

**M. René-Jean DUPUY**

Professeur à l'Université de Nice  
Directeur de l'Institut du Droit de la Paix et du Développement  
de Nice  
Secrétaire général de l'Académie de Droit international  
de La Haye

**DROIT DÉCLARATOIRE  
ET DROIT PROGRAMMATOIRE :  
DE LA COUTUME SAUVAGE A LA « SOFT LAW »**

Si les âges classiques sont ceux des distinctions nettes entre catégories précises, l'effritement des colonnes du temple de la loi érigé par l'article 38 du Statut de la Cour exprime assez bien un des aspects des mutations de la société internationale du temps présent. Celles-ci résultent notamment de deux événements considérables : l'essor technologique et l'avènement des Etats en voie de développement. Le premier, en même temps qu'il accroît les possibilités des pays industriels et rend encore plus disproportionnée leur puissance par rapport aux moyens dont disposent les peuples pauvres, suscite des problèmes à l'échelle de l'humanité, qu'il s'agisse de l'exploration de l'espace, de l'exploitation des océans, de la protection de l'environnement.

La promotion étatique des pauvres fait du problème international un problème social posé internationalement : le grand mouvement qui, depuis des décennies, pousse les peuples à l'égalité des conditions par la correction des disparités originelles, qu'elles soient imputables à l'arbitraire de l'homme ou même aux hasards de la nature, entretient la permanence d'une revendication généralisée des Etats en voie de développement.

Ainsi l'essor technologique débouche-t-il sur l'adoption, essentiellement sous l'égide des Nations Unies ou dans son cadre, de textes qui tendent à tracer les voies conduisant à la solution de problèmes planétaires, cependant que la contestation économique, commerciale et sociale aboutit à la formulation de principes dont le respect devrait assurer progressivement les changements de société escomptés à l'échelle internationale.

Ces deux séries de questions entraînent des contradictions qui ne se limitent pas à celles, considérables certes, qui s'affrontent dans l'ordre économique et social, mais remettent en cause l'approche du Droit international aux âges technologiques et démocratiques : l'approche fractionnée, traditionnelle, par chaque Etat, sur la base de la réciprocité et du compromis, se combine avec l'approche globale, établie sur le besoin d'appréhender les problèmes dans toutes leurs dimensions (1). Elles font aussi apparaître une tension entre, d'une part un droit international positiviste, fondé sur la poursuite des intérêts particuliers des Etats, accordés sur le plan bi ou pluratéral, et, d'autre part, la mise en place progressive d'une communauté internationale. A cet égard, on remarquera que si les Etats en voie de développement, jaloux de leur souveraineté, semblent attachés à la première démarche, qui fonde le droit des gens sur l'accord, ils en appellent aussi à une communauté des peuples sans laquelle la solidarité des Etats dans l'aide au développement et la mise en œuvre de principes du type de celui de l'inégalité compensatrice, sont malaisées à concevoir et à construire juridiquement. De fait, diverses résolutions votées dans la famille des Nations Unies et, dans l'ordre relationnel, la convention de Vienne sur le droit des traités, font référence à cette notion de communauté internationale (2).

Ces contradictions expliquent tout à la fois l'apparition de résolutions de caractère stratégeste, exprimant les intérêts de pays rassemblés par une même condition sociale défavorisée, accusée parfois par une solidarité régionale, et d'autres au timbre harmoniste qui posent des principes censés reconnus par l'ensemble ou la grande majorité de la communauté internationale. En réalité, les textes de ce second type se situent, tout autant que les premiers, dans une perspective conflictuelle. Les Etats attachés au triomphe de certains principes, au plan social, dans l'ordre du développement, ou au plan sociologique, dans l'ordre de l'environnement, s'efforcent de faire accepter par la communauté internationale les normes qu'ils ont d'abord affirmées dans un cadre régional ou spécialisé.

Ainsi s'exprime un droit de finalité qui rompt avec les traditions du droit classique. Alors que celui-ci se voulait abstrait et formel, ce qui favorisait en fait l'action des grandes puissances au plan universel, le droit international du développement, comme celui de l'environnement, s'affirme concret et situationnel, se fondant sur des situations que les Etats qui s'y trouvent entendent faire reconnaître et prendre en compte par la communauté internationale.

Du même coup, dans cet univers de lutte, l'affirmation des principes nouveaux ne saurait aisément trouver sa consécration dans des traités

(1) Cf. notre étude sur la Déclaration de principe sur les fonds marins dans notre présentation du livre *Le fond des mers* (avec C.A. Colliard, J. Polvéche et R. Vaissière), A. Colin, 1971.

(2) Il est révélateur que Charles de Visscher qui, dans la première édition de son livre, *Théories et réalités en droit international public*, rejetait la notion de communauté internationale, a évolué et, dans sa dernière édition, on reconnaît plusieurs signes en confirmant l'avènement progressif.

ou s'affirmer dans des coutumes ou des principes généraux reconnus par l'ensemble des Etats. Les contradictions qui opposent ceux-ci ne peuvent que retarder sinon empêcher une telle consécration par les sources traditionnelles du droit international. On assiste dès lors à l'avènement de formulations nouvelles de normes dont la portée juridique n'a pas la rigueur de celles exprimées dans les sources énoncées à l'article 36 du Statut.

Les uns résultent du comportement de certains Etats en voie de développement et présentent une finalité révolutionnaire par rapport au droit coutumier en la matière, d'autres s'expriment dans des déclarations communes dont la valeur et les effets juridiques demeurent incertains et que les juristes anglo-saxons qualifient volontiers, depuis peu, de « *Soft Law* ».

