

M. Guy LADREIT de LACHARRIÈRE

Directeur des Affaires juridiques
au Ministère des Affaires étrangères

TENDANCES CONTRADICTOIRES EN MATIÈRE DE CONSENTEMENT DES ÉTATS

Le présent rapport se propose de décrire le caractère contradictoire des tendances constatées, durant ces dernières années, en matière de consentement des Etats à la formation du droit international, c'est-à-dire sur le point de savoir si un Etat peut être soumis à des règles juridiques auxquelles il n'a pas consenti.

Ces contradictions portent sur le rôle du consentement dans les divers procédés d'élaboration du droit international aussi bien que sur l'importance relative que ces procédés, faisant au consentement des places différenciées, doivent avoir dans la vie internationale contemporaine.

Elles se constatent à partir

— des énoncés de principes portant directement ou indirectement sur le problème considéré ;

— des formulations partielles et des conduites implicites.

Elles s'expliquent par divers facteurs tenant à la diversité des situations concrètes des Etats et à leur attitude à l'égard de la cohérence juridique.

I

ÉNONCÉS DE PRINCIPES PORTANT DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT SUR LE PROBLÈME CONSIDÉRÉ

Si les déclarations énonçant les principes fondamentaux devant régir relations internationales, adoptées en grand nombre sur le plan multilatéral (régional ou universel) et bilatéral durant les dernières

années, ne comportent pas de principe portant directement sur le rôle du consentement des Etats dans la formation du droit international en général, on y relève en revanche plusieurs principes qui intéressent implicitement mais fort clairement ce consentement.

1° Les principaux de ces principes sont très favorables à l'exigence de ce consentement :

— principe de l'égalité souveraine entre les Etats, dont la liberté du consentement paraît le corollaire,

— principe de non-recours à la force, qui exclut une alternative au consentement,

— principe de non intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un Etat, qui garantit l'autonomie du consentement pour toute cette catégorie d'affaires, définie de façon très large.

Ces principes ont trouvé dans certaines résolutions des Nations Unies des formulations détaillées et, du reste, radicales. Il en est ainsi de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales entre les Etats et la coopération entre les Etats [résolution 2625 (XXV)].

Mais celle-ci ne constitue qu'un effort de définition particulièrement systématique et détaillé de principes dégagés auparavant et déjà confirmés depuis lors. Antérieurement à la Déclaration sur les relations amicales on citera, par exemple, la résolution adoptée par l'Assemblée générale en 1966 sur la non intervention. Depuis lors, le projet, encore en discussion sur de nombreux points, de Charte des droits et des devoirs économiques des Etats, a permis d'enregistrer un accord unanime des délégations pour la confirmation des principes plus haut mentionnés. Ces derniers ne paraissent pas non plus faire difficulté aux représentants à la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe.

Enfin ces principes sont très fréquemment repris sur le plan bilatéral (par exemple dans « l'énoncé de principes » adopté en octobre 1971 par MM. Pompidou et Brejnev).

Devant un accord si général et dont témoignent expressément aussi bien des conventions que des résolutions, on serait donc tenté de conclure que, lorsque les Etats cherchent à se libérer des facteurs circonstanciels et à dégager les principes généraux de leurs relations, ils le font dans des termes très favorables à la nécessité du consentement.

On serait alors conduit à penser que la contradiction, si elle existe, ne se situerait pas à ce niveau de généralité, mais viendrait de divergences sur leurs applications pratiques, de règles partielles ou de conduites concrètes qui reprendraient dans le détail et dans la pratique ce qui avait été consenti globalement et en théorie.

En fait, avant de décrire cette contradiction-là, il faut constater qu'il en existe une au niveau des principes eux-mêmes.

Elle naît de l'institution d'une catégorie de pays qui ne pourront se prévaloir des attributs de la souveraineté ainsi affirmée : les Etats qu'on peut accuser de violer le droit des peuples à s'auto-déterminer. Pour ceux auxquels on peut imputer le mépris de ce droit, surtout si ce mépris revêt la forme d'une oppression raciale et coloniale, il n'est plus question de leur reconnaître les prérogatives normales des Etats souverains : le droit à la non intervention, à l'intégrité territoriale, au libre choix de leur système social, au refus de toute obligation juridique à laquelle ils n'auraient pas consenti.

Ces dispositions exceptionnelles se sont précisées de résolution en résolution pour revêtir désormais une expression très catégorique.

Ainsi le gouvernement accusé de violer le droit des peuples à l'auto-détermination devient-il, au regard de la jouissance des droits normalement attachés à la souveraineté, assimilable à un agresseur. En conséquence, l'énoncé particulièrement catégorique du droit d'un Etat de ne se voir rien imposer par d'autres s'entend désormais sous réserve non seulement que cet Etat respecte chez lui certaines normes d'ordre interne.

De plus, cette restriction, dans l'esprit de ceux qui la font prévaloir, doit s'appliquer aux Etats même s'ils n'y ont point consenti. En effet, il n'est pas réellement soutenu que ces règles nouvelles sont contenues dans la Charte et c'est du reste le sens de l'invocation, à côté et sur le même plan que celle-ci, de simples résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptées à la majorité.

II

FORMULATIONS PARTIELLES ET CONDUITES IMPLICITES CONCERNANT LE ROLE DU CONSENTEMENT A L'ÉGARD D'UNE SOURCE PARTICULIÈRE DU DROIT INTERNATIONAL

A) Consentement et droit des traités

1° FORMULATIONS ET CONDUITES SOULIGNANT L'IMPORTANCE DU CONSENTEMENT

a) L'événement le plus notable à cet égard est l'adoption par la conférence de Vienne de 1969 du texte de la Convention sur le droit des traités. Ce texte consacre le principe de l'autonomie de la volonté et dès son préambule, constate « que le principe du libre consentement est universellement reconnu », au même titre que celui de la bonne foi

et la règle *pacta sunt servanda*. La convention tire les diverses conséquences de ce principe, en déterminant les conditions dans lesquelles cette volonté, épurée de vices divers, liera les Etats-parties et ne liera qu'eux-mêmes. La règle relative à l'absence d'effet à l'égard des tiers est particulièrement nette, cependant que les dispositions relatives à l'interprétation et aux réserves contribuent également à servir l'autonomie de la volonté des Etats.

b) La Commission du droit international, qui a préparé le texte de la Convention de Vienne, paraît devoir maintenir une attitude favorable à l'importance du consentement des Etats en rédigeant ses projets d'articles sur la succession des Etats aux traités. Son principe de la table rase récuse toute succession imposée et fait la part aussi belle que possible à la libre détermination des Etats.

c) L'évidente nécessité du consentement d'un Etat pour que celui-ci soit lié par une convention a été rappelée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du plateau continental en mer du Nord.

d) Bien évidemment, un très grand nombre de conduites étatiques s'interprètent dans le même sens.

