 34) : le recours au contexte du traité (préambule, texte et annexes du traité, correspondance diplomatique, éventuellement travaux préparatoires ; la prise en considération de l'époque et des circonstances de la conclusion du traité (interprétation historique) ; la prise en compte du comportement des parties contractantes depuis l'entrée en vigueur du traité faisant ultérieurement objet

d'une interprétation. En bref, tout ce qui peut aider à découvrir l'intention originelle des parties sera utilisé.

L'interprétation des traités et autres actes juridiques tient donc une grande place dans les rapports internationaux. On ne s'en étonnera pas. Sans exclure les cas de mauvaise foi et les « calculs » diplomatiques au moment de la rédaction du traité (les vrais traités seraient-ils ceux qui, comme l'a écrit Paul Valéry, sont conclus en arrière-pensées ?), il est évident que la diversité des intérêts et la technicité des problèmes rendent bien souvent difficile la rédaction d'un traité où chaque mot doit être, comme dans tout contrat, bien pesé. Exercice encore plus difficile lorsque le traité est rédigé en plusieurs langues sans version officielle authentique : l'art de la traduction n'empêchera pas d'aboutir parfois à des formules inconciliables.

La sagesse est alors de s'en tenir au plus près à la règle générale d'interprétation évoquée ci-dessus.

SECTION III : LES EFFETS DES TRAITÉS À L'ÉGARD DES ÉTATS TIERS

Un accord international ne lie juridiquement que les parties contractantes en vertu du principe de l'**effet relatif des traités** et des contrats (*res inter alios acta* ...). La jurisprudence internationale a fréquemment rappelé cette règle tout comme la convention de Vienne de 1969 (art. 34).

Le principe de l'effet relatif connaît toutefois des dérogations ou des aménagements de sorte que les traités peuvent avoir des effets à l'égard d'États tiers. C'est là un domaine ancien du droit international mais qui s'ouvre à des perspectives nouvelles, plus ou moins contestées d'ailleurs, avec les transformations en cours dans le champ des relations internationales. Évoquons l'essentiel du problème en deux points.

I. Les dérogations au principe de l'effet relatif des traités sont admises dans la doctrine classique et dans la pratique internationale pour certaines catégories de traités bi ou multilatéraux, ceux qui créent dit-on des « situations objectives », c'est-à-dire des situations qui par définition s'imposent à tous les États. Ainsi en est-il, dans la conception traditionnelle, des traités de frontières, des traités créant un statut territorial ou politique internationalisé (ville ou région administrée sous contrôle international, zone démilitarisée, dénucléarisée), des traités relatifs à certaines communications maritimes (canaux internationaux).

L'idée sous-jacente au concept de situation objective est celle de la nécessité : à peine de désordre général pour la communauté internationale il faut décider que de tels traités, même conclus par deux ou par un petit nombre d'États, s'imposent à tous, parce qu'ils sont dans l'intérêt de tous (sûreté des frontières ; liberté de navi-

gation pour tout pavillon dans les canaux à statut international tels que ceux de Suez et de Panama). On retrouve cette idée implicite, en ce qui concerne au moins le maintien de la paix, dans les traités à vocation universelle. Cf. Pacte de la SDN, article 17 ; Charte de l'ONU, articles 2 alinéa 6, 35 alinéa 2.

L'effet à l'égard des États tiers est soit l'imposition d'une obligation – on parlera alors de traité à charge –, soit l'octroi d'un avantage ou d'un droit, et il s'agira d'un traité en faveur de tiers ; la technique de la stipulation pour autrui, tirée du droit interne, étant l'un des procédés reconnus par le juge international (affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I) pour faire bénéficier le tiers.

Cette conception classique, d'origine européenne, des dérogations au principe de l'effet relatif des traités est aujourd'hui remise en cause, ou plutôt réappréhendue, de deux façons différentes. La convention de Vienne de 1969 admet (art. 34 à 38) les dérogations précitées mais en précisant qu'une obligation mise à charge d'un État tiers n'est possible que si celui-ci « accepte par écrit » cette obligation (dans l'hypothèse d'un bénéfice le consentement est présumé). Ce qui abolit la notion d'État tiers au sens propre du terme. Il y a là une discordance manifeste entre la rédaction de Vienne et l'état actuel de la pratique internationale. On comprend aisément que les États nouveaux cherchent à éviter au maximum l'imposition d'obligations auxquelles ils n'auraient pas consenti. Inversement on relève souvent dans les accords économiques contemporains s'inscrivant dans les rapports Nord/Sud des clauses dérogatoires en faveur d'États tiers.

C'est dire que cette question est objet de débats et d'intérêts multiples. Faut-il pérenniser les solutions classiques ou inventer – et faire accepter – de nouvelles formules ? Et lesquelles ?

2. D'autres hypothèses qui ne sont pas à proprement parler des dérogations sont à signaler.

Ainsi le traité multilatéral général, déjà cité, a par nature des effets *erga omnes*. De même les traités imposent ou peuvent imposer des obligations-sanctions à des États tiers considérés comme complices des États vaincus. La convention de Vienne de 1969 fait implicitement allusion à cette situation dans le cas de l'État agresseur (art. 75).

Dans le cadre des relations internationales normales la « clause de la nation la plus favorisée » est un procédé d'extension des obligations original et très utilisé à l'époque contemporaine : accords commerciaux, traités de navigation, conventions d'établissement. L'idée en est simple : par cette clause deux États s'engagent à se faire bénéficier mutuellement des avantages que l'un ou l'autre viendrait à accorder ultérieurement à un État tiers.

En réalité cette clause (qui serait apparue pour la première fois dans un traité de commerce Grande-Bretagne/Portugal en 1642) comporte de nombreuses variantes techniques qui nuancent ses effets pratiques ; sa combinaison et conciliation avec des règles de non-discrimination prévues par le traité font problème. D'où les débats doctrinaux sur ce thème, notamment en droit international du développe-

ment. Enfin la clause comporte des enjeux politiques très précis lorsqu'un État sollicite le bénéfice de cette clause et que l'autre en subordonne l'octroi à des critères politiques. À la limite elle peut refléter un phénomène de domination. Cela s'est vérifié en particulier dans certains accords commerciaux bilatéraux États-Unis/ex URSS, et États-Unis/Chine communiste.

SECTION IV : L'INTRODUCTION DU TRAITÉ DANS L'ORDRE INTERNE

Sauf cas encore exceptionnel (exemple des conventions internationales du travail adoptées par l'OIT) il faut toujours l'accomplissement d'un minimum de procédures internes pour que le traité, régulièrement conclu, puisse entrer en application sur le territoire des États contractants. Souveraineté oblige.

1. Les solutions adoptées dépendent en bonne partie de l'analyse des rapports entre droit international et droit interne qui s'organise autour des écoles dites du dualisme et du monisme (*cf.* Introduction). Rappelons simplement que le dualisme, qui affirme non seulement l'égalité mais aussi l'indépendance des deux ordres juridiques, exige logiquement des procédures de « réceptions » (interventions d'un acte interne législatif ou gouvernemental) pour que le traité puisse « passer dans » l'ordre interne. En revanche le monisme, qui pose l'unité de ces deux ordres juridiques avec une certaine hiérarchie des normes – Kelsen ayant brillamment défendu la thèse de la primauté du droit international –, lève en théorie les obstacles à l'application immédiate des traités dans l'ordre interne.

2. L'écart entre la théorie et la pratique juridique étant toujours à nuancer (le droit et le fait !), on ne peut parler en réalité que de tendances au dualisme ou au monisme. La tendance contemporaine depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, telle qu'elle se révèle à la lecture des constitutions et à l'analyse de la jurisprudence interne, est incontestablement orientée vers le monisme, un monisme disons ... nuancé. Trois observations sur ce point.