A vrai dire, la tentative de révision du droit par la voie coutumière cherche à trouver dans une ou plusieurs résolutions une confirmation et une consécration. Il en résulte que la reconnaissance de la coutume tend à se réaliser souvent à propos d'un texte dont la portée juridique est elle-même discutée. D'où le trouble du juriste, souvent déconcerté par un phénomène coutumier insolite, brutal dans sa naissance et son développement, révolutionnaire dans ses finalités, et qui trouve sa formulation dans des résolutions régionales ou à vocation universelles dont la valeur juridique demeure imprécise. Ainsi, coutume sauvage et « *Soft Law* » se jumèlent pour orienter le droit international dans des zones mouvementées où la pureté de ses sources traditionnelles semble affectée.

Deux mouvements se révèlent ainsi : l'un va d'un processus coutumier original à une formulation formelle par voie déclarative, l'autre part de résolutions dont la portée juridique résulte d'un accord qu'elles contiennent et va se diluer dans une « *Soft Law* » qui exprime plus un programme que des normes. Ainsi suivrons-nous ces deux directions.

I. — De la coutume sauvage au droit déclaratoire.

II. — De la résolution accord au droit programmatoire.

## I

### DE LA COUTUME SAUVAGE AU DROIT DÉCLARATOIRE

Dans un monde où le nombre d'Etats a quadruplé et ont constitué des groupes diversifiés aux plans économiques, sociaux, idéologiques, une part du droit coutumier est condamné à l'éclatement.

Le processus coutumier n'est pas arrêté mais il agit dans un univers conflictuel. Aux coutumes sages, établies sur la somptueuse lenteur de « l'éternel hier », s'opposent des contre-coutumes, sauvages, dont l'ex-

croissance soudaine est nourrie de volontés alertées, dénonçant la désuétude et l'imposture des premières, dont un long passé faisait oublier qu'elles devaient leur développement, non à la sagesse des nations mais à l'action des plus puissantes d'entre elles.

Dès lors, la coutume contestataire naît du comportement concomitant d'un ensemble d'Etats qui entendent l'opposer au reste de la communauté internationales, voire à la faire admettre par elle, au stade ultime de l'opération, comme une règle générale. Cependant la résolution qui la formulera dans un cadre régional, particulier ou universel, ne pouvant, à elle seule, créer une norme coutumière, il convient de rechercher comment celle-ci s'affirme dans la réalité internationale, avant l'adoption du texte qui vient la constater et la déclarer.

A) On peut s'étonner que la coutume, réputée traditionnellement tournée vers le passé, puisse avoir aujourd'hui une finalité révisionniste. Il faut, pour le comprendre, renoncer à une vision fixiste qui accorde aux deux éléments de la coutume, l'histoire et la conviction collective, des poids identiques, ces deux facteurs s'engendrant mutuellement. En réalité, les éléments factuels et consensuels de formation de la coutume affectent des valeurs respectives différents selon le milieu, le moment, les intérêts en cause. Il en résulte une tension continue entre le fait et la conscience. Alors que dans la coutume classique, la multiplication de faits produit une croissance de la conscience juridique, selon un processus existentiel dans lequel l'existence précède l'essence, qualifiée après coup par le droit, à l'inverse, avec les coutumes, révisionniste ou révolutionnaires, on assiste à la projection factuelle d'une volonté politique.

Certes si l'on réfléchit sur les grandes coutumes universelles qui ont constitué les normes principales du droit des gens, on ne saurait écarter complètement la part déterminante que les grandes puissances ont assurée dans leurs créations ; comme le dit Charles De Visscher : « Du fait de leur répétition ou de leur enchaînement, du fait surtout de l'idée d'ordre qui finalement s'en dégage, elles ont perdu peu à peu leur caractère personnel, contingent, en un mot, politique, pour revêtir les aspects de la coutume en formation ». Les analyses sociologiques selon lesquelles la coutume répond à un phénomène hypnotique d'intégration du mythe social dans le comportement des sujets de droit, ne saurait s'appliquer à la société internationale considérée comme un milieu encore primitif. La société d'Etats est animée plutôt par Machiavel que par Cromagnon. Il reste, cependant, que l'anonymat d'un temps prolongé couvre ces coutumes camouflées en règle d'intérêt général. Ainsi la liberté des mers, conçue pour le profit des grandes puissances maritimes, seules usagers de la mer, répondait-elle, dans sa conception traditionnelle à l'intérêt de tous, alors qu'aujourd'hui les possibilités techniques nouvelles d'exploitation des eaux adjacentes à leurs côtes révèlent aux riverains des intérêts qu'ils n'éprouvaient pas hier et les incitent à des comportements contraires à ceux impliqués par la vieille coutume.

Ainsi le débat classique sur le fondement de la coutume se trouve-t-il déplacé. Si la coutume sage, dont la réussite est incontestable, peut le

trouver dans l'accord tacite, en revanche la coutume révisionniste puise dans la volonté commune d'Etats intéressés qui adoptent la voie unilatérale pour s'efforcer de l'opposer au reste de la collectivité internationale. La coutume est une source toujours agissante, sa vie ne cessera qu'avec l'histoire. Sa fonction révisionniste ne se borne pas à l'effet modificateur ou abrogatoire qu'on lui reconnaît à l'égard de la coutume antérieure ou d'un traité ; elle peut aussi produire un effet séparateur.