C'est ainsi que les nombreuses conventions conclues ou en cours d'élaboration sur la pollution se refusent à admettre leur applicabilité aux pays qui n'y sont pas parties, en dépit de certains arguments techniques qui pourraient militer en faveur d'une solution contraire.

Du reste, s'agissant du droit des traités, les formulations ou conduites qui doivent retenir le plus l'attention ne sont pas celles qui expriment la nécessité du consentement, mais celles qui indiquent que le droit conventionnel pourrait se former sans lui.

2° FORMULATIONS ET CONDUITES RÉDUISANT OU NIANTE L'IMPORTANCE DU CONSENTEMENT

a) Le *jus cogens* qui intéresse le consentement des Etats par les conclusions de sa formation et par ses conséquences sur la faculté de traiter.

A propos de ce point, analysé par le rapport de l'ambassadeur Yasseen, la présente communication se limitera au minimum. C'est encore par la Convention sur le droit des traités qu'il faut commencer, et par ses articles 53 et 64.

Selon l'article 53 pour que se forme une norme impérative du droit international général, il n'est pas nécessaire que soit obtenu le consentement de tous les pays du monde. Ceux-ci seront cependant tous liés par la règle nouvelle, lors même qu'ils se seront opposés à sa proclamation, si leur opposition est considérée comme n'empêchant pas une acceptation et une reconnaissance de cette règle par « la Communauté internationale des Etats dans son ensemble ».

Il va de soi que cette notion d'un droit impératif que « l'ensemble » de la Communauté internationale peut imposer au « reste » des Etats constitue une exception majeure à l'exigence du consentement.

Le « reste » de la soustraction : totalité des Etats moins « ensemble » de ceux-ci n'est pas défini par la Convention et la composition quantitative et qualitative de ce résidu pour qu'il ne fasse pas obstacle à la reconnaissance d'une règle de *jus cogens* demeure tout à fait imprécise.

Le président de la Conférence de Vienne, le professeur R. Ago, a présenté un commentaire qui laisse entendre que le « reste » pourrait être assez large.

« Il faut, a-t-il dit, que la conviction du caractère impératif de la règle soit partagée par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale et non seulement, par exemple, par les Etats de l'Ouest et de l'Est, par les pays développés ou en voie de développement, par ceux d'un continent ou d'un autre » (1).

Dans le « Livre blanc » qu'il a consacré à ses expériences nucléaires, le gouvernement français, qui récuse la notion de *jus cogens*, a observé que même ceux qui acceptaient ce concept devaient reconnaître qu'une norme impérative ne peut naître si elle se heurte à l'opposition de la France et de la Chine, c'est-à-dire de deux membres permanents du Conseil de sécurité.

D'une manière plus générale, ce n'est pas seulement sur ce point particulier que l'incertitude demeure, mais aussi sur le sort de la notion de *jus cogens* elle-même, d'autant plus que la Convention de Vienne n'est pas encore entrée en vigueur.

Toutefois la Cour internationale de Justice a d'ores et déjà évoqué le concept de *jus cogens* et même recherché comment l'une des normes qui peuvent le composer s'appliquait à une affaire qui lui était soumise (pêcheries islandaises). Mais l'existence, admise par la Cour, de la règle de la nullité des accords conclus sous la menace ou l'emploi de la force ne paraît pas avoir joué de rôle particulier sur le règlement du conflit vietnamien, ni exercer d'influence visible sur la solution de la crise du Moyen-Orient.

Enfin, il faut mentionner l'esquisse, dans des groupements régionaux (celui des Etats américains, celui des « pays socialistes ») d'un *jus cogens* régional, au sens où certaines normes de comportement s'imposeraient aux Etats de la région considérée, qu'ils les acceptent ou non, et sans qu'ils puissent y échapper en quittant le groupement lui-même.

b) L'applicabilité d'une convention aux pays tiers a été proposée par les Etats-Unis dans le cadre de la lutte internationale contre la piraterie aérienne. Le gouvernement de Washington a tenté de faire approuver une convention qui prévoyait la possibilité de certaines sanctions à l'égard d'Etats non parties à cette convention et qui n'appliqueraient pas les dispositions des conventions de La Haye et de Montréal lors

(1) R. Ago, « Droit des traités à la lumière de la convention de Vienne », R.C.A.D.I., 1971, III, p. 323.

même qu'ils ne les auraient pas ratifiées. Puis les Etats-Unis ont admis que les sanctions ne s'appliqueraient qu'aux Etats parties à la convention qui les instituait, tout en maintenant qu'il n'était pas nécessaire que ces Etats fussent parties aux Conventions de La Haye et de Montréal pour qu'on puisse les sanctionner pour violation de ces textes. Cette tentative, sous ses deux formes, a rencontré notamment sur le plan des principes juridiques, une vive opposition de la part de certains pays dont la France et a dû être abandonnée par ses auteurs.

3° CONDUITES DOUTEUSES ET AMBIGUËS

a) *Dissociation du droit de consentir* (parfois présenté comme un devoir de consentir) *et du droit de participer à l'élaboration d'une convention.*

Les Etats se voient alors demander de consentir à une convention déjà rédigée par d'autres.

Cette dissociation peut être théorique et pratique ainsi que le montre le traité de Tlatelolco, sur la dénucléarisation de l'Amérique latine, en ce qui concerne les puissances nucléaires et les puissances non latino-américaines ayant des territoires dans la région.

Ou bien il peut s'agir d'une simple pratique, s'accompagnant d'une possibilité théorique de modifier le texte en question. Tel est le cas pour les conventions mises au point entre les Etats-Unis et l'U.R.S.S., puis présentées à des organes plus larges qui ont théoriquement un droit de modification dont ils savent qu'ils ne peuvent user en pratique que dans des limites fort étroites : conventions dans le domaine des essais nucléaires, de la non prolifération, de la dénucléarisation des fonds marins.

b) *Le consentement obtenu par ambiguïté délibérée* sur la portée de l'engagement conventionnel.

Ce procédé est illustré par les circonstances dans lesquelles l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le texte de la convention sur la protection des diplomates. Comme une grande partie des Etats ne pouvaient consentir à ce que les dispositions de cette convention s'appliquent également aux attentats commis par les mouvements de libération nationale, et comme admettre clairement une telle exception eût été inacceptable pour d'autres Etats, la « solution » a consisté à ne pas expliciter cette exception dans le texte même de la convention mais dans celui d'une déclaration dont il est précisé qu'elle est indissolublement liée à la convention et que celle-ci ne peut être citée sans être accompagnée du texte de la déclaration...