La supériorité du traité sur la loi interne ordinaire est volontiers affirmée, mais le plus fréquemment, moyennant conditions (par ex. la réciprocité, constitution française de 1958, art. 55, et constitutions africaines francophones). À l'occasion le juge interne a de sa propre initiative « freiné » le processus, ainsi le Conseil d'État français avant l'arrêt *Nicolo* de 1989 qui introduit un climat nouveau dans le monisme à la française. En revanche les rapports de hiérarchie entre constitution et traité sont généralement beaucoup plus complexes et la doctrine se prononce avec embarras. Tendance moniste ou plutôt dualiste lorsque la constitution prévoit qu'un traité qui comporterait une disposition contraire à la constitution ne peut entrer en application qu'après révision de celle-ci ? ... Les procédures de ratification en 1992 des « accords de Maastricht » par les États concernés, et les polémiques juridico-politiques qu'elles soulèvent, montrent l'intérêt concret de la question.

Le concept de traité ou disposition de traité dit *self-executing*, c'est-à-dire immédiatement exécutoire sans aucune procédure de réception, est évidemment très favorable au monisme avec primauté du droit international. Affirmé, notamment dans les pays anglo-saxons où le pouvoir judiciaire dispose d'une réelle autorité, ce concept n'est pas toujours d'une évidente clarté sur le plan constitutionnel et jurisprudentiel. Mais il semble ... en voie de développement dans l'hypothèse d'un nouvel ordre international.

En effet la création et l'extension d'associations d'États de type Marché Commun ou Union intégrée conduit logiquement à l'applicabilité directe des normes d'un système juridique qui se situe à l'interstice du droit interne et du droit international public, et qui s'appelle « droit communautaire ». L'essence du système est moniste (cf. Traité de Rome de 1957, articles 5 et 77 à propos des « règlements » communautaires, voire aujourd'hui des « directives » européennes), mais la souveraineté maintenue des États membres entretient des résistances (dualistes) qui transparaissent dans les jurisprudences internes.

Tout ceci, en tout cas, montre que le passage de l'ordre international à l'ordre interne n'est pas aussi lisse qu'on pourrait, dans le meilleur des cas, l'imaginer ou le souhaiter. Il faut donc être averti de ces difficultés.

3. Parmi les formalités indispensables pour l'application d'un traité, il y a celle de la **publication** du traité dans l'ordre interne – au Journal Officiel ou dans tout autre recueil accessible – sans laquelle le traité sera **inopposable**, c'est-à-dire considéré non pas comme inexistant juridiquement mais, plus simplement, non connu des gouvernés. Le pendant sur le plan international est la procédure d'**enregistrement** du traité auprès de l'Organisation internationale (Charte de l'ONU, art. 102) qui conditionne son opposabilité aux États tiers.

En démocratie, nul n'est censé ignorer la loi (interne). Encore faut-il que la publicité en ait été assurée. Dans un État de droit, il semble naturel que les accords internationaux définitivement conclus soient tous publiés. Est-ce toujours le cas ? Certes pas ... Que penser alors d'un jugement qui refuse de faire bénéficier une partie à un procès des droits qu'elle détient d'un traité sous prétexte que le traité a bien été régulièrement ratifié ou approuvé, mais qu'il n'a pas été ... publié. Le fait du Prince en quelque sorte.

Décidément, par-delà les théories, les rapports droit interne/droit international public peuvent recouvrir des situations concrètes où le respect du droit formel s'apparente à l'injustice manifeste.

SECTION V : PROBLÈMES PARTICULIERS À L'APPLICATION DES TRAITÉS

Deux questions retiennent l'attention : la succession aux traités (1.) et la garantie d'exécution des traités (2.).

1. La succession aux traités

Envisagée dans le cadre général de la succession d'États, la succession aux traités trouve naturellement sa place dans l'examen du droit des traités dans la mesure où est concerné le sort de l'ordre juridique conventionnel à la suite d'un cas de succession d'États. Il s'agit en effet, d'un aspect particulier de la validité des traités à la suite de la survenance d'une modification affectant l'identité des parties.

Dans ce domaine de la succession aux traités, la doctrine et la pratique internationales ont évolué. Si la succession n'affecte pas directement l'État prédécesseur dont le domaine de compétence *ratione loci* correspond à son nouvel espace géographique, la situation de l'État successeur est plus complexe. Entre les thèses extrêmes : cette succession intégrale au corpus conventionnel et celle de la table rase, dont l'application la plus célèbre a été le cas de la répudiation par la France des traités de la monarchie malgache lors de la colonisation, la convention de Vienne de 1978 a choisi un moyen terme. La liberté de participation au régime conventionnel est reconnu à l'État successeur, ainsi la succession d'État peut être analysée comme une technique *sui generis* d'accession à un traité avec comme corollaire la possibilité d'une succession sélective à l'ordre juridique conventionnel établi par le prédécesseur.

La mise en application de ce principe fait l'objet d'aménagements pratiques régissant davantage ce qui peut constituer des exceptions. En premier lieu, les traités « dits territoriaux » ne sont pas affectés par la succession ; ces conventions régissent l'espace territorial concerné et ne dépendent pas, dès lors, directement de l'identité des parties à un traité. En deuxième lieu, en cas de transfert de territoire au profit d'un autre État, le territoire en question est placé sous le régime conventionnel de l'État de rattachement et soustrait de celui du prédécesseur. En troisième lieu, l'accession d'un nouvel État indépendant à l'ordre juridique international a été envisagée de manière particulière, dans le cadre de la décolonisation. Le principe de la liberté d'adhésion s'applique pleinement en combinaison avec son droit à succéder ; l'aménagement de la succession est effective dans le cadre des accords de dévolution qui envisagent la question dans le cadre global du couple : coopération/continuité du régime juridique. Mais la difficulté surgit pour les accords multilatéraux avec le problème de l'éventuelle obligation d'accepter la participation du nouvel État. En cas de silence du traité sur l'existence d'une clause relative à la notification de succession, la solution est fonction directe de l'importance du facteur « *intuitu personae* » dans l'objet et le but de la convention multilatérale envisagée.

Enfin, la convention de 1978 envisage pour les hypothèses de dislocation ou de regroupement d'État des solutions différentes selon qu'on a à faire ou non à un cas de décolonisation. Si on est en dehors d'une hypothèse de décolonisation, l'État issu de ces phénomènes ne peut pas se considérer comme un tiers dans les relations internationales. Le traité reste en vigueur à l'égard du successeur.

2. Les garanties d'exécution du traité

La question des garanties d'exécution des traités est d'une autre nature. Elle se pose d'ailleurs pour tous les actes juridiques internationaux, à commencer par

l'exécution des sentences arbitrales et des arrêts de la CIJ. Pour ces derniers la Charte de l'ONU a prévu (art. 94) une procédure prévoyant éventuellement l'intervention du Conseil de sécurité. Le système international contemporain n'organise pas de procédure générale d'exécution « forcée » des traités et accords internationaux. Leur application reste avant tout tributaire du principe de bonne foi, sanctionné le cas échéant par la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'État qui a manqué à ses obligations contractuelles.

La technique des « **traités de garantie** », autrefois (XVIII^e-XIX^e siècle) assez répandue sans être toujours efficace, semble condamnée dans la mesure où la Charte des Nations Unies interdit non seulement le recours à la force mais aussi à la simple menace de force (art. 2, al. 4). Lorsque deux ou plusieurs États s'engagent par traité à « garantir l'exécution » d'un traité conclu entre d'autres partenaires ou à faire respecter un statut international, ils s'engagent par définition à faire pression, et le cas échéant à intervenir par la force. Ce rôle revient au seul Conseil de sécurité en cas de menace pour le maintien de la paix (cf. chapitres VI et VII de la Charte).

À notre avis la technique des traités de garantie – qui est en réalité une technique de domination de grandes ou moyennes puissances – est aujourd'hui difficilement utilisable. Encore faut-il la connaître.

Chapitre 4 : La modification et la fin des traités

Il en va des accords internationaux comme des actes internes – constitution, loi, contrat – ils ne sont pas faits pour l'éternité. Il faut donc prévoir et organiser des procédures permettant leur adaptation et, éventuellement leur rupture ou terminaison ; l'essentiel étant toujours de procéder à ces modifications dans le respect (autant que possible) de la volonté des parties puisque le traité se définit avant tout comme l'expression d'un consentement entre partenaires.