Celui-ci répondant à une solidarité particulière, suffisamment ressentie, tend à dégager des normes coutumières qui se veulent propres à un régime ou à une catégorie d'Etats. On sait que la Cour a reconnu leur existence, allant jusqu'à admettre la coutume bilatérale et que, dans l'affaire sur le droit de passage en territoire indien, elle a considéré, qu'en cas de conflit entre une coutume régionale et une coutume universelle, la première doit prévaloir. Ces particularismes coutumiers ne concernent, bien entendu, que les Etats de la communauté internationale intéressée et ne prétendent point s'imposer à ceux qui n'en relèvent pas.

Il est cependant des domaines où la coutume particulière entend constituer, dans la zone considérée, ou pour les Etats rassemblés dans la même catégorie (politique ou économique ou sociale), un élément de leur ordre public propre et, à ce titre, être opposable aux Etats tiers qui viendraient à exercer des activités dans la région ou nouer des relations avec des Etats de ce type, auteurs de la coutume et adhérents à elle. La coutume particulière n'est plus seulement séparatrice ; elle est aussi révolutionnaire.

Relevons que prétendant l'imposer au reste de la communauté internationale, les Etats qui s'en réclament tendent donc à réduire le caractère particulier de la coutume s'ils s'efforcent de dépasser le seul principe d'application régional de la norme à l'égard de tous et veulent l'imposer, sur une base *ratione personae*, à tous ceux qui entrent en rapport avec eux. C'est le cas des pays en voie de développement dont le critère est social et non géographique. Dès lors, la signification révolutionnaire tend, comme c'est le cas avec les Etats du « groupe des 77 », à renverser les rapports entre la coutume universelle et la coutume particulière, celle-ci tendant à ramener la première au niveau d'une coutume régionale ou propre aux pays riches, voire même à l'éteindre complètement.

Ainsi a-t-on vu se développer, dans le droit de la mer, la règle des 200 milles, laquelle ne se limite plus aujourd'hui à des Etats latino-américains, et dans l'ordre économique et social, remettre en cause le principe du respect de la propriété étrangère, des droits acquis, le régime de la succession d'Etats, par référence à une notion d'équité qui prend assise sur les règles nouvelles énoncées dans le droit des peuples au développement, à la décolonisation ou à l'autodétermination.

Mais une objection vient inévitablement à l'esprit. Les prétentions régionales ou particulières constituent-elles vraiment des coutumes ?

La question a toujours été posée à raison de la rapidité de leur production historique et à la tendance commune à considérer que le fait précède le droit et qu'il le crée à la condition d'être prolongé.

On sait que la Cour, dans le cas sur le plateau continental de la mer du Nord, a admis cette accélération du processus historique. Qu'il

s'agisse d'une règle d'application spatiale à laquelle on entend soumettre les tiers à une région dès lors qu'ils y viennent ou que la coutume attaquée, naguère universelle, se voit supplantée par la pratique nouvelle d'un groupe important d'Etats (respect des droits acquis), chez les revendiquants, un comportement commun et concomitant tient lieu d'ancienneté.

Chez les pays en voie de développement, le phénomène est très remarquable : dans la structure interne de la coutume, l'élément volontaire l'emporte sur le facteur historique. Cette antériorité de la conscience sur le fait est au cœur de la coutume révolutionnaire : la condition commune et deshéritée de ceux qui s'en réclament, rend inutile la répétition prolongée sur une longue histoire. On pourrait dire que ces pays sont animés non par le sens du temps mais par celui de la durée bergsonnienne ; ils ont en effet la conviction de porter leur misère ou leur pauvreté depuis toujours, le temps de la colonisation leur semble du temps qu'on leur a pris ; leur temps intérieur, fait d'humiliation et d'orgueil, pour aussi excessifs que ces sentiments puissent paraître, justifie à leurs yeux des attitudes en rupture avec les règles jusque là reçues comme universelles. Reprenant les analyses faites par Gilles Deleuze dans l'ordre philosophique (3), nous dirons que ces pays, face à la répétition, en appellent à la différence, à celle de leur situation et de leurs nécessités, lesquelles justifient à leurs yeux des attitudes que le reste de la communauté internationale doit reconnaître. Alors buissonne la coutume sauvage à la croissance rapide d'une végétation tropicale.

Elle lie certainement tous ceux qui s'en prévalent. La résistance des tiers dessine les contours de la région géographique ou de la famille politico-économique où elle s'applique. Mais il arrive aussi qu'elle force la reconnaissance de tous ou du plus grand nombre : nul ne nie aujourd'hui le droit pour un Etat de procéder à des nationalisations, le débat ne persiste que sur le volume et les modalités de l'indemnisation.

Aussi le but de ceux qui invoquent la coutume sauvage est-il de la formuler d'abord dans des déclarations qui la feront passer du plan de l'action conjointe à celui de l'affirmation collective. Leur effort ne se limite pas à cette expression propre à une région ou à un groupe de pays ; ils tâchent de prendre forme pour l'inscrire dans des résolutions adoptées dans le système des Nations Unies et tenter d'y trouver la reconnaissance de la communauté internationale. Révisionniste ou révolutionnaire, la coutume nouvelle en appelle au droit déclaratoire.

B) La portée déclarative de nombre de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies est bien connue (4). Elles proclament des

(3) G. Deleuze, *La différence de la répétition*, P.U.F., 1972.