Ainsi a-t-on déjà acquis le consentement du gouvernement des Etats-Unis (auteur du compromis) et pense-t-on recueillir celui d'Etats favorables à l'entière liberté d'action du terrorisme au service d'une

juste cause, parce que ces Etats pourront affirmer que ce terrorisme là échappe aux dispositions de la convention sur la base de celles de la résolution qui y est attachée.

c) *Le problème esquivé et sa solution repoussée.*

C'est ce qu'illustrent les travaux préparatoires de la conférence du droit de la mer et, d'ores et déjà, les débats de celle-ci. En effet, il a été admis que l'objectif consistait en la conclusion d'une convention monolithique portant sur l'ensemble du droit de la mer. Ce faisant, chacun a reconnu qu'il serait essentiel que cette convention fût assurée d'une très large acceptation, s'étendant à l'ensemble des Etats du monde. Mais, en fait, on n'a pas encore débattu de ce qui se passerait dans le cas où, cet espoir ne se réalisant pas, la convention en question, tout en recueillant un nombre de ratifications fort honorable, ne serait pas acceptée par « l'ensemble » des Etats du monde.

Si cette hypothèse se réalisait, quelle serait la situation, au regard de cette convention, des Etats qui refuseraient d'être liés par elle, alors que ces Etats ne seraient pas assez nombreux ni importants pour empêcher qu'elle ne soit considérée comme acceptée par « l'ensemble » de la communauté internationale ? Le problème est d'autant plus sérieux que la convention en préparation sur le droit de la mer contiendra normalement des dispositions sur le régime du fond des mers en dehors des limites des juridictions nationales. Ces dispositions, par rapport à celles sur la mer territoriale ou le régime des archipels, posent un problème spécial : il est de leur essence d'être applicables à tous pour pouvoir fonctionner normalement. Quid de leur application aux contestataires minoritaires ?

Encore moins a-t-on envisagé l'hypothèse où le nombre des ratifications demeurerait comparable à celui qu'ont connu les conventions de 1958.

Dans ce cas-là encore, les Etats pourraient, tant bien que mal, s'accommoder de la situation en ce qui concerne de nombreuses dispositions mais non pas pour celles qui touchent au « patrimoine commun de l'humanité ».

A l'heure actuelle, la solution du problème de l'effet relatif ou non des traités de cette nature (ou adoptés dans ces conditions) a été purement et simplement repoussée, cependant que la conscience des difficultés trop prévisibles a seulement eu pour effet de fournir une argumentation particulière solide aux partisans de l'adoption par consensus de la convention en question.

d) *Hésitations quant aux procédures d'adoption des amendements à certaines conventions.*

L'O.M.C.I., à propos aussi bien des conventions en vigueur et dont elle est dépositaire que de celles qu'elle est en train de conclure, a tenté de faciliter l'adoption et l'entrée en vigueur des amendements à ces conventions.

En ce qui concerne l'entrée en vigueur, le désir d'accélérer une ratification qui n'est encore jamais intervenue avant deux ans a conduit certains pays à préconiser des procédures tendant à solliciter vigoureusement le consentement des Etats.

En effet, selon certaines délégations (Etats-Unis, Canada, Grande-Bretagne) ce résultat pourrait être atteint en prévoyant l'acceptation tacite des amendements par les Etats, autorisés seulement à bénéficier de certaines sauvegardes durant une période limite à l'issue de laquelle ils devraient se conformer à la convention ou cesser d'en faire partie.

En revanche, un groupe de pays, dont la France et l'Espagne, se prononçaient pour une conception traditionnelle, refusant qu'un amendement soit opposable à un Etat qui aurait élevé une objection contre lui.

Depuis lors, pour deux conventions adoptées en 1972 (pour prévenir les abordages en mer, sur la sécurité des conteneurs) un amendement remplace la disposition précédente pour tous les gouvernements contractants sauf pour ceux qui y ont fait objection (étant entendu que l'objection peut n'être pas possible pour certaines questions « majeures »). Enfin pour la convention de 1973 sur la prévention de la pollution, l'amendement comporte un droit d'objection ou la nécessité d'une approbation explicite selon la nature du texte amendé. Finalement, semble-t-il, l'O.M.C.I. va systématiquement réviser ses « anciennes » conventions selon cette dernière formule, respectueuse du consentement des Etats.

Mais les dispositions relatives à l'adoption elle-même des amendements ont vu se manifester des tendances nettement plus hostiles à la doctrine classique.

La décision devait-elle être prise par un vote de l'Assemblée de l'Organisation, et donc également par les Etats non parties à ces conventions, solution conforme à la pratique de l'O.M.C.I. ? Devait-on donner également à l'Assemblée le droit de vote sur l'amendement aux Etats parties à la convention qui ne sont pas membres de l'O.M.C.I. ? C'est la solution adoptée par la Convention sur la sécurité des conteneurs. Enfin certains proposaient de restreindre, en Assemblée, le droit de vote sur l'amendement aux seuls Etats contractants. C'est la procédure retenue par la Convention de 1973 sur la prévention de la pollution.

Si l'on tient compte des dispositions résumées plus haut relatives à la sanction du refus par un Etat des amendements adoptés, on voit que la première solution autorise une Assemblée fort différente de celle des parties contractantes d'une convention à exclure du bénéfice de celle-ci des Etats qui, eux, y étaient parties. Quant à la seconde méthode, elle ne corrige que sur un point seulement les défauts de la première.

Seule la troisième respecte « classiquement » le consentement des Etats. Ce n'est donc que parce que l'O.M.C.I. ne paraît pas avoir fixé définitivement son choix que ces indications figurent sous la rubrique des « conduites ambiguës ».

e) Bien que la présente communication porte sur le rôle du consentement dans la formation du droit international, et non pas sur l'étendue des limitations de leur souveraineté auxquelles les Etats jugent opportun de consentir, il n'est pas illégitime de mentionner *certaines polémiques actuelles relatives à l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique pour la télévision directe par satellite.*

En effet, le problème du consentement d'un Etat aux émissions étrangères se pose de deux façons : à propos des émissions qui lui sont expressément destinées et à propos de celles qui proviennent de « débordements » techniques non intentionnels.

Deux tendances s'y constatent : la restrictive, celle des Etats qui veulent limiter au maximum les débordements involontaires et soumettre les émissions intentionnelles au consentement des Etats « couverts », et la tendance libérale, exprimée par les gouvernements fort indulgents à l'égard des débordements, qui souhaitent restreindre considérablement la possibilité pour un Etat de faire obstacle aux émissions intentionnelles, notamment en matière d'information.

La polémique se déroule actuellement. Sans doute, porte-t-elle sur le contenu d'un engagement conventionnel à conclure et non sur la liberté des Etats de souscrire ou non cet engagement. Toutefois, même sous cet aspect, elle illustre assez bien la contradiction entre les diverses approches à l'égard de la souveraineté des Etats dans un domaine particulier.