On conçoit aisément que cette question de la modification des accords internationaux soulève plus de problèmes pour les accords multilatéraux que pour les accords bilatéraux, en raison de la diversité et parfois de la complexité de la procédure de conclusions. Dans les articles qu'elle consacre à ce problème (art. 39 à 42) la convention de Vienne de 1969 se borne à recenser, à travers une terminologie assez laxiste, les principes traditionnels en la matière, mais en rappelant fort heureusement deux points qui devraient clarifier (et moraliser) un domaine où les prétentions unilatérales ne sont pas rares. D'une part toute modification d'un accord suppose le consentement, exprès ou tacite, des parties au traité, celles-ci n'étant liées que dans la mesure de leur acceptation de la modification. D'autre part toute modification nécessite une procédure claire avec notification par écrit, voire préavis, l'idéal étant le respect du parallélisme des formes, c'est-à-dire respecter pour la modification la procédure utilisée pour la conclusion du traité.

Le mot « modification », employé ici intentionnellement en raison de sa généralité, recouvre en réalité trois situations très différentes qu'il faut savoir distinguer :

- **modification/suspension** d'un traité bi ou multilatéral,
- **modification/extinction** (terminaison) d'un traité,
- **modification/révision** (amendement partiel ou refonte globale d'un traité).

La pratique internationale montre que, par souci de réalisme, il faut distinguer entre les modifications qui s'inscrivent dans la volonté des parties et celles qui découlent de faits extérieurs à la volonté des parties. Par ailleurs le problème de la revision des traités multilatéraux soulève, à lui seul, un certain nombre de difficultés d'ordre politique.

SECTION I : LES MODIFICATIONS CONFORMES À LA VOLONTÉ DES PARTIES AU TRAITÉ

Elles ne devraient pas, normalement, soulever de difficulté particulière puisque, par hypothèse, elles correspondent – ou son supposées correspondre – à la volonté des parties contractantes. Et pourtant...

1. La lecture des clauses finales d'un traité donne fréquemment l'éventail des modifications possibles de celui-ci : clauses de suspension ou dites de sauvegarde ; clauses d'extinction avec éventuellement possibilité de renouvellement exprès ou tacite pour un traité à durée déterminée, ou clause de résiliation, de dénonciation unilatérale, de retrait, et clause résolutoire ; clauses enfin d'amendement ou/et de révision du traité.

Dans tous ces cas où la modification est expressément prévue et organisée la seule difficulté pratique peut surgir des circonstances concrètes de la mise en œuvre – conditions de fond ou de procédure (préavis nécessaire ou non par exemple).

2. En revanche la difficulté devient plus sérieuse, surtout dans les traités multilatéraux, lorsque le texte ne prévoit pas **expressément** de clauses de modifications et qu'une ou plusieurs parties sollicitent telle ou telle adaptation du traité. On peut, certes, essayer de consulter toutes les parties pour obtenir leur accord à la demande de modifications ; dans tous les cas il faut rechercher l'intention des parties contractantes, mais ce n'est pas toujours évident.

D'où les problèmes à l'occasion suscités par certaines situations évoquées en termes généraux par la convention de Vienne de 1969 : cas des « traités successifs » (art. 30 et 59) ; ou de la « violation substantielle » du traité par une partie (art. 60), qui peut aboutir à la suspension ou à l'extinction de l'accord. On peut aussi penser à la désuétude.

Deux situations donnent lieu souvent à des affrontements et à des contestations fondées tantôt sur l'exercice d'un droit tantôt sur les motifs invoqués pour écarter l'obligation conventionnelle née du traité.

La dénonciation unilatérale ou la résiliation unilatérale n'est licite que si elle est envisagée et organisée par le traité le plus souvent sous réserve de préavis. La conséquence est le caractère partiel ou total des effets de la dénonciation selon que l'on envisage soit sa portée dans les relations entre les parties soit son contenu.

En l'absence de dispositions spéciales, le retrait d'une convention multilatérale est source de difficultés dans la mesure où il est difficile de statuer de manière péremptoire sur les intentions réelles des parties contractantes. Aussi apparaît-il nécessaire de procéder à une étude *in concreto* en fonction de l'intention des parties et de la nature du traité. La convention de Vienne, de son côté, a envisagé un délai de 12 mois de préavis pour permettre aux parties d'engager des négociations entre les intéressés. À l'examen, ces dispositions infléchissant la portée du lien obligationnel répondent plus à des considérations d'opportunité qu'à celui de l'application de précédents coutumiers concluants.

SECTION II : LES MODIFICATIONS CONSÉCUTIVES À DES FAITS EXTÉRIEURS À LA VOLONTÉ DES PARTIES

Peut-on ou faut-il admettre que des traités puissent être frappés de suspension ou d'extinction suite à des circonstances échappant à la volonté des parties contractantes, voire contre la volonté de l'une d'elles ?

Cette question, qui se pose à propos des contrats dans tous les systèmes de droit interne, est encore peu ou mal réglementée en droit international positif. La convention de Vienne de 1969 propose (art. 61-64) quelques solutions de bon sens (suspension au plus ou extinction des traités selon le cas) dans l'hypothèse de rupture des relations diplomatiques entre deux Etats ; ou dans l'hypothèse de la « disparition ou destruction définitive d'un objet indispensable à l'exécution du traité » ; ou dans l'hypothèse de la survenance d'une nouvelle norme impérative de droit international (*jus cogens*). Tout ceci n'arrive pas tous les jours...

En revanche, les deux questions « classiques » en ce domaine n'ont toujours pas de réponse ferme et précise qui permette de bien canaliser le jeu des relations internationales. C'est tout d'abord la question de l'**effet de la guerre sur les traités** : en dehors des traités et accords conclus pour être appliqués précisément, en périodes de guerre et de conflits armés (conventions de La Haye de 1907 sur le droit de la guerre et conventions de Genève et autres traités relatifs au droit humanitaire), tous les autres traités ont un sort qui dépend avant tout de la jurisprudence interne des Etats concernés... C'est pourquoi la convention de Vienne de 1969 n'aborde pas la question, faute de consensus.

Pour l'autre question classique, discutée en doctrine depuis les débuts du Droit des Gens, la convention de Vienne a le mérite d'apporter au moins un élément de réponse (art. 62) : un « changement fondamental de circonstances » peut, sous certaines conditions, justifier la suspension voire l'extinction d'un traité ; mais l'hypothèse, d'après la rédaction de l'article 62, n'est admise que de façon très restrictive, voire exceptionnelle. Ainsi cette clause est inopérante pour les hypothèses concernant les traités de frontière ou l'inexécution fautive du traité par la partie qui l'invoque.

Cette rédaction est la transcription moderne de la célèbre clause « *rebus sic stantibus* » qui, dans l'histoire des relations internationales, a (trop) souvent servi de prétexte juridique à des Etats pour tenter de se dégager de leurs obligations juridiques en invoquant un (quelconque) changement de circonstances. Dans la doctrine contemporaine dominante et la jurisprudence internationale, l'invocation de la clause *rebus sic stantibus* par une partie à un traité n'est possible que si le changement met en péril l'existence ou le développement vital de l'une des parties ou entraîne une transformation radicale de la partie des obligations qui restent à exécuter. La convention de Vienne écarte tout automatisme des effets et impose un délai de trois mois de préavis à la charge de la partie qui l'invoque. La conséquence est soit l'extinction du traité ou le droit de retrait de la partie qui l'invoque soit la suspension de l'application. L'idée d'une renégociation d'un nouveau traité n'a pas été retenue dans la convention comme solution de droit, elle reste facultative.