(4) J. Castañeda, « Valeur juridique des résolutions des Nations Unies », *R.C.A.D.I.*, 1970, vol. 129, pp. 205-332. On consultera aussi avec grand intérêt l'article d'E. Hambro, « Some notes on the development of the sources of international law » (avec la bibliographie) in *Scandinavian Studies in Law*, 1973, pp. 77-93.

normes auxquelles une certaine pratique a valu la reconnaissance d'une partie importante de la communauté internationale, sauf protestation d'Etats spécifiquement représentatifs. Ainsi, la Déclaration, impuissante à donner naissance par elle-même à une coutume, peut la parachèver en la formulant. Le phénomène prend toute sa portée sur le plan régional : les Déclarations de Santiago de 1952, sur la zone maritime, de Montevideo et de Lima de 1970, sur le droit de la mer, notamment, affirment dans ce domaine des normes que les Etats qui ont adopté ces textes ont honorées d'une pratique indiscutable. Constatant l'état du droit coutumier, établi entre eux sur une vision commune, ils l'opposent aux tiers comme un acte collectif unilatéral.

La Déclaration prend ainsi place dans le processus de formation de la règle coutumière à un stade déterminant car elle tend à consolider la pratique en cours et à lui apporter le support d'un texte qui, par le style le plus souvent utilisé et son titre même de Déclaration, se veut solennel et participe, comme les Déclarations des droits, dans l'histoire de la démocratie et de l'auto-détermination, du genre de la révélation : elle clame qu'agissent ainsi ceux qui se veulent justes et conformes au droit.

La coutume, séparatiste ou révolutionnaire, entend tirer grand profit de la Déclaration qui la formule. Privilégiant l'élément psychologique, elle attend beaucoup d'un texte qui exprime les justifications des pratiques suivies. Son objet est d'affirmer que l'on est en présence d'une règle juridique.

La Déclaration tend à faire passer la coutume sauvage de son aurore à son midi.

Nous avons en 1956 (5), exposé la place importante de ce type de résolution dans le système interaméricain. Il remonte à ses débuts et explique l'avènement de ce « Droit international américain » qu'Aljandro Alvarez révélait, en 1910, à la grande indignation de ceux qui ne pouvaient concevoir cette portée séparatiste d'un droit régional.

Aujourd'hui la Déclaration, localisée ou propre à un groupe d'Etats, ne se contente plus d'affirmer un particularisme propre à leurs relations mutuelles, elle veut y soumettre les tiers et même, lorsqu'elle exprime une idée de justice sociale ou économique, leur être opposable pour autant qu'ils entrent en rapport avec ceux qui s'en réclament. C'est pourquoi, suivant, souvent de très près, les comportements adoptés par les Etats du Tiers-Monde à l'encontre des vieux Etats et spécialement des anciennes puissances coloniales, les Déclarations cherchent à ouvrir à la coutume sauvage la consécration des Nations Unies. Les Etats sur la défensive ont du mal à résister à ces pressions d'un groupe majoritaire, l'abstention est leur dernier refuge lorsqu'ils ne finissent pas par s'y rallier. Ainsi ont été adoptées les résolutions sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux ou celles sur la souveraineté permanente des peuples sur leurs ressources naturelles.

(5) R.J. Dupuy, *Le nouveau panaméricanisme*, Pedone, 1956, pp. 146-154.

Proclamant une éthique qui a pour elle l'adhésion du plus grand nombre, la Déclaration apparaît comme démocratique, à raison non seulement de son contenu égalitariste, fondé sur la norme de non discrimination, mais de son assise majoritaire. Elle veut alors constater la fin d'une règle coutumière inverse et donner le coup de grâce à la coutume crépusculaire.

Elle n'y parvient, au plan général, que dans la mesure où elle force la résistance à la reconnaître des Etats représentatifs. Parfois, elle anticipe sur cette adhésion et l'on se trouve dans un état de droit transitoire lorsque la règle demeure encore embryonnaire. La résolution n'est pas à ce stade, pleinement déclaratoire, au moins pour certaines de ses dispositions (6).

Ce phénomène est particulièrement notable lorsque la pratique à déclarer concerne non les hypothèses de stratégies politico-économiques, mais celles de l'écologie. L'antériorité de la conscience sur l'histoire se manifeste aussi, en effet, dans la lutte pour la sauvegarde de l'environnement. En donnant à celle-ci un sens très large, on peut dire que la Déclaration de principes sur les fonds marins, adoptée par l'Assemblée générale le 17 décembre 1970, en fournit un exemple, celle de Stockholm du 16 juin 1972. Les normes en cours de formation procèdent des travaux des experts au sein de comités et conférences techniques, tenus notamment sous l'égide des Nations Unies. En présence des dangers que la pollution fait courir à la survie de l'espèce humaine, il est naturel de voir accélérer le processus de formation de certaines pratiques : la conscience du péril, non seulement précède le respect effectif de la règle, mais finit par l'imposer à l'*opinio necessitatis* du monde. A vrai dire, à ce niveau, la Déclaration anticipe encore sur la consolidation des comportements bénéfiques. Plutôt qu'au stade du droit déclaratoire, on se trouve à celui du droit programmatoire.

## II

### DE LA RÉOLUTION ACCORD AU DROIT PROGRAMMATOIRE

C'est ici que l'on voit utilisée la notion de « soft law » (7) ; encore qu'elle s'honore du parrainage éminent de Lord Mc Nair, elle ne laisse de décontenancer le juriste : évocatrice certes de ce transit dans lequel

(6) Cf. l'analyse de J. Castañeda, *op. cit.*, pp. 329-331, sur la Déclaration universelle des droits de l'homme dont certaines dispositions ont une valeur déclarative, alors que d'autres, portant sur les droits économiques et sociaux n'étaient pas encore consacrées par la majorité des Etats.

(7) L'expression a été critiquée par plusieurs participants et par nous-même, dans nos conclusions au colloque organisé par l'Académie de droit international de La Haye du 14 au 16 août 1973, Sijthoff, 1974.

se situent des normes dont le contenu reste imprécis et la portée vague, elle ne saurait trouver d'autre traduction en français que « droit mou » ou mieux « droit vert », pour exprimer la maturité insuffisante de la règle de droit.