En outre, ce n'est pas pour rien que, faisant valoir leurs points de vues contradictoires, les Etats s'opposent sur la liste des textes de droit positif déjà applicables, les « restrictifs » invoquant surtout la Charte des Nations Unies (outre le Traité sur l'espace et la Charte de l'U.I.T.), cependant que les « libéraux » y ajoutent la Déclaration des droits de l'homme. Par là, ils entendent que la matière est déjà largement déterminée ; seulement pour les uns, c'est par le principe de souveraineté des Etats et, pour les autres, par celui de la liberté de l'information.

Dès lors le consentement à une réglementation conventionnelle ne pourrait être donné que pour tirer certaines conséquences concrètes de ces principes, et non pour les contredire. En outre, si ce consentement était refusé, le régime juridique applicable à de telles émissions serait en tout état de cause défini pour l'essentiel (bien que d'une manière évidemment opposée d'un groupe d'Etats à l'autre).

B) Consentement et coutume

Au sujet de la coutume, étudiée par le rapport du professeur Charpentier, l'objet de la présente communication conduit à distinguer le consentement à la coutume interétatique classique et le consentement à la coutume en liaison avec les organisations internationales.

A l'égard de la coutume interétatique classique, la Cour internationale de Justice a déclaré, dans l'affaire du plateau continental en mer du Nord que, pour qu'une règle soit reconnue comme coutumière, il fallait notamment que la pratique en question soit le fait « des Etats y compris ceux qui sont particulièrement intéressés » (2).

On peut donc en déduire l'opposabilité d'une coutume à celui qui l'aurait refusée. De plus, on doit se demander, au cas où cet opposant serait l'un des pays « particulièrement intéressés », si son opposition n'aurait pas pour conséquence non seulement de rendre cette coutume inopposable à lui-même, mais aussi d'empêcher la formation de la coutume, du moins en tant que coutume générale.

Mais les organisations internationales viennent compliquer le problème.

Certes, les positions prises par les Etats dans ces organisations, y compris les votes qu'ils émettent, peuvent simplement contribuer, au même titre que d'autres conduites étatiques, à faire reconnaître à la pratique en question les caractéristiques classiques d'une coutume internationale.

Mais la complexité commence avec le rôle qui serait attribué aux résolutions adoptées.

Si l'on se rapporte à l'opinion de la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif sur la Namibie, sur la valeur de l'abstention d'un membre permanent du Conseil de sécurité, « la procédure suivie par le Conseil de sécurité, qui est demeurée inchangée après l'amendement apporté à l'article 27 de la Charte en 1965, a été généralement acceptée par les membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique globale de l'organisation » (3). Or, comme l'on sait, cette pratique avait été critiquée par l'Afrique du Sud et surtout par le Portugal de façon claire et détaillée.

Dans ce cas, donc, qui n'est pas subalterne puisqu'il porte sur une disposition fort claire de la Charte des Nations Unies, la Cour a considéré qu'une coutume peut modifier un traité et s'imposer même aux Etats qui y ont constamment objecté.

Il est vrai que la Cour a pris la précaution de faire état d'une « pratique générale de l'Organisation » et non d'une pratique générale des Etats. Mais peut-on attribuer une importance fondamentale à cette distinction lorsqu'il s'agit de l'O.N.U. ? Imagine-t-on, à propos de l'interprétation d'un des principes de droit international, d'une part une coutume s'établissant classiquement (et donc inopposable aux Etats qui l'on refusée) et de l'autre une « coutume de l'Organisation », établie par voie de résolutions, et qui serait opposable même aux pays qui y ont fait objection ?

On peut se demander s'il convient vraiment de tenter d'accrocher de telles conduites des organisations internationales à la notion de

(2) *Recueil*, 1969, p. 43.

(3) *Recueil*, 1971, paragraphe 22.

... nous semble soulever de considérables problèmes. En un après avoir rédigé la Charte, l'Assemblée générale de la Cour a été caractérisée en faveur de la licéité de la pratique. Les Etats plus réalistes n'ont pas voulu reconnaître une telle tendance s'est exercée par l'instantanéité de la formation de la coutume. Elle se différencierait du droit conventionnel à ce qui se produit au sein des organisations internationales. Cette réglementation votée (mis à part les sanctions du Conseil de sécurité) ne peut être un « droit dérivé », adossé à la base.

En fait, les progrès de ce pouvoir conventionnel ont entraîné le recul de la règle du consentement. Les principes applicables (même si on caractérise le passage du consentement au droit étatique de cause, c'est sous une rubrique qui doit figurer l'analyse des tendances de la source de droit.

Le consentement et les autres sources

1° LES DÉCISIONS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

L'appui des progrès d'un pouvoir quasi-législatif par l'Assemblée générale des Nations Unies a entraîné l'adoption de quelques procédures nouvelles par l'Organisation et qui impliqueraient une telle modification de la Charte : ainsi, outre l'abstention sans vote en 1973 par les cinq membres permanents, la procédure de la résolution 377 de l'Assemblée générale de la Cour internationale de Justice, adoptée dans le domaine de la sécurité internationale, a été considérée par un grand nombre d'Etats comme un acte quasi-législatif.

(4) *Falk*, « On the quasi-legislative character of the resolutions of the Security Council », *Vol. 60, n° 4, octobre 1966, p. 72*.

coutume. Cela nous semble soulever de considérables difficultés. Se peut-il par exemple qu'en 1946, les membres permanents du Conseil de sécurité, un an après avoir rédigé la Charte, aient tous nourri une *opinio juris* caractérisée en faveur de la licéité de leur position sur l'abstention ? Se peut-il qu'ils n'aient même pas eu ce doute qu'un avis consultatif de la Cour pouvait aisément dissiper ?

Il nous semble plus réaliste de reconnaître que, depuis les débuts des Nations Unies, une forte tendance s'est exercée (pas toujours de la part des mêmes Etats) pour doter les organes délibérants supérieurs d'un pouvoir quasi-législatif et même quasi-constituant.

Cette source spécifique de droit international serait distincte de la coutume par l'instantanéité de la formation de la règle juridique et surtout, ce qui intéresse le présent rapport, par la possibilité d'opposer une règle même aux Etats qui ont refusé leur consentement à sa proclamation. Elle se différencierait du droit conventionnel dans la mesure où, contrairement à ce qui se produit au sein des Communautés européennes, cette réglementation votée (mis à part des cas exceptionnels tels que ceux de sanctions du Conseil de sécurité par exemple) ne pourrait prétendre être un « droit dérivé », adopté en application d'un traité de base.

De ce fait, les progrès de ce pouvoir correspondraient automatiquement à un recul de la règle du consentement de chaque Etat aux règles qui lui sont applicables (même si on caractérise cette évolution comme étant celle du passage du consentement au consensus) (4).