SECTION III : LE PROBLÈME DE LA RÉVISION DES TRAITÉS MULTILATÉRAUX

Le problème est beaucoup plus politique que juridique. Les conventions multilatérales à caractère technique, celles par exemple élaborées dans le cadre des institutions spécialisées de l'ONU (OIT, OACI, OMS, etc.), prévoient, à intervalle régulier (quatre ou cinq ans), une révision/modernisation dans le cadre de l'Assemblée générale de l'Organisation, sans que cela fasse grande difficulté : l'évolution technologique et scientifique conduit en effet à procéder à une nécessaire adaptation du traité.

Il n'en va pas de même pour les traités multilatéraux de nature politique, à caractère civil ou militaire, qui sont le reflet d'enjeux importants, d'équilibres souvent fragiles et de souverainetés sourcilleuses. Il faut des circonstances particulièrement graves – fin de la deuxième guerre mondiale, ou bouleversement des relations internationales consécutif aux événements mondiaux des années 1989-1991 – pour que la perspective de modifications en profondeur de tels traités puisse être envisagée avec quelque chance de succès.

Tout compte fait il est plus facile de conclure un traité, après de longues et difficiles négociations, que de le remettre **globalement** en chantier après coup. Les divergences d'analyse et d'intérêt sont telles que toute modification d'ensemble suscite des réticences et des craintes chez les partenaires quant au résultat final.

Cette réticence générale à la révision des grands traités politiques est observable déjà dans le cadre régional ou continental. Cf. charte de l'OEA, Charte de l'OUA, traités de la CEE avec l'affaire en cours (1992) de la ratification des accords de Maastricht. C'est plus net encore en ce qui concerne la révision éventuelle des traités fondateurs d'organisations internationales à vocation universelle, quelle que soit la précision de la clause de révision inscrite dans le texte, (article 19 du Pacte de la Société des Nations et article 109 de la Charte des Nations Unies).

Depuis son adoption en 1945 la Charte de l'ONU a enregistré trois amendements (cf. art. 108), c'est-à-dire trois modifications ponctuelles d'articles. Mais l'esprit et la lettre de l'ensemble du texte sont restés jusqu'ici inchangés, on pourrait dire « intouchables ». Les grandes et moyennes puissances ont préféré, en effet, procéder à des tentatives d'interprétations (dynamique ?) du texte plutôt qu'à sa remise en chantier.

Cet extrait de la « Déclaration commune » signée à Moscou, le 17 octobre 1975, entre le président français Giscard d'Estaing et le président soviétique M. Brejnev est révélateur de cette attitude d'extrême circonspection :

« Elles (les parties contractantes) se prononcent contre les tentatives de révision de la Charte des Nations Unies et considèrent que l'accroissement de l'autorité et de l'efficacité de l'Organisation des Nations Unies dans l'intérêt de tous les États Membres doit être réalisé au moyen d'une utilisation plus complète des grandes possibilités contenues dans la Charte. » (*Le Monde*, 20 octobre 1975.)

Il ne semble pas qu'en 1993 l'état d'esprit ait sur ce point beaucoup évolué malgré les appels incantatoires à un « nouvel ordre mondial ».

Titre II

Les sources du droit international autres que les traités

Contrairement à des idées reçues, et malheureusement pour le bon fonctionnement des relations internationales, ce domaine n'est pas toujours d'une limpide clarté malgré les apports de la jurisprudence internationale et les efforts de la doctrine. L'article 38 du Statut de la CIJ mentionne comme sources autres que les traités d'une part la coutume et d'autre part les principes généraux de droit mais, en revanche, il ne fait pas allusion aux actes des organisations internationales. Ce sont là, dans le monde international contemporain, trois sources du droit international dont l'origine, la formation et la qualité juridique peuvent susciter, à l'occasion du règlement pacifique d'un différend inter-étatique, des controverses et des analyses divergentes, porteuses évidemment de dissensions diplomatiques.

On laissera de côté la question des actes unilatéraux des États. Ils ne sont pas et ne peuvent pas être par définition source de droit international public. Un État, si puissant soit-il, ne peut pas à lui seul « créer » du droit international, mais au mieux émettre des « revendications unilatérales » susceptibles d'enclencher des réactions de la communauté internationale. Cela dit, la variété des actes unilatéraux (déclaration, protestation, notification, acceptation, renonciation, etc.) témoigne de leur importance dans le fonctionnement du système international, conventionnel et coutumier.

Ces trois sources « directes » de droit international à côté des traités doivent être évoquées dans leur globalité, même si la place et le rôle de chacune d'elles dans le système international prête à discussion.

Chapitre 1 : La coutume internationale

En droit international comme en droit interne la coutume est une règle de droit non écrite. Ce qui la distingue radicalement, en théorie, du simple usage et de la courtoisie internationale qui n'ont rien d'obligatoire.

SECTION I : LA NOTION DE COUTUME INTERNATIONALE

Trois aspects principaux – qui ont engendré une littérature juridique, doctrinale et jurisprudentielle considérable et toujours vivante – sont à signaler pour bien saisir cette notion.

1. L'existence de la coutume exige la réunion de deux éléments, l'un matériel (*consuetudo*), l'autre psychologique (*opinio juris sive necessitatis*). Ce que résume fort bien l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice en parlant de ... « pratique générale acceptée comme étant le droit ».

L'élément matériel consiste en la « répétition concordante » d'actes et/ou de comportements d'un État dans les relations internationales « pendant une certaine durée ». L'élément psychologique signifie que l'État qui a répété dans le temps cette même pratique l'a fait parce qu'il avait la conviction d'obéir à une règle de droit (non écrite). Chacun de ces deux éléments comporte donc une part d'incertitude ou, si l'on préfère, de subjectivité ; mais c'est ce qui fait la souplesse de la coutume (sa plasticité ?) et en même temps son adaptabilité à l'évolution des rapports internationaux (analyse des « précédents »). En cas de contestation de l'existence d'une coutume, il revient au juge international de faire l'analyse et la preuve. Des affaires célèbres (affaire du *Lotus*, C.P.J.I. ; affaire du *Droit d'asile*, C.I.J. ; affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, C.I.J., etc.) illustrent cette question des éléments constitutifs de la coutume.

L'important est de savoir et pouvoir distinguer entre coutume, c'est-à-dire constater l'existence d'une règle de droit déjà formulée, et usage. Ainsi le droit des relations commerciales internationales et le droit des relations diplomatiques comportent de nombreux usages qui ne sont pas l'équivalent de coutumes au sens de l'article 38.

La doctrine dominante analyse la règle coutumière comme étant une sorte d'accord tacite, et donc l'expression informelle de la volonté des États. La théorie objectiviste ou sociologique qui voit dans la coutume une règle de droit issue du milieu social international et, en conséquence, s'imposant d'elle-même aux sujets de droit international n'a pas encore réussi (ou pas tout à fait) à prévaloir sur la

doctrine dominante. Ce débat doctrinal retentit néanmoins sur la conception de la règle coutumière et sur son acceptation dans/ou par le milieu international contemporain.

2. La question de la *diversité des coutumes internationales* ne simplifie pas le problème théorique et pratique. On distingue aujourd'hui entre coutume générale et coutume locale (ou régionale). Une coutume internationale suppose l'adhésion implicite de tous les États concernés par celle-ci, tandis que la coutume générale – celle que vise l'article 38 – n'exigerait pas nécessairement l'unanimité des États pour s'imposer à la communauté internationale en tant que règle de droit objective. Dans tous les cas reste le problème de(s) l'État(s) « protestataire(s) » (le « *persistant objector* ») qui refuse d'admettre l'existence d'une coutume. En fait, la contestation d'une coutume dite générale par un certain nombre d'États est le signe annonciateur d'une remise en cause du droit international positif. L'évolution du droit de la mer entre les conférences de Genève 1958-1960 et la convention de Montego Bay de 1982 en donne un bon exemple.