Il faut, pour y voir plus clair, revenir à la distinction, trop négligée, des critères formels et matériels, en se souvenant de la grande souplesse du droit international au regard des formes ; l'accord entre Etats peut en revêtir une grande diversité.

On ne saurait se contenter d'opposer d'une part le traité, conçu comme une opération complète, précise et développant parfaitement son contenu obligatoire et, d'autre part, les recommandations, censées ne jamais lier les Etats, qu'ils les aient votées ou non. En réalité, certaines conventions en forme n'ont pas plus de portée que de simples recommandations. Un traité, obligatoire en tant que tel du point de vue formel, peut n'avoir qu'un contenu matériel limité à des directives, si les signataires n'ont pas prévu de normes précises et détaillées impliquant les attitudes concrètes. Ainsi, plusieurs parties du G.A.T.T. sont formées de simples exhortations plutôt que de véritables règles, si bien qu'il est malaisé de déterminer si tel comportement constitue une infraction du point de vue juridique. C'est notamment le cas de la Partie IV de l'Accord général. Il est aussi certains traités — cadres ou indicatifs — qui ne disposent pas de tous les éléments nécessaires à leur exécution et attendent, pour leur mise en œuvre effective, des actes postérieurs. Nul n'est assuré qu'ils interviendront surtout si, contrairement aux traités communautaires européens, aucune organisation internationale n'est constituée sur sa base avec la mission de développer un droit dérivé.

En revanche, certaines résolutions d'organisations internationales, qui n'ont formellement que la valeur de recommandation, présentent un contenu suffisamment précis qui évoque la norme et qui comporte des engagements du point de vue matériel.

Ce nomadisme de la notion d'accord qui passe d'un plan à un autre a beaucoup compliqué l'examen de ces phénomènes, fréquents dans le droit international économique, celui du développement ou de l'environnement. Il convient dès lors de distinguer les résolutions qui, en dépit de leur forme, ont une signification conventionnelle et celles qui ne peuvent y prétendre et pour lesquelles la notion de « soft law » semble plus admissible.

A) Les résolutions conventionnelles apparaissent telles en dépit du fait qu'elles émanent d'un organe d'une organisation internationale. Nous avons, il y a déjà longtemps, souligné l'importance de ces résolutions dans le système interaméricain, en voyant des accords en formes simplifiées dans toutes celles qui ont mis en place des organes et des institutions dans ce système bien avant l'adoption de la Charte de l'O.E.A. J. Castañeda les a admirablement analysées dans le cadre des Nations Unies (8).

(8) Cf. J. Castañeda, *op. cit.*, pp. 302-312.

Elles surprennent puisque, encore même qu'elles émanent d'un organe, elle sont imputables non à celui-ci, ou non exclusivement à lui, mais aux Etats. Ainsi se trouve démentie ou affectée la théorie de l'organe sur laquelle repose la distinction entre la conférence diplomatique et l'organisation internationale. La dialectique du relationnel et de l'institutionnel explique cette pénétration du premier dans le second. Lorsque la question débattue entre les Etats membres ne peut faire l'objet d'un traité en forme, doté de clauses précises et détaillées, le vote d'une résolution contenant l'accord des pays intéressés semble la formule la plus commode. Elle présente les avantages reconnus aux accords en forme simplifiés. La résolution peut aussi annoncer une convention différée qui interviendra après l'expérience acquise dans l'application que les Etats lui auront donnée ; elle constitue alors une manière d'essai ou de « tentative agreements ». Dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe, on a obtenu des résultats jugés très satisfaisants dans le domaine de l'harmonisation des règles de transports routiers, grâce à des résolutions fondées sur l'accord des volontés des Etats. Certes, on se trouve ici dans un cas de convergence des intérêts de ceux-ci dans un domaine technique. Cette volonté commune et continue se prolonge dans une coopération mutuelle qui se développe dans un système organique plutôt entre partenaires qu'entre parties et selon un processus de concrétisation progressive du contenu des résolutions. Ainsi certaines recommandations ont besoin d'être relayées par les droits nationaux pour être appliquées : le système généralisé de préférence exige des législations pour que soient effectuées des réductions tarifaires, alors que certains traités ne s'appliquent qu'au plan interétatique et ne supposent pas au même degré cette volonté continue, postulée par des résolutions, dont la valeur juridique tient non à l'organe qui les prend mais à l'accord des Etats qui les votent.

Dans des domaines techniques mais présentant d'importantes implications politiques, on a pu conclure des accords selon cette voie de la résolution, dès lors que les grands Etats intéressés estimaient, sur ce point, pouvoir mettre entre parenthèses leurs habituelles contradictions. Tel fut le cas de la Déclaration des principes juridiques régissant les activités des Etats en matière des explorations et utilisations de l'espace extra-atmosphérique, approuvée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 13 décembre 1963 (9). Les représentants des Etats-Unis et de l'Union soviétique ont déclaré la volonté de leurs gouvernements respectifs d'observer les normes d'une Déclaration qui, en réalité, est fondée sur leur accord. Ainsi les Etats entendent que le contenu de la résolution, considéré par eux comme obligatoire, soit imputé non seulement à l'organe qui l'a votée mais à eux-mêmes (10).

(9) Cf. le livre du président M. Lachs, *The law of Outer Space, An experience in Contemporary Law Making*, Sijthoff, 1972, et spécialement le chapitre XII : « The law-making process », pp. 135 et s.