En tout état de cause, c'est sous une rubrique spécifique qu'il nous paraît que doit figurer l'analyse des tendances récentes à l'égard de cette source de droit.

C) Le consentement et les autres sources du droit international

1° LES DÉCISIONS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

A l'appui des progrès d'un pouvoir quasi-constituant et quasi-législatif exercé par l'Assemblée générale des Nations Unies, on peut citer d'abord l'adoption de quelques procédures désormais couramment utilisées par l'Organisation et qui impliqueraient nettement une révision de la Charte : ainsi, outre l'abstention sans valeur de veto (pratiquée pour la première fois en 1973 par les cinq membres permanents, simultanément) le mépris tout à fait courant de l'article 12 de la Charte, l'utilisation de la procédure de la résolution 377 (V).

De plus l'Assemblée générale des Nations Unies a, dans une période récente, adopté, dans le domaine de la décolonisation, des résolutions qui sont considérées par un grand nombre de pays comme ayant déter-

(4) Falk, « On the quasi-legislative competence of the General Assembly », *A.J.I.L.*, vol. 60, n° 4, octobre 1966, p. 785.

miné les principes applicables en la matière, au besoin en vertu de la Charte sans utiliser la procédure prévue par l'article 108, ayant fait application de ces principes à des cas concrets (spécialement à propos des territoires portugais, de la Rhodésie, et de l'Afrique du Sud). Enfin comme il a été rappelé, la Cour internationale de Justice, sur son avis consultatif sur la Namibie, entériné ce pouvoir de l'Assemblée.

Des organisations de la famille de l'O.N.U., suivant l'exemple des libertés prises par l'Assemblée générale avec la Charte, ont subi des expulsions que leurs textes constitutifs n'autorisaient pas.

Ainsi le système des Nations Unies, avec ses procédures quasi-parlementaires, s'est substitué au système interétatique classique, à ses méthodes d'interprétation des traités, et à ses procédures diplomatiques. Ce phénomène ne s'observe plus que dans un seul domaine : ce qui concerne la décolonisation, dont on a eu l'occasion de dire que, même au regard des principes, il est traité comme une exception au régime juridique classique. Hormis ce domaine important mais particulier, le système de l'O.N.U. serait bien en peine de faire état de pareils résultats. Il reste des grands problèmes internationaux. En ce qui concerne les problèmes de la paix et de la sécurité internationales, les tentatives de solution de la crise du Moyen-Orient illustrent, mieux même que le règlement du conflit indochinois, l'effacement du système de procédures expressément mis à l'écart après tentative faite pour le faire fonctionner et auquel on a préféré un retour aux méthodes classiques.

A cet échec très éclatant des méthodes quasi-parlementaires dans le domaine de la mission essentielle de l'O.N.U., on peut rattacher, dans d'autres domaines moins dramatiques, un certain nombre de conduites inadéquates.

a) C'est ainsi que, pour de nombreuses matières, l'Assemblée générale, se proposant d'établir des règles de droit, a bien manifesté l'utilisation qu'elle a faite de la résolution ou de la convention dans les cas et selon le stade de l'évolution du processus de création de normes juridiques, les limites qu'elle attribuait elle-même à la portée juridique de ses résolutions.

C'est devenu une procédure classique de l'Assemblée générale de commencer, dans un domaine déterminé, par adopter une résolution, pour, sur cette base, préparer ultérieurement le texte d'une convention. Ainsi a-t-elle procédé, par exemple, pour les droits de l'homme, pour les armes nucléaires, l'espace extra-atmosphérique, le droit de la mer, le droit de l'environnement. Mais l'effort fait pour incorporer dans les conventions les dispositions qui sont déjà dans des résolutions, et les difficultés que ces efforts rencontrent, illustrent bien la distinction clairement perçue entre la valeur juridique d'une disposition lorsqu'elle est incorporée dans une résolution ou dans une convention. Ainsi, par exemple, les rédacteurs du projet de Charte des droits et devoirs économiques des Etats ont discuté assez longuement du problème de savoir si cette Charte devait, en tout cas dès sa première version, constituer une « déclaration » (dénomination noble d'une résolution) ou une convention. Les délégations ont été très conscientes de ce qu'

fait qu'il s'agirait seulement d'une déclaration faciliterait la prompte approbation de dispositions qui, si elles devaient faire partie d'une convention, donneraient lieu à un examen beaucoup plus strict.

b) D'autre part, la différence qui se constatait entre le procédé conventionnel et le procédé quasi-législatif fondé sur la volonté majoritaire tend à diminuer dans la pratique, par élargissement du consentement requis.

Le signe le plus net peut en être trouvé dans l'extension à de nombreux domaines de la substitution de la règle d'adoption des textes par consensus à la règle d'adoption à la majorité (simple ou des deux tiers). Avec le changement intervenu dans la composition des Nations Unies, on a pris conscience du caractère inadéquat de la règle majoritaire. On se souvient de la tentative faite par la C.N.U.C.E.D. pour empêcher le groupe des 75, puis des 77, de traduire en résolutions inefficaces sa majorité automatique. Désormais, l'Assemblée générale, plus particulièrement dans le domaine économique (ainsi qu'en témoigne la résolution sur la Stratégie internationale du développement), mais en vérité d'une manière bien plus générale, semble avoir compris que les dispositions incluses dans des textes de ce genre ne sont pas opposables à ceux qui ne les ont pas acceptées. Cette prise de conscience, du reste, ne favorise pas seulement les compromis authentiques : aussi bien peut-elle engendrer (comme pour les conventions) l'ambiguïté délibérée.

Mais, pendant un certain temps, elle ne s'est marquée que par une pratique qui n'empêchait pas les règlements officiellement en vigueur de continuer à prévoir la règle majoritaire. Or la préparation et les premiers débats de la Conférence sur le droit de la mer ont provoqué une importante évolution : d'une part, en reliant logiquement la nécessité du consensus à la nécessité d'une convention ultérieure à très large participation, et, de l'autre, en amenant la notion de consensus à quitter le domaine de la simple pratique pour accéder à celui du règlement.

Ce problème n'est pas encore résolu au moment où le présent rapport est rédigé mais il apparaît cependant fort probable que, de toute manière, le concept de consensus trouvera sa place dans le règlement de cette conférence si ce règlement indique dans quelles conditions on reviendra à la règle de la majorité. Pour décider si on devait renoncer à la règle du consensus, l'U.R.S.S. a du reste proposé que le vote soit pris à la majorité des 9/10, cependant que d'autres pays suggéreraient plus modérément des majorités des 2/3 renforcées par divers systèmes de comptabilisation. Clairement, en tout état de cause, la règle majoritaire apparaîtra désormais si jamais on y a recours, comme un pis-aller qui ne laissera rien augurer de bon quant au sort de la convention adoptée selon cette procédure.