Quant à la thèse de la « coutume instantanée » (qualifiée de « sauvage » par les adversaires), avancée par des États notamment tiers-mondistes dans les années 1970, elle ne tient pas la route. L'idée était d'affirmer qu'un seul fait ou comportement pouvait dans certains cas, constituer la pratique générale prévue à l'article 38. C'était aussi et surtout donner un contenu « combatif » à la répétition des précédents, afin de provoquer des changements dans le droit international. L'intention était (est encore ?) compréhensible, voire louable. Mais le concept d'une coutume instantanée nous semble prématuré. Il va à l'encontre d'un dicton que l'on retrouve dans toutes les civilisations et qui s'exprime en français dans cette expression bien connue : « une fois n'est pas coutume ». Un minimum de répétitions dans le temps sous-tend, en effet, l'idée de coutume.

3. *Les rapports entre traité et coutume* appellent trois observations. En tant que sources de droit, le traité et la coutume sont en théorie des sources égales, l'un pouvant mettre fin à l'autre et inversement ; la pratique internationale offre quelques exemples plus ou moins précis de cette situation. Dans le domaine de la formation du droit international les rapports traité/coutume sont étroits : les traités sont des « précédents » parmi d'autres dans la création de la coutume ; inversement la coutume peut toujours aboutir à la forme écrite du traité de codification. On notera surtout que traité et coutume peuvent être la source d'une « même obligation » pour les États concernés, les uns étant liés par un traité et les autres par une coutume générale. Cette situation, évoquée par l'article 38 de la convention de Vienne de 1969 et la Cour internationale de Justice (affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969) témoigne de la vigueur persistante du droit coutumier international.

SECTION II : LA PLACE DE LA COUTUME DANS LE SYSTÈME INTERNATIONAL CONTEMPORAIN

Il s'agit d'un débat qui dépasse les limites du droit international positif, et qui s'inscrit toujours comme pour tous les grands débats juridiques dans les termes : déclin ou renouveau ? On se limitera à deux observations.

1. En théorie la coutume est au cœur du droit international puisque, historiquement, celui-ci a été d'abord et avant tout (comme les systèmes juridiques internes) un droit essentiellement coutumier par opposition au droit international spécial ou particulier qui désigne le droit issu des traités. Plus précisément le juge international, en l'absence de sources conventionnelles pour la solution d'un différend, se référera au droit international général (coutumier) pour rendre sa décision. Il y a donc là un « espace judiciaire » utile du point de vue des sources du droit international.

2. Dans la mesure où se développent les traités de codification, la règle coutumière perd de son importance. Mais il est des chapitres du droit international, celui de la responsabilité internationale par exemple, qui résistent encore à la codification.

Une analyse plus approfondie de la coutume internationale conduirait à soulever d'autres questions, celle par exemple de la réception de cette source par le droit interne : très rares sont les constitutions qui font référence expresse à la coutume internationale. Et comment la notion de « droit international coutumier » est-elle réellement perçue par l'ensemble des 179 États actuellement (1992) membres de l'Organisation des Nations Unies ?

Chapitre 2 : Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées

Cette troisième source citée par l'article 38, paragraphe 1, alinéa c) du Statut de la CIJ est d'origine récente puisque son introduction officielle coïncide avec la création de la Cour permanente de Justice internationale en 1920. D'où le caractère daté de la formule « nations civilisées » : à l'époque elle visait moins les sociétés coloniales (encore que...) que ce tout nouvel « État de type nouveau » en train de se former dans les violences de la révolution bolchevique – qui deviendra URSS en 1924 (jusqu'en décembre 1991) – qui représentait le type même de la nation non civilisée. Certains voudraient bien aujourd'hui accoler ce qualificatif à un État convaincu de soutenir le terrorisme international...

Quoi qu'il en soit ce n'est pas l'expression « nations civilisées » qui fait problème mais bien le concept même de principes généraux de droit. Une ambiguïté certaine continue de flotter sur le contenu exact de la notion et sur la place de cette source du droit dans le système international. On ne peut ici qu'y faire allusion.

SECTION I : LE CONTENU DE LA NOTION

Rien de plus vague mais aussi rien de plus usité que le mot « principe » en philosophie, en morale, en politique, en diplomatie, et autres domaines scientifiques.

I. Par définition il ne peut s'agir au sens de l'article 38 que de **principes juridiques**, c'est-à-dire portant force obligatoire au même titre que le traité et la coutume et à égalité avec eux. De plus, il ne s'agit pas de n'importe quels principes juridiques mais seulement de ceux qui sont « **reconnus** » par les États dits civilisés. Il y a donc un tri à faire, et c'est là que l'ambiguïté surgit.

À vrai dire – sauf à s'en tenir à de vagues généralités qui font toujours accord (ainsi cette référence aux principes d'humanité par l'arrêt de la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, C.I.J. Recueil 1949, p.4) – la qualité « juridique » du principe évoqué peut prêter à contestation selon l'opinion des utilisateurs. Dans l'Europe du XIX^e siècle le principe des nationalités relevait de la politique diplomatique alors qu'il est devenu, aujourd'hui, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, encore que certains préfèrent parler d'un principe général d'autodétermination et aussi de décolonisation. À l'époque de la guerre froide, la doctrine soviétique entendait bien donner un contenu juridique au célèbre principe de « la coexistence pacifique entre systèmes sociaux différents » – magnifié par la non moins célèbre conférence des Pays non alignés tenue à Bandoeng en 1955 –, alors que les « Occidentaux » ont

fini par l'admettre (conférence d'Helsinki de 1975) mais au titre de diplomatie et de *real politik*. On pourrait multiplier les exemples de ces analyses divergentes et intéressées.

2. La doctrine reste divisée sur l'analyse de contenu de l'article 38, paragraphe 1, alinéa c). Deux écoles principales s'affrontent avec de bons arguments. L'une considère que les seuls vrais principes évoqués par ce texte ne peuvent être que les principes généraux communs à l'ensemble des systèmes juridiques internes ou, si l'on préfère, aux différentes familles juridiques. C'est la théorie dominante : il est logique d'admettre comme norme juridique internationale un principe-règle que l'on retrouve peu ou prou dans la plupart des grands systèmes de droit contemporains, quelle que soit leur diversité sur le plan philosophique et idéologique. Les apports du droit comparé, en matière de procédure notamment, sont ici déterminants (*cf.* système de la preuve, théorie des droits acquis, de l'abus de droit, etc.).

L'autre école considère qu'il faut réserver la qualification de principes généraux de droit aux seuls principes juridiques « spécifiques » au jeu des rapports internationaux (par exemple, principe du devoir de réparer un dommage causé de façon illicite et principe de l'épuisement des recours internes dans le domaine de la responsabilité internationale).

Et il y a ceux qui, intellectuellement prudents ..., s'efforcent de combiner les deux théories en introduisant, le cas échéant, l'idée d'une hiérarchie au profit des principes **du** droit international sur les principes communs aux droits internes.

En fait l'examen de la doctrine et de la pratique internationales révèle trois grandes tendances : l'une qui s'efforce de faire effectivement des principes généraux de droit (quelle que soit l'école sous-jacente) une source autonome du droit international ; l'autre qui confond plus ou moins principes généraux et coutume internationale puisque ce sont des règles non écrites ; une troisième tendance, enfin, qui continue d'assimiler ces principes à des obligations relevant plus de la morale internationale que du droit positif.

On admettra volontiers que la notion en question n'est pas clarifiée pour autant. Seule la jurisprudence est susceptible d'apporter un élément de réponse.

SECTION II : LA PLACE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT DANS LE SYSTÈME INTERNATIONAL CONTEMPORAIN

Ce thème/débat a engendré une considérable littérature au croisement de la philosophie et de la morale, de la sociologie internationale et du droit.

Pour notre part et sur un plan très concret nous nous en tiendrons à trois observations.

1. La référence à des principes est une constante du droit international et des relations internationales. Elle parcourt tous les chapitres du droit international public classique. Elle se développe (quantitativement) encore plus dans les domaines nouveaux : droit des organisations internationales, droit transnational, droit communautaire.

Mais le quantitatif ne fait pas le qualitatif. La question fondamentale demeure : l'usage du mot principe se réfère-t-il précisément ou non au concept juridique de l'article 38 ? Tous les arbitrages rendus avant 1920 et utilisant fréquemment le mot principe n'y mettaient pas nécessairement, et pour cause, un contenu juridique. Qu'en est-il des arbitrages rendus depuis cette date ? Le flou dans l'usage du concept ne nous paraît pas levé.