(10) Le texte d'une convention peut trouver son instrument dans une résolution qui l'ouvre à la signature ou invite les Etats à y adhérer. Outre les résolutions 2222 (XXI) relative au traité sur l'espace extra-atmosphérique, et 2200 (XXI) adoptant les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme,

En revanche, dans les matières économiques et sociales, mettant en présence les intérêts divergents des Etats selon leurs systèmes propres ou leur degré de développement, l'accord est plus malaisé à atteindre, sauf à se contenter de résolutions rédigées en termes moins précis. Parfois la résolution reprend des normes déjà reconnues auxquelles elle ajoute des principes non inédits mais plus élaborés, comme la Déclaration sur les relations amicales et la coopération entre les Etats, à la lisière de l'acte déclaratoire de normes coutumières et de l'accord, à l'instar des traités de codification qui, on le sait, font aussi une certaine place au « développement progressif ».

Cependant, il arrive que la résolution touche à des domaines supposant non seulement un comportement qualitatif de la part des Etats, mais l'adoption par eux de certaines mesures, voire même la fourniture de certaines prestations. Tel est le cas de la résolution 2626 (XXV), sur la deuxième décennie des Nations-Unies pour le développement, adoptée par l'Assemblée générale, le 24 octobre 1970. Michel Virally a brillamment démontré qu'elle se fonde sur un accord en forme simplifié (11). Dans le paragraphe 12 de cette résolution, les Etats membres s'engagent individuellement et collectivement à poursuivre des politiques propres à créer un ordre économique et social plus juste et plus rationnel dans le monde. Pour y parvenir, les Etats les plus pourvus devront adopter les mesures prescrites par la résolution, lesquelles seront certainement coûteuses et souvent difficiles puisqu'elles tendent à opérer un changement de société.

Sans nul doute les expressions utilisées par la résolution selon lesquelles les Etats « souscrivent » aux buts et aux objectifs de la seconde décennie, ou « décident de prendre les mesures voulues », traduisent bien la volonté de libeller un accord imputable aux gouvernements. D'où, pour plusieurs d'entre eux, (Belgique, Chili, Etats-Unis, Irlande, Royaume-Uni), le recours à des réserves à l'égard de certaines dispositions. Le gouvernement américain précisa que la stratégie ne constituait pas « un programme d'action concerté » et qu'elle n'est pas génératrice d'obligations. Les Etats socialistes firent une réserve de portée générale et ne lui apportent qu'un appui bénévole, ne comportant aucun engagement. Il est évident que la formulation de réserves tend à démontrer que le texte a une portée obligatoire aux yeux de la majorité des Etats, les clauses échappatoires n'ayant guère de sens autrement. Il en est ainsi au moins pour celles qui s'appliquent à certaines des dispositions de la résolution et qui laissent entendre que le reste a une portée obligatoire.

Michel Virally voit cependant dans la Stratégie, des engagements sur lesquels on peut revenir « dans toutes les circonstances où la bonne

on peut citer la résolution 2660 (XXV) sur le traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que sur leur sous-sol. (Cf. le texte *in Le fond des mers, op. cit.*, pp. 59-64).

(11) M. Virally, « La deuxième décennie des Nations Unies pour le développement, essai d'interprétation para-juridique », *A.F.D.I.*, 1970, pp. 9-33.

foi le permet ». « Le bien de l'engagement moral, écrit-il, est plus lâche que celui de l'engagement juridique, mais il lie celui qui l'a pris ». Quant à l'engagement politique, il est souscrit à l'égard de l'opinion publique.

Remarquons qu'à ce niveau du débat, il s'agit de savoir non si la résolution emporte une réalisation effective des mesures qu'elle prescrit, mais seulement si elle affecte l'ordonnement juridique. Dès lors qu'elle pose certaines règles, on est tenté de dire qu'elle se situe au niveau normatif mais qu'il reste, pour reprendre la fameuse distinction de Duguit, à les faire passer au plan constructif par des règles ultérieures plus contraignantes, équipées de procédures et d'institutions. Or il est clair que l'on reste, en ce qui concerne le développement effectif des normes, au plan relationnel : c'est aux Etats qu'il appartient de prendre les dispositions qui permettent de donner une suite concrète aux normes posées dans la résolution sur la stratégie. L'organisation, dans le cadre de laquelle l'accord a été adopté sous forme de résolution, ne met pas en place un mécanisme institutionnel qui développerait une réglementation dérivée. Autrement dit, pour demeurer dans une vision duguiste et scellienne, on reste, pour les Etats qui n'ont pas exprimé de réserve, au niveau de l'acte-règle. Celui-ci a pour objectif de mettre ses destinataires dans une certaine situation juridique objective, définie de façon abstraite. Il reste à d'autres, instances internationales ou nationales, à prendre soit les actes-conditions multilatéraux, sous forme de conventions ultérieures, soit les actes-subjectifs, constitués de traités-contrats qui, sur le plan bilatéral, en mettront en œuvre les normes générales. L'obligation morale et politique peut donc se situer au niveau d'un acte-règle dont le libellé, suffisamment explicite dans la prescription des objectifs, reste tout de même rédigé en termes trop généraux pour pouvoir, par eux-mêmes, comporter une exécution effective. Autrement dit, la résolution-accord présente un contenu normatif aux plans des finalités et des principes dont le respect doit permettre de les atteindre ; elle en reste encore, au niveau des moyens, à des formules trop vagues, susceptibles d'interprétations divergentes et impuissantes par elles-mêmes à dicter des actions concrètes. Celles-ci ne pouvaient résulter que d'accords multilatéraux ou bilatéraux prenant la forme de conventions ou d'accords en forme simplifiés comportant des clauses d'une technicité avancée.