Par ailleurs, la Conférence mondiale sur la population aura peut-être aussi un règlement prévoyant le consensus pour certaines questions importantes, si du moins la proposition faite par le Brésil, l'Inde et la Roumanie est acceptée (5).

(5) Doc. E/CN.9/L.111 du 6 mars 1974.

Certes, cette évolution est récente. En 1969 encore, la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoyait la majorité des 2/3 comme règle de droit commun.

Mais cette répugnance à se contenter d'un consentement majoritaire à élargir ce consentement et, si possible, à le rendre unanime est fort générale. On peut lui rattacher le fait qu'au Fonds monétaire international le pouvoir de veto qui appartenait autrefois aux seuls Etats-Unis a été également reconnu à l'ensemble des gouvernements de la Communauté économique européenne (avant même qu'ils ne soient 9) cependant, que les compétences conférées au Groupe des Vingt assurent déjà une meilleure participation du tiers-monde à l'élaboration des grandes décisions du Fonds. Ou encore, on évoquera le sort réservé dans la pratique de la Communauté économique européenne à la règle de la majorité qualifiée, délaissée au profit de l'unanimité toutes les fois que des intérêts très importants d'un Etat membre sont en jeu.

2° LES DÉCISIONS DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

A) *Consentement des Etats et compétence des juges internationaux*

Dans ce domaine, deux sortes de tendances sont intéressantes : celle des Etats en matière de délégation à des juges internationaux de la compétence pour interpréter les règles juridiques, avec ce que cette faculté comporte de possibilité de modifier les règles en question ; celle des juges à l'égard du consentement donné à leur compétence.

On peut admettre que, quelle que soit la rigueur avec laquelle les juges remplissent leurs fonctions, la généralisation de leur compétence correspondrait à un affaiblissement du rôle du consentement des Etats, en ce sens que ceux-ci seraient de plus en plus dessaisis de la prérogative qui est actuellement la leur de dire eux-mêmes quelle est la portée de leur consentement. Le consentement donné ne serait plus celui que les Etats disent avoir donné mais celui que les juges diraient que les Etats ont donné.

a) De la part *des Etats*, on peut noter comme marques d'une tendance favorable aux pouvoirs des juges :

L'attribution à la Cour internationale de Justice, par la Convention de Vienne sur le droit des traités, de la compétence pour statuer sur les contestations relatives à l'existence d'une règle de *jus cogens*. Ce droit semble d'autant plus important qu'il s'agit de différends dans lesquels la distinction entre la constatation par la Cour du droit existant et sa contribution à la création d'un droit nouveau risque fort de s'estomper ; les clauses de règlement des différends d'un grand nombre de conventions techniques (pollution, etc.) qui attribuent compétence à la C.I.J. ; la demande d'avis consultatif adressée par le Conseil de Sécurité à la C.I.J. dans l'affaire de la Namibie ; les projets de tribunal de la mer dans la convention qu'élabore la conférence du droit de la

mer ; le grand nombre d'Etats ayant accepté le système d'arbitrage de la B.I.R.D. (le C.I.R.D.I.) pour les différends relatifs aux investissements entre un Etat et un investisseur privé.

A l'inverse, il est aisé d'accumuler les marques d'une relative désaffection des Etats à l'égard des juridictions internationales. En ce qui concerne la C.I.J., cette liste comporterait les indices suivants :

— Le nombre des déclarations unilatérales d'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour ne s'augmente pas et, en proportion du nombre des Etats membres des Nations Unies, diminue. Il ne fait plus qu'un tiers de ces Etats. La France vient de retirer sa déclaration unilatérale sur la base de l'article 36 § 2 et, désormais, des réserves françaises rejoindront celles des pays socialistes à l'égard des clauses des conventions donnant compétence à la Cour internationale de Justice.

— Lorsque les Etats liés par des déclarations unilatérales modifient leurs réserves, c'est pour en augmenter l'étendue (Canada, El Salvador) ;

— Des Etats dénie la compétence de la Cour en dépit de l'opinion différente de celle-ci (Islande, France) ;

— Les mesures conservatoires indiquées par la Cour internationale de Justice dans deux affaires récentes ont paru sans influence sur les conduites des gouvernements auxquels elles s'adressaient ;

— L'avis consultatif sur la Namibie a conforté l'opinion de ceux qui jugeaient déjà opportune et licite l'action des Nations Unies à l'égard de ce territoire mais il ne semble pas avoir, en tant que tel, influencé les conduites de ceux qui en tenaient et en tiennent toujours pour la thèse inverse.

Mais la défaveur du juge international ne se limite pas à celle qui concerne la juridiction de La Haye. Si de nombreux pays ont théoriquement accepté la compétence du C.I.R.D.I., on ne connaît encore qu'une seule affaire qui lui ait été soumise. Les pays en voie de développement expriment vigoureusement à l'O.N.U. (et notamment au sein du comité sur la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats) leur opposition à l'idée même qu'un juge international puisse avoir à connaître de litiges sur des nationalisations ou en général sur l'exercice par un Etat de sa souveraineté sur ses ressources naturelles. Dans les travaux en cours à Genève, au sein de la C.S.C.E., le projet suisse de règlement judiciaire obligatoire des différends « justicables » a rencontré une opposition très nette et très générale.

b) Quant à l'attitude des *juges* à l'égard du consentement donné par les Etats à leur compétence, le fait marquant est le refus de la Cour internationale de Justice de se déclarer manifestement incompétente dans l'affaire des essais nucléaires français. Compte tenu de ce que les mesures conservatoires indiquées par la Cour ne prennent pas pour base l'article 33 de l'Acte général d'arbitrage mais l'article 41 du Statut de la Cour, il faut conclure que celle-ci n'a pas rejeté immédiatement l'argumentation des demandeurs quant à la réserve française de 1966, cependant fort précise. Selon l'opinion du gouvernement français, cette

conduite revient à une tentative de la Cour, quelle que soit sa décision finale sur sa compétence, pour imposer, temporairement du moins, cette compétence à un Etat dans un cas pour lequel cet Etat avait par avance très nettement réservé son entière liberté.

B) *Attitude des juridictions internationales à l'égard du droit applicable*

Ces juridictions vont-elles trancher les différends sur la base du droit positif, et donc, par définition, du droit auquel les Etats parties auront déjà normalement consenti (quitte à y introduire la seule nouveauté qui correspond à une approbation à un cas particulier), ou iront-elles jusqu'à créer des normes nouvelles (même si elles prétendent se borner à expliciter une règle juridique déjà inconsciemment acceptée) ?