2. Le débat doctrinal sur la place et le rôle des principes généraux de droit comme source du droit international ne faiblit pas. Il contribue d'ailleurs au progrès du droit international.

Il convient de relever deux types d'analyses.

a) S'agissant des principes généraux de droit pris en tant que normes internationales, la coupure doctrinale est nette. Il y a, d'un côté, les « normativistes » disciples intellectuels de Hans Kelsen qui mettent les principes au sommet de la hiérarchie des normes internationales (*cf. Pacta sunt servanda, jus cogens*) ; et, d'un autre côté, ceux qui n'accordent aux principes qu'un rôle subsidiaire, un rôle de secours en quelque sorte : à défaut de traité ou de coutume, les principes généraux seront une source juridique utilisable.

b) S'agissant des principes généraux pris sous l'angle de la formation et du développement du droit international, les analyses sont, ici aussi, très partagées, et aussi très subjectives. Les uns pensent que, tôt ou tard, un principe général de droit, régulièrement observé, devient inévitablement coutume et, pourquoi pas, transcrit dans un traité de codification. D'autres, au contraire, estiment (et souhaitent) que les principes généraux de droit soient ou deviennent le fondement d'un droit international nouveau, et le vrai critère de la légalité internationale.

C'est sans doute aller trop vite dans la réalisation d'un idéal, d'une belle utopie. Il n'empêche que l'idée prend corps sérieusement, et qu'elle attend peut-être la sanction du juge pour provoquer l'ouverture de nouveaux horizons.

3. La jurisprudence internationale a toujours été très prudente en ce domaine. Bien que les principes généraux aient été proclamés comme source du droit international en 1920 – dans le but surtout d'empêcher toute lacune du droit – la CPIJ n'y a jamais fait expressément référence dans ses avis et arrêts (sauf dans quelques opinions individuelles ou dissidentes). En revanche la CIJ a évoqué à plusieurs reprises les principes généraux de droit, avec ou sans renvoi explicite à l'article 38, paragraphe 1, alinéa c), et plus encore dans les opinions individuelles des juges.

Il y aurait donc une attention plus grande, à notre époque, portée aux principes généraux de droit, mais toujours à titre supplétif ou complémentaire. L'appel à ces

principes apparaît, d'ailleurs, plus aisé dans le cadre souple de l'arbitrage et, plus encore, dans un système de droit communautaire.

Cette troisième source officielle de droit international, peu utilisée jusqu'ici à titre direct il faut bien l'admettre, se trouve à la fois renouvelée et concurrencée par les résolutions des organisations internationales qui n'hésitent pas, elles aussi, à proclamer des principes qui se situent au confluent de la morale et du droit international, sans pour autant s'inscrire dans le cadre de l'article 38 précité.

Chapitre 3 : Les actes des organisations internationales

Dans quelle mesure les actes des organisations internationales sont-ils une source directe du droit international ? Cette question ne s'est véritablement posée en doctrine et en pratique que depuis la fondation de l'ONU. Le fait que l'article 38 du Statut CIJ l'ignore est significatif. La question s'est d'ailleurs développée au rythme du développement quantitatif et qualitatif des organisations sans qu'une réponse très sûre, sauf dans quelques cas particuliers, puisse donner pleinement satisfaction. On reste le plus souvent – et c'est regrettable – dans le domaine de l'interprétation voire des arrière-pensées où la considération politique et les enjeux diplomatiques l'emportent sur l'analyse strictement juridique. On ne s'étonnera donc pas que les controverses soient toujours très vives même si l'on enregistre une évolution des mentalités en ce qui concerne le poids et la place de ces actes dans les relations internationales contemporaines.

Pour essayer de bien poser le problème de leur plus ou moins grande « **juridicité** » on procèdera en trois points.

SECTION I : LA VARIÉTÉ DES RÉOLUTIONS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Le mot « résolution » est le terme générique qui désigne l'ensemble des actes des organisations internationales intergouvernementales, que la doctrine appelle aussi « actes institutionnels internationaux » ou encore « actes unilatéraux d'organisations internationales ». Nous nous en tiendrons au mot sobre et classique de résolution, mais en sachant qu'il y a une grande variété de résolutions et qu'il faut savoir, à l'occasion, faire les distinctions nécessaires.

I. Cette variété tient à plusieurs raisons. À la quantité tout d'abord : la seule Assemblée générale de l'ONU au cours de sa session annuelle ordinaire adopte en moyenne trois à quatre centaines de résolutions. Si l'on additionne la totalité des organisations internationales en fonction, cela fait, chaque année, plusieurs milliers de résolutions ... qui sont toutes supposées participer à la construction de l'ordre international. La formulation de ces résolutions n'est pas uniforme : tantôt très générale, elle est rédigée à l'indicatif présent mais aussi parfois au futur, voire au conditionnel (quelle est la force contraignante d'un texte rédigé au futur ? ...) Enfin la procédure d'adoption des résolutions – par vote qualifié ou par consensus – et leur objet (critère matériel) très divers selon qu'il s'agit d'organisations politiques

ou techniques, universelles ou régionales, très structurées ou proches de l'alliance traditionnelle, font aussi la différence.

Dans le meilleur des cas le traité constitutif de l'organisation, par exemple dans certaines institutions spécialisées de l'ONU, précise d'une certaine façon la portée ou force juridique de la résolution. Ce n'est pas la pratique générale, à commencer par la Charte de l'ONU (*cf. infra*).

2. D'utiles essais de classification, ou plutôt de classement, des actes des organisations internationales ont été (et seront encore) présentés en doctrine. Ils contribuent à mettre un peu de clarté dans ce chapitre complexe du droit des organisations internationales et, surtout, à mettre en valeur la diversité de contenu des résolutions.

À titre indicatif on signalera les quatre catégories suivantes. Les résolutions relatives au fonctionnement même des organisations internationales sont les plus nombreuses (*cf.* vote du budget, déroulement des sessions, procédures) et constituent le « droit interne » de l'Organisation ; elles se situent aux confins du droit international. À l'opposé, les résolutions relatives au maintien de la paix et de la sécurité sont les plus importantes pour la communauté internationale, qu'elles émanent de l'ONU ou d'organisations politiques régionales telles que l'OEA, la Ligue arabe, l'OUA.

Les résolutions adoptées dans le cadre d'institutions spécialisées, tels que le règlement sanitaire international à l'OMS ou les standards minimum à l'OACI (organisation de l'aviation civile internationale), imposent des obligations aux États membres. En revanche, les résolutions souvent formulées en termes solennels voire incantatoires à l'Assemblée générale des Nations Unies mais qui se bornent (si l'on ose dire) à rappeler des principes généraux et des règles coutumières, ou qui portent déclaration – par exemple Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, droit à l'autodétermination et à l'indépendance des pays ou des peuples colonisés de 1960, charte des droits et des devoirs économiques des États en vue de l'établissement d'un nouvel ordre économique international, 1973, définition de l'agression en droit international, 1974 – n'ont pas eu d'effet créateur juridique immédiat. Elles ne sont pas moins « porteuses » de droit. Et c'est bien ce qui fait problème d'un point de vue strictement normatif ou juridique, surtout dans le droit des Nations Unies.

SECTION II : LA DISTINCTION RECOMMANDATION/DÉCISION DANS LA CHARTE DES NATIONS UNIES

C'est le problème principal de notre époque dans la mesure où l'ONU, à travers surtout le Conseil de sécurité, a la responsabilité du maintien de la paix. Une

responsabilité qui est tributaire des procédures organisées par la Charte ainsi que de la bonne volonté des États membres du Conseil de sécurité, notamment des Cinq qui disposent d'un droit de veto. En 1982 – c'était encore l'époque de la guerre (plus ou moins) froide – le Secrétaire général de l'ONU constatait dans son rapport annuel « la faillite du système international de sécurité collective »... En 1992, malgré de cinglants échecs (dans l'ex-Yougoslavie), la cote de l'ONU a incontestablement remonté à « l'audimat » international.