C'est un phénomène qui semble assez comparable, que l'on rencontre dans le domaine de l'environnement. La Déclaration de Stockholm (12) définit des objectifs et des principes s'inspirant de deux idées : mieux connaître le milieu de vie et adapter notre action aux nécessités ainsi mises à jour. Ce texte affirme des droits de l'homme et entend soumettre à la sauvegarde de l'environnement les individus aussi bien que les Etats, mais il enjoint à ceux-ci d'adopter certaines démarches comportant notamment le transfert accru de ressources vers les pays pauvres pour leur permettre de réunir le maximum de conditions favorables à leur développement et de mettre en place des politiques cohérentes de

(12) Louis B. Sohn, « The Stockholm Declaration on the Human Environment », *The Harvard International Law Journal*, vol. 14, 1973, pp. 423-515.

protection de l'environnement (principe 12), comme la généralisation du contrôle des autorités à l'intérieur des Etats sur les activités menées dans les limites de leur juridiction (principe 21). Un devoir général de coopération est mis à la charge des Etats. La Déclaration est complétée par des recommandations d'action, élaborées lors des travaux préparatoires et transmises aux gouvernements pour examen, sans avoir été discutées par la Conférence. La Déclaration de Stockholm ne comporte pas d'engagements aussi expressément souscrits, que la résolution sur la seconde décennie du développement. Certes, certains Etats ont formulé des réserves aussi bien sur certains passages de ce texte que relativement à certaines recommandations : l'Union Sud-africaine sur le principe 1, les Etats-Unis, soucieux de ne pas modifier leur politique d'assistance, sur le principe 12, notamment, et sur la recommandation 103. On ne saurait cependant voir dans la Déclaration une résolution-accord. Rédigée au conditionnel, elle reste en deça de ce type, en dépit de réserves qui expriment les réticences des Etats mais qui, faute d'engagement individuel et collectif expresse de ceux-ci, ne peuvent à elles seules conférer le caractère conventionnel à un texte qui relève beaucoup plus de ce qu'il est convenu d'appeler la « soft law ».

B) Le droit programmatoire : certaines résolutions ont un caractère prospectif. Tendantes à orienter les pays dans certaines voies, elles proclament des principes dont le respect n'est pas encore acquis dans la pratique. Le processus de formation du droit de l'environnement est complexe et fait apparaître divers degrés d'élaboration. Il comporte des conventions. En ce qui concerne les résolutions, celles-ci se situent à un niveau intermédiaire entre l'acte déclaratoire et la recommandation pure et simple. Leurs dispositions sont surtout faites d'objectifs et de principes qui eux-mêmes demeurent assez flous dans leur formulation et leur signification.

On pourrait être tenté de les qualifier de directives pour la raison qu'elles définissent des résultats à atteindre, tout en laissant aux Etats le choix des moyens (13). Cependant, cette expression est équivoque, compte tenu de la place que tiennent les directives dans le droit des Communautés européennes. Or cette catégorie est singulièrement développée ; on assiste à une évolution dans le sens de sa « réglementarisation » (14) et l'on ne saurait voir en elle du droit vert, encore moins du droit tendre. Le terme de directive ne pourrait donc être utilisé qu'avec les correctifs nécessaires, ce qui ne le rend guère commode.

En fait, on veut, en votant la résolution, mettre en place des normes d'incitation fondées sur des notions rationnelles, scientifiques et techniques. Si l'on reprend les éléments structurels de la coutume, l'élément intellectuel précède encore ici la pratique des Etats et des hommes. La conscience alertée sur les faits procède de travaux d'experts menés au

(13) On se reportera notamment aux interventions de L.F.E. Goldie et de Ch.-A. Kiss, rapporteurs au colloque de l'Académie de droit international de La Haye, susmentionné.

(14) J. Rideau, « La participation des Etats membres à l'application des actes des Communautés », *A.F.D.I.*, 1972, pp. 864-904.

sein de conférences et de comités techniques de diverses déclarations antérieures, ou de conventions, non encore ratifiées. En présence des dangers que la dégradation de l'environnement fait courir à l'humanité, les résolutions prospectives impuissantes à confirmer une coutume non encore fortifiée par la pratique, s'efforcent de susciter celle-ci. La conscience du péril en anticipant sur le respect effectif de la règle, affirme le caractère inexorable. La norme commence à apparaître comme un principe général du droit, mais, compte tenu du domaine spécifique, où elle doit s'appliquer, celui de la protection de l'équilibre écologique, elle devient un principe spécialisé de droit, impliquant le respect de standards technologiques. Ainsi la « soft law », pour réagir contre la barbarie du monde technologique et industriel, puise sa sagesse dans la science qui a dénoncé le péril ; elle est tout à la fois savante et alerte. Si, selon la formule de Scelle, le droit est à la conjonction de l'éthique et du pouvoir, on peut voir que la « soft law » relève de la première ; elle proclame l'éthique sociale, secrétée par la recherche écologique, mais les pouvoirs des Etats ne sont pas encore pleinement accordés pour la doter de la plénitude de la valeur juridique et obligatoire. Plutôt que de parler de lois imparfaites, mieux vaut retenir la notion de droit-programme. Il s'agit en effet déjà d'un droit normatif, mais qui reste au niveau des objectifs et des principes sans descendre encore au plan de la réglementation détaillée qu'exigerait la matière pour être totalement maîtrisée. Ces résolutions programmatoires doivent normalement déboucher sur des législations nationales qui devront être harmonisées. Là encore le relationnel devra prendre le relai de l'institutionnel. La pratique souhaitée tardera souvent à répondre effectivement au programme, mais d'autres vagues de résolutions viendront déferler sur la conscience des pouvoirs.