Sur ce point, la minceur de la jurisprudence internationale ne fournit pas d'indications. En fait les affaires qui pourraient apporter la réponse la plus intéressante sont actuellement en instance : ce sont celle déjà évoquée qui oppose l'Australie et la Nouvelle-Zélande à la France devant la Cour internationale de Justice à propos des essais nucléaires français et celle qui oppose la Grande-Bretagne et la République fédérale d'Allemagne à l'Islande.

A propos de nos essais nucléaires, les demandeurs soutiennent notamment que les principes de souveraineté et d'intégrité territoriale des Etats leur permettent de faire déclarer illicite au regard du droit international toute irradiation de source étrangère affectant leur territoire ou leur population, si minime soit cette irradiation, et si improbable le risque de dommage, pour autant que cette irradiation n'aurait pas fait l'objet d'un consentement exprès.

Comme ces prétentions ne trouvent de fondement, bien entendu, ni dans le droit conventionnel, ni dans la coutume, qui témoigne de la pratique inverse (aucune autorisation n'ayant été demandée aux pays tiers par les autres puissances nucléaires ni par l'Australie pour leurs expériences atmosphériques nucléaires) il faut bien conclure que les demandeurs incitent la Cour à dégager une norme nouvelle du droit international. La suite de la procédure (si elle va jusqu'à un arrêt sur le fond) dira si cet appel a été entendu.

Dans l'intervalle, cette même Cour internationale de Justice se voit avertie par la Grande-Bretagne dans l'affaire des pêcheries islandaises, des limites de la fonction judiciaire. Cet avertissement revêt, dans le mémoire britannique sur le fond, paragraphe 299, la forme d'une citation de Sir Hersch Lauterpacht dans « The development of International Law by the International Court » : « Les tribunaux ne peuvent pas, dans les domaines qui intéressent les Etats, expérimenter ou innover aussi facilement que dans ceux qui intéressent des particuliers. Si les gouvernements ne sont pas disposés à confier des pouvoirs législatifs

à des organismes composés de leurs représentants autorisés, ils ne seront pas prêts à autoriser ou à tolérer l'exercice de pareilles activités par un tribunal à qui son statut enjoint d'appliquer le droit existant ».

Il est vrai que la Grande-Bretagne nuance la portée de cet avertissement en faisant ressortir que, dans le cas actuellement soumis à la Cour, le danger spécifique serait qu'elle accepte et applique « une pratique minoritaire comme étant le droit et qu'elle le fasse à la veille d'une conférence internationale qui va délibérer de ces problèmes ».

Les limites de la présente communication ne permettent pas de traiter de l'interprétation téléologique des traités communautaires par la Cour de Justice des Communautés.

III

FACTEURS EXPLICATIFS

Les contradictions ci-dessus relevées existent entre les positions générales prises par les différents Etats, qui découlent essentiellement de la diversité des appréciations portées par eux sur leurs situations concrètes, et entre les positions particulières d'un même Etat qui relèvent éminemment de son attitude à l'égard de la cohérence juridique.

A) Positions générales contradictoires entre Etats et diversité de leurs situations concrètes

Sans doute, dans la définition de leur position générale en matière de consentement au droit international, les Etats sont tous influencés par les mêmes caractéristiques de la société internationale actuelle.

Mais ces caractéristiques n'imposent aucune conclusion précise dans le domaine considéré.

Ainsi le resserrement des liens entre nations, et le développement de la solidarité mondiale font prendre conscience de l'opportunité de réglementations universelles si l'on veut éviter que la non-participation de quelques uns ne ruine le dessein commun. Par là, se trouve alimentée une tendance à l'extrapolation des institutions étatiques sur le plan international et donc aux procédures de contrainte des contestataires au nom de la volonté générale.

Mais, à l'inverse, l'hétérogénéité de la communauté internationale, en termes de systèmes politiques ou de niveaux de développement, conduit

les Etats à insister sur leurs différences qualitatives irréductibles et à rejeter une règle majoritaire qui ne peut jouer qu'entre entités se reconnaissant pour fondamentalement semblables.

De surcroît, à l'heure actuelle, cette règle majoritaire est indissolublement liée au principe « un Etat, une voix ». En conséquence, le pouvoir de décision dans la société internationale ainsi définie serait complètement détaché des rapports réels de puissance comme du souci d'assurer aux individus une part à peu près égale dans la conduite des affaires du monde ; son acceptation ne saurait donc s'imposer ni selon la logique de la puissance des Etats ni selon celle de l'égalité des hommes.

En une telle conjoncture, le facteur déterminant du choix d'un pays à l'égard de l'importance qu'il attache au consentement découlera des particularités de sa situation concrète et de l'appréciation qu'il porte sur elles. L'analyse s'effectuera en termes de volontés d'Etat déterminés qui vont ou non pouvoir contraindre, selon les formules adoptées, celles des autres, voire celle d'un autre.

1° La diversité tient d'abord à la division entre Etats « anciens » et « nouveaux ». De nombreux travaux ont désormais analysé les vues des nations qui viennent d'accéder à l'indépendance : elles trouvent un droit international à la formation duquel, par définition, elles n'ont pas collaboré ; ce droit créé par d'autres risque de jouer au bénéfice de ceux-ci ; l'exigence du consentement constitue donc une revendication fort naturelle qui s'étendra logiquement à l'ensemble des sources de ce droit.

2° Un Etat déterminé peut s'imaginer qu'il agira toujours de concert avec un groupe plus ou moins important (aussi bien, du reste, parce qu'il le domine que parce qu'il s'y trouve comme satellite d'une puissance hégémonique). Ou bien il se saura contraint à une position solitaire sur certains points essentiels.

La conviction de participer automatiquement à un groupe permet de refuser l'obligation du consentement universel. Mais au bénéfice de quel autre principe ? C'est la taille du groupe qui conditionnera la réponse.

Si le groupe est très vaste, la conscience de lui appartenir permet de faire valoir le fondement démocratique et les aspects « progressifs » de la règle majoritaire dans sa version simple ou qualifiée. En cas d'appartenance à un groupe restreint, la préoccupation devient défensive. Pour s'imposer aux contestataires, la volonté générale devra être celle de « la communauté des Etats dans son ensemble », de telle sorte que le consentement de l'ensemble ne puisse être dit réalisé en l'absence de l'accord du groupe. Le veto collectif sera assuré, par exemple, sur la reconnaissance d'une nouvelle norme du *jus cogens*. Au contraire, la perspective de l'isolement engendre évidemment l'exigence du consentement de chacun, le refus de toute volonté générale qui ne serait pas la volonté de tous et qui s'imposerait aux contestataires, si peu nombreux soient-ils.

Ces considérations produisent donc des contradictions logiques entre pays qui se trouvent, en un même moment, dans des situations différentes à l'égard de groupes d'importances elles-mêmes variées, et aussi bien entre les thèses qu'un pays donné à quelques années de distance, dans le cas où sa situation à l'égard du facteur « groupal » a changé (entrée dans un groupe, ou sortie de celui-ci, modification de la taille du groupe, qui devient minoritaire, ou perd le tiers bloquant).