Mais la question de la force juridique des résolutions adoptées à l'ONU demeure à peu près ce qu'elle était à l'origine, depuis 1946 : c'est la distinction entre la **recommandation** et la **décision**.

1. Le mécanisme du maintien de la paix organisé par la Charte, principalement dans les chapitres VI et VII complétés par les dispositions relatives aux compétences générales de l'Assemblée générale (art. 10 et 17) et du Conseil de sécurité (art. 24 et 25), semble juridiquement clair, quelle que soit la formulation plus ou moins impérative des résolutions adoptées. L'Assemblée générale ne dispose que d'un pouvoir de recommandation, tandis que le Conseil de sécurité peut choisir en fonction des circonstances de s'en tenir à des recommandations (chap. VI) ou de prendre, le cas échéant, des décisions (chap. VII). En soi la résolution/recommandation n'est qu'une invitation ou exhortation à agir qui n'a pas de caractère contraignant tandis que la résolution/décision a force juridique. Telle était du moins, au départ, l'analyse considérée comme la plus correcte de la Charte de l'ONU.

2. Sous l'effet de contraintes conjoncturelles, du débat doctrinal, de manifestations de puissance et de la jurisprudence, la question de la force juridique des résolutions adoptées par l'Assemblée et par le Conseil de sécurité de l'ONU s'est singulièrement approfondie et ... obscurcie.

Quatre éléments au moins ont contribué à ce résultat. Il y a eu, d'abord, la très célèbre résolution 377 (1950), dite résolution Acheson, par laquelle l'Assemblée générale de l'époque s'attribuait – dans une douteuse légalité – les pouvoirs du Conseil de sécurité (paralysé par le veto) pour le maintien de la paix. La guerre de Corée (1950-1953) en était le prétexte, mais la résolution Acheson ... est toujours inscrite dans les textes onusiens. Avec le temps, une bonne partie de la doctrine internationale s'est déclarée favorable, avec des arguments plus ou moins convaincants, à la reconnaissance d'une « certaine force contraignante » (?) selon le cas à de simples recommandations du Conseil de sécurité ou même de l'Assemblée générale. Une autre complication vient de ce que, sauf exception, le Conseil de sécurité ne précise (volontairement) pas s'il intervient dans le cadre du chapitre VI ou du chapitre VII. Ce qui laisse toute latitude d'interprétation à des formules telles que « Le Conseil de sécurité ... exige ... décide », mais complique sérieusement l'application du droit international. La CIJ, enfin, n'a pas clarifié la question – c'est le moins qu'on puisse dire – lorsqu'elle a estimé (dans son *Avis* de juin 1971) que le mot « décision » figurant dans l'article 25 de la Charte à propos des compétences générales du Conseil de sécurité visait toutes les résolutions de celui-ci, et non pas seulement celles du chapitre VII. À la lettre de la Charte, c'était un « dérapage » ;

mais ce n'était en définitive qu'un avis qui avait le mérite de préciser que : « il faut soigneusement analyser le libellé d'une résolution du Conseil de sécurité avant de pouvoir conclure à son effet obligatoire ». En définitive tout devient cas d'espèce...

3. Un retour à la distinction recommandation/décision sur le fondement des chapitres VI et VII de la Charte en ce qui concerne le Conseil de sécurité nous semble le plus opportun. On saurait au moins qu'une recommandation peut être judicieuse quoique sans force obligatoire, et qu'une décision, elle, est définitivement contraignante parce que source directe de droit international.

Jusqu'à ce qu'on a appelé « la guerre du Golfe » en 1991 qui a donné lieu à douze résolutions/décisions fondées explicitement sur le chapitre VII de la Charte, le Conseil de sécurité ne s'était aventuré que trois fois sur ce terrain (1966, Rhodésie du Sud ; 1977, embargo sur les ventes d'armes à l'Afrique du Sud ; 1987, cessez-le-feu dans la guerre Iran/Iraq).

Le débat politique n'est pas clos. En rappelant (en mars 1992) la distinction entre le chapitre VI et le chapitre VII de la Charte pour ce qui concerne la force juridique des résolutions du Conseil de sécurité, le nouveau Secrétaire général de l'ONU s'est attiré de très vives critiques. On apprend ainsi que la trop célèbre résolution 242 (1967) exigeant l'évacuation par Israël « des » territoires occupés après la guerre des six jours est ou serait ... « **obligatoire mais pas coercitive** » (cf. journal *Le Monde* du 22/23 mars 1992). Pour un juriste averti la nuance est compréhensible ; pour tous les autres, cela peut faire sourire.

Et c'est bien le triptyque « recommandation/décision/obligation – coercition » qui fait toujours problème, sauf cas particulier, pour l'ensemble des actes des organisations internationales en tant que sources de droit international.

SECTION III : LA PLACE DES ACTES DES ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES DANS LE SYSTÈME INTERNATIONAL

Il faut sur ce point bien faire la distinction entre deux analyses.

1. S'agissant de la *force juridique* des résolutions des organisations internationales, l'essentiel a été dit. Cela va de la pure et simple recommandation qui n'est que l'expression d'un souhait à la recommandation « chargée d'une certaine force contraignante » (mais laquelle ?), et à la résolution/décision expressément prévue par le traité constitutif de l'organisation. Il y a donc des résolutions qui sont sources de droit même si elles portent officiellement le nom de recommandations (cf. institutions spécialisées ; accords de tutelle selon les articles 75-85 de la Charte des Nations Unies ; recommandations expressément acceptées par les

États destinataires), et des résolutions qui ne sont pas effectivement sources de droit positif puisqu'elles ne sont pas « coercitives ». Aussi longtemps qu'une distinction juridique très précise ne sera pas spécifiée dans les traités constitutifs d'organisations internationales entre résolutions/recommandations et résolutions/décisions, aussi longtemps durera l'ambiguïté (et la controverse) sur cette « quatrième » source du droit international contemporain. Une ambiguïté dont s'accommode, en fait, fort bien la diplomatie internationale.

2. S'agissant de la *formation et de l'évolution du droit international*, il va de soi que les actes des organisations internationales y contribuent considérablement même s'ils ne sont pas toujours ou pas immédiatement acceptés par l'ensemble de la communauté internationale. Ces actes sont, dans le meilleur des cas, des « précédents » pouvant donner naissance à une coutume internationale. Même s'ils ne sont pas juridiquement « coercitifs » ils reflètent un état de l'opinion internationale susceptible, à terme, de faire évoluer le droit international.

À côté des sources dites classiques du droit international (traité, coutume, principes généraux de droit), il y a aujourd'hui ces résolutions d'organisations internationales qui sont aussi sources ... d'interrogations.

Titre III

Vers un élargissement du concept de « Sources du droit international » ?

Sans être nouvelle cette question est, aujourd'hui, ouvertement posée dans le milieu international où l'extrême diversité des situations – entre le Nord et le Sud et à l'intérieur de chacune de ces zones – confère à la règle d'égale souveraineté des États un caractère de plus en plus symbolique. Le juriste positiviste qui s'en tient rigoureusement à l'article 38 du Statut de la CIJ et, au plus au chapitre VII de la Charte des Nations Unies, trouve en face de lui les critiques ou propositions de ceux qui souhaitent une application plus équitable et/ou plus adaptée des règles formelles qui font le droit international positif du moment, ou du moins de leur interprétation.

SECTION I : L'ÉQUITÉ

Le concept d'équité est de ceux qui divisent naturellement la doctrine dans la mesure où, par définition, il échappe à cette rigueur de définition qui, normalement, caractérise la norme juridique par rapport aux autres règles de conduite, morale et sociale.

Sans entrer dans ce type de débat, soulignons deux points essentiels.

I. Le concept d'équité relève moins du droit strict que du « sentiment » de la justice, du juste et de l'injuste.

Summum jus, Summa injuria disait, déjà, le droit romain qui avait précisément inventé le « droit prétorien » pour adoucir et moduler l'application stricte de l'action civile » (le droit positif), tant il est vrai qu'une règle de droit peut être, selon les circonstances de l'espèce, la source d'une grande injustice.