Le droit programmatoire ne se limite pas au domaine écologique ; celui du développement lui fait aussi une large place. Lorsque les résolutions ne peuvent prétendre déclarer une coutume déjà acquise ou sur le point de l'être, elles viennent marteler les consciences de leurs principes. Votées par les pays du Tiers-Monde, elles se présentent contre un droit positif qu'elles récusent. On voit ainsi se développer une dialectique de la légitimité et de la légalité. Celle-ci a à subir les assauts de normes qui se présentent comme légitimes, sur la base d'impératifs démocratiques et égalitaires, que nul ne songe ou n'ose contester à l'Assemblée générale des Nations Unies ou à la C.N.U.C.E.D. Elles ont d'ailleurs ainsi pour effet de conforter et d'enrichir l'idéologie des Nations Unies en affirmant une légitimité qui s'efforce d'anticiper sur la légalité de demain. Elles trouvent un appui non négligeable dans la mauvaise conscience qui, à la longue, doit faire naître chez les tenants du système ancien la reconnaissance des normes nouvelles au point que leur méconnaissance puisse entraîner « la mobilisation de la honte ».

Ici se pose le double problème : celui de la portée et de l'application réelle de ce genre de textes. Trois critères nous paraissent à combiner : les conditions du vote qui les a adoptés, le degré de précision des formes de résolutions, les moyens de pression dont ces résolutions peuvent éventuellement bénéficier.

a) L'importance de la majorité n'est pas le seul élément à considérer. Elle doit être combinée avec les conditions de la procédure de vote et aussi le nombre et l'importance des Etats qui ont voté contre ou qui se sont abstenus. Il semble que l'on puisse proposer une classification, en ordre dégressif, des résolutions :

- 1) Résolutions votées par appel nominal et à l'unanimité ;
- 2) Résolutions votées par appel nominal à une majorité et comprenant des Etats représentatifs, spécialement, de ceux qui auront la charge de leur donner une application effective ;
- 3) Les résolutions votées à la majorité, mais avec, dans les votes contre, des Etats importants, ou avec de nombreuses abstentions. Dans ce dernier cas, on relèvera les résolutions de la première C.N.U.C.E.D., documents typiquement conflictuels et stratégiques qui mettent en place une opération en vue d'opérer, à la longue, un renversement des valeurs (15).

4) Les résolutions adoptées par consensus.

Cette méthode, on le sait, permet à des gouvernements de laisser passer le texte, en l'absence d'un vote. L'autorité formelle de la résolution est moindre que celle d'un texte voté à l'unanimité ou par une majorité, comportant des Etats les plus intéressés et les plus importants ; elle reste grande au point de vue moral et par le consensus, les Etats s'engagent peut-être beaucoup plus qu'ils n'ont l'intention de le faire réellement, car des situations objectives se trouvent créées.

b) La rédaction plus ou moins précise et détaillée peut expliquer ces diverses modalités de la votation. La formation du droit par degré de précision est une règle de technique juridique particulièrement mise en lumière par les résolutions. Celles qui charrient du droit encore vert, se concentrent sur les objectifs et les principes et prennent ainsi le ton de déclarations d'intentions, mais demeurent plus vagues au niveau des moyens. Les réglementations concrètes les concernant devront intervenir grâce à la coopération des Etats agissant au plan multilatéral ou par l'édiction de législations nationales parallèles.

Pour autant, les résolutions elles-mêmes, assignant des résultats, ne sont pas dépourvues d'effets juridiques. Non encore contraignantes, elles sont déjà justifiantes. L'Etat qui conforme son attitude à la recommandation, puise dans celle-ci un titre juridique. Si celui qui s'y refuse ne peut y être contraint, son comportement étant conforme au droit positif, la manière d'agir de l'Etat qui s'inspire de la résolution le couvre également : elle constitue l'acte-condition qui fait passer la norme du plan de la légitimité à celui de la légalité. On assiste ainsi à la coexistence de deux légalités en conflit, ce qui ne saurait surprendre, s'agissant du

(15) Ainsi on peut relever qu'une résolution insistant pour l'interruption des essais nucléaires dans l'atmosphère a obtenu en 1973, à la Commission politique de l'Assemblée générale, 55 abstentions contre 27 pour la résolution analogue en 1972. Ce genre de résultat numérique revêt un intérêt politique dans les stratégies des Nations Unies.

milieu international, milieu de l'équivalence, du fait des souverainetés qui s'y affrontent. Ainsi peut-on dire que la résolution non encore obligatoire est déjà libératoire.

c) Le problème de son application effective relève d'un autre plan. Il est lié à la présence éventuelle de moyens de pression que le texte lui-même ou l'environnement institutionnel qui est le sien, peuvent prévoir et mettre en œuvre. Nous ne sommes plus ici sur le terrain juridique de la force de l'acte, obligatoire ou non, mais sur celui des moyens réels d'en assurer l'observation.

Remarquons d'abord que l'on ne saurait, dans notre domaine, être fasciné par l'idée de sanction du fait d'un regret de ne pas voir l'ordre international doté des moyens dont dispose le droit interne. L'inexistence de sanctions de type drastique ne doit pas faire conclure à l'absence de règles juridiques. Les deux plans, normatifs et coercitifs, ne se confondent pas. Certes, des sanctions peuvent être prévues dans des systèmes faisant pourtant aux exhortations une place à certains égards plus importante qu'aux prescriptions. On songe notamment à l'article 23 du G.A.T.T., encore qu'il s'agisse d'une sanction fondée sur la réciprocité et non sur un appareil institutionnel.

Au surplus, il convient d