3° Les Etats se trouvent dans des situations fort diverses en ce qui concerne la manière dont leurs intérêts se trouveraient affectés au cas où les relations internationales se régleraient sur de pures considérations de puissance. Cet arrière-plan peut constituer une alternative plus ou moins réaliste selon les circonstances. Mais il n'est jamais tout à fait absent des positions prises à l'égard du consentement. Le droit de la mer ou de l'espace extra-atmosphérique en fournissent des exemples.

B) Contradictions entre positions particulières et attitude à l'égard de la cohérence juridique

Ces contradictions sont celles, très fréquentes, qui se produisent lorsqu'un même pays prend au même instant des positions opposées sur la nécessité du consentement, par exemple refuse l'applicabilité aux tiers de certaines conventions, mais non pas d'autres, prétend que les résolutions des Nations Unies créent, dans un cas, un droit qui s'impose même aux contestataires et, dans l'autre, ne constituent que des recommandations sans portée autre que morale. Elles peuvent être également le fait d'organisations (et des Etats à travers elles) lorsque celles-ci, appartenant à la « famille » des Nations Unies, acceptent ou refusent la règle du consensus ou réglementent en sens opposé les procédures d'entrée en vigueur de textes semblables. Il s'agit, selon les cas, d'une incohérence juridique inaperçue ou d'une incohérence tolérée.

Ainsi, pour la « famille » des Nations Unies, il n'existe guère de dispositif de coordination qui soit préposé à la cohérence en ces matières. La diversité, voulue dès l'origine, des institutions spécialisées ne se sent bridée par aucun dispositif préposé à la cohérence juridique de leurs conduites. De même, au niveau gouvernemental et administratif, la coordination des politiques étrangères est une tâche qui peut être fort imparfaitement remplie, et il n'y a aucune raison pour que la coordination des politiques juridiques fasse exception. Mais surtout, pour les gouvernements, la cohérence juridique n'est nullement une règle de conduite qu'ils se proposeraient d'observer par priorité. La priorité va à l'adaptation des positions prises aux intérêts de l'Etat dans les circonstances concrètes données. Le critère suprême est l'efficacité de cette adaptation. La cohérence juridique sera donc recherchée, non pas pour elle-même, mais dans la mesure où elle peut conditionner l'efficacité des conduites.

Dès lors, tout naturellement, entre Etats qui tous s'accordent sur la place relativement subordonnée de la cohérence juridique, le fait que cette qualité ferait défaut aux positions assumées par un même pays ou groupe de pays ne constituera pas un facteur vraiment gênant pour l'efficacité de ces positions si celles-ci satisfont au critère plus important de l'opportunité politique. Même la contradiction tout à fait patente ne déconsidère pas si, liée à une évolution précise, elle apparaît à tous comme l'attitude logique que chacun eût adoptée dans les mêmes circonstances. Ainsi en a-t-il été de la position prise par la France à propos du caractère de la question de la représentation chinoise à l'O.N.U. : question évidemment « importante » d'abord, avec raisons à l'appui, puis clairement « non importante », pour d'excellents motifs : c'est à peine si, dans quelques délégations, des spécialistes ont souri en connaisseurs.

A fortiori, la contradiction est tout à fait admise si, plus subtile, elle consiste en un cumul de positions intellectuellement peu cohérentes entre elles, mais qui se présentent comme justifiées par le désir de fournir des réponses différenciées à des problèmes spécifiques.

C'est ainsi que les pays du Tiers Monde demandent fréquemment une spécificité des règles selon les bénéficiaires. Il ne s'agit pas, ici, de la spécificité justifiée par les différences de niveau de développement, mais par exemple, de tentatives faites pour que les règles en matière de succession des Etats aux traités s'appliquent aux seuls Etats issus de la décolonisation et non à tous les Etats nouvellement indépendants, ou pour que la réglementation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ne vise que les cas de décolonisation.

La spécificité apparaît alors comme une manière de riposte à une importune cohérence juridique.

Lorsqu'elle manifeste ouvertement le désir fort commun de ne pas voir étendre à tous le bénéfice d'une règle qui n'intéresse que pour soi-même, la méthode de la spécificité ne connaît que des succès très limités. Ceux-ci, au contraire, ont été notables et durables en matière de spécificité des règles relatives au consentement à l'égard des diverses sources du droit international.

C'est que cette spécificité fournissait une réponse commode à la coexistence dans chaque Etat, du facteur de « nouveauté » avec le facteur « groupal ».

Ainsi les pays nouvellement indépendants, en tant que contestataires du système qu'ils ont trouvé tout monté, ont naturellement mis l'accent sur la nécessité du consentement aux traités, bien sûr, et aussi à la coutume. Mais, dans les assemblées universelles, en tant que majoritaires, ils soutiennent très vivement le caractère quasi-législatif des résolutions des Nations Unies.

Inversement, les pays « anciens » et occidentaux, soucieux de préserver la valeur du droit international qu'ils avaient fait adopter, ont minimisé la nécessité de l'accord des nouveaux arrivants, sur la scène internationale, pour que ce droit leur soit applicable. En revanche, face

aux majorités automatiques du Tiers Monde, ils sont amenés à insister sur le consentement des Etats (quitte à définir ce consentement d'une manière plus ou moins large).

Comme les Etats sont au fond d'accord pour s'épargner l'incommodité d'un effort de cohérence juridique et pour se satisfaire du cumul de positions chacune justifiée en opportunité, cette sorte de contradiction a pu jusqu'ici bénéficier de la bénédiction (ou de la complicité) générale.

Cette relative indifférence à la cohérence est facilitée par la position secondaire occupée par les juridictions internationales dans le monde actuel. En même temps, elle contribue à expliquer cette position. Les juges internationaux seraient évidemment amenés à tenir compte des attitudes prises par un gouvernement dans la détermination du droit qui lui est applicable et à imposer une cohérence juridique stricte. Plus exactement : ils y seraient normalement amenés à condition de ne pas préférer eux-mêmes l'opportunité politique aux considérations juridiques, et de se soucier plus de leur cohérence doctrinale que de l'adaptation de leur jurisprudence à l'évolution politique.

Mais, s'ils tranchent en droit, ils donnent à la cohérence juridique une place fort exagérée par rapport à celle que lui attribue l'unanimité des Etats. Et s'ils entendent tenir compte de l'opportunité politique, ils ne sauraient le faire aussi bien ni aussi pleinement que des médiateurs ou des conciliateurs (6).

(6) La communication orale résultant du présent rapport a parfois varié de celui-ci. Pour des raisons indépendantes de la volonté de l'auteur, il n'est pas possible de reproduire dans ces pages les éléments propres à la communication orale.