C'est pourquoi tous les systèmes juridiques internes font, d'une façon ou d'une autre, une place plus ou moins grande à ce concept (le contenu de l'équité dans la conception française n'est pas exactement celui d'*equity* en droit anglo-saxon). En *common law*, l'*equity* consiste à reconnaître au juge la faculté de formuler des règles autonomes, distinctes du droit positif, pour résoudre les difficultés imprévues ; ainsi la fonction de l'*equity* se rapproche de celle du droit prétorien. Et c'est pourquoi ce rapport droit/justice se trouve logiquement transposé dans le domaine des relations inter-étatiques, mais avec des nuances et parfois des

a priori idéologiques. Toujours est-il que les dispositions de l'article 38, paragraphe 2, du Statut de la CIJ bénéficient de la double acception *équité/equity*. Entre le juriste positiviste qui repousse l'équité au nom de la sécurité des situations juridiques et l'idéaliste qui milite pour que le droit soit toujours juste (...), il y a place pour des positions médianes qui accordent au principe d'équité un rôle correcteur, disons supplétif et plus ou moins quantifiable, de la règle de droit positif. Il est, somme toute, un moyen fort utile de corriger non seulement la rigueur mais aussi la rugosité de la règle de droit ; il n'est pas, en soi, une source de droit.

Il nous semble qu'à l'heure actuelle le débat théorique se situe dans ces limites. D'autant que l'effacement (on ne dira pas l'effondrement, ce qui serait tirer un trait sur l'avenir) de l'idéologie marxiste dans les relations internationales ne conforte pas ou plus les analyses en termes de rapports de forces, d'antagonismes et de contradictions. Même si les faits sont têtus.

Tout cela confirme que l'idéal d'équité en droit international entretient l'ambiguïté du concept sur le plan des sources du droit international.

2. En revanche la pratique internationale contemporaine témoigne d'un appel à l'idée d'équité et même de « plus grande » équité si l'on peut dire – dans les rapports internationaux.

Depuis le Statut adopté en 1920, la Cour internationale de Justice peut (art. 38, par. 2) « statuer *ex aequo et bono* » (c'est-à-dire en équité) si les parties en conviennent. Aucun arrêt de la CPIJ et de la CIJ n'a encore été rendu sur cette base, mais plusieurs arrêts récents ont fait état de nécessaires « considérations d'équité » pour une application raisonnable du droit. Par ailleurs, l'arbitrage international (où les parties au procès choisissent en définitive leurs juges) se prête beaucoup plus à ce type de règlement. La jurisprudence internationale arbitrale en donne l'illustration.

On notera aussi que le droit conventionnel contemporain, qu'il s'agisse de la Charte des Nations Unies ou d'autres traités multilatéraux, font une référence voire une place plus ou moins précise à l'équité et, ce qui revient au même ou presque, à la condamnation de l'abus de droit. C'est notamment le cas dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme (1966) ; dans le nouveau droit de la mer (*cf. infra*) en ce qui concerne le plateau continental et la gestion des fonds marins, et dans le domaine du droit international économique et du droit du développement.

À force d'insister sur le vocabulaire (équité, équitable), la formulation de ces sentences arbitrales et autres dispositions conventionnelles devrait faire éclore une nouvelle « culture juridique » (et donc source) internationale.

La référence à l'équité et aux principes équitables dans le droit positif et la jurisprudence amène à faire l'observation suivante : la recherche d'une solution équitable, caractérisée par le souci d'opportunité dans l'ajustement des prétentions n'est qu'une stricte application des méthodes d'interprétation de la règle de droit. En toute hypothèse il revient à la juridiction internationale de constater le caractère équitable des conclusions formulées.

Cela étant il faut bien constater qu'en dehors de l'hypothèse de l'article 38, paragraphe 2, la référence au concept d'équité relève de la logique de politique juridique dans le cadre du développement progressif du droit international beaucoup plus que de la réalité politico-juridique contemporaine. Et pourtant l'augmentation croissante des inégalités dans le monde contemporain, notamment entre pays du Nord et pays du Sud, n'a jamais autant mis en relief l'exigence d'une plus grande justice entre les nations.

SECTION II : LA DÉFINITION DE LA NORME INTERNATIONALE : RIGUEUR ET ÉLASTICITÉ

Les mécanismes de la formation du droit international ne sont pas toujours faciles à déterminer. Par leur diversité, et sous l'effet des objectifs poursuivis par le milieu international, ces mécanismes accumulés contribuent à augmenter (ou plutôt « gonfler ») le volume de la norme internationale mais parallèlement à en différencier le contenu. À la limite il peut n'être pas aisé, dans un cas précis, de dégager le droit international positif applicable, quoique dise l'article 38 précité.

1. À l'incertitude occasionnelle qui s'attache à l'existence ou au contenu exact de ces sources classiques, que sont la coutume internationale et les principes généraux de droit, s'ajoute, désormais, l'incertitude liée (souvent) aux techniques nouvelles qui se veulent porteuses dans une certaine mesure d'obligation juridique.

Ce phénomène, en soi très intéressant sur le plan de la formation et de l'évolution du droit international public, est dû principalement à la multiplication et à la diversification des organisations internationales ainsi qu'à l'extension concomitante du « droit international du développement » qui affine ses propres techniques en vue des résultats souhaités, c'est-à-dire d'une **finalité**.

Reste, du point de vue source du droit, la question suivante : quelle est la force juridique (ou si l'on préfère quel est le degré d'engagement d'un sujet de droit international dans cette situation) d'une résolution d'une organisation internationale portant obligation de faire... « autant que possible » ? de l'observation de « standard minimum », ou de « programmes », ou de « codes de conduite » ? Et quel est le degré de force juridique lorsque ces prescriptions sont formulées – cela n'est pas rare – non pas au présent de l'indicatif mais au futur, voire au conditionnel ? La concordance et la convergence de certaines dispositions n'amènent-elles pas à se demander si on a pas à faire à l'éclosion de principes en voie de consolidation juridique, qu'il serait difficile d'ignorer purement et simplement au nom du formalisme volontariste ?

2. Il n'y a pas lieu de s'étonner outre mesure de ces difficultés contemporaines à cerner et à graduer, le cas échéant, la règle de droit international. Le volontarisme

pur et dur qui caractérise normalement les rapports bilatéraux et donne toute sa rigueur à la norme internationale issue de ce type de traité (*cf. supra*) n'a plus sa place dans un système multilatéral (mondial) où il s'agit d'essayer d'harmoniser – autant que possible et « équitablement » – des intérêts et des situations au départ très différents. D'où la multiplication des procédures telles que les réserves dans les traités multilatéraux et autres techniques évoquées ci-dessus. Du coup, il convient, en chaque cas d'espèce, de distinguer entre obligation de résultat, obligation de moyen et obligation de comportement. En d'autres termes, il y a des domaines du droit international contemporain où, par la force des choses et des situations, la règle de droit devient nécessairement flexible et la réalité internationale interpellation du dogme du positivisme volontariste. C'est, selon la formule connue le *soft law*, qui se situe aux frontières du droit proprement dit et du droit en gestation.

En réalité les États contemporains, petits et grands, se trouvent souvent confrontés dans l'exercice de leur souveraineté à deux difficultés. L'une consistant à savoir, à l'occasion d'un différend, quelle est la source de droit international positif applicable. Et l'autre, à dégager si possible le degré de force juridique des différentes « normes » en situation : du *jus cogens* ou norme impérative de droit international au *soft law* il y a une vaste échelle de valeur qui va du droit au non-droit en passant par le quasi-droit...

C'est une situation qui ne peut pas satisfaire le juriste positiviste soucieux à juste titre de clarté et de rigueur. Mais c'est une situation qui reflète les multiples enjeux des rapports internationaux contemporains et qui est, sans doute, le signe d'un « droit international en devenir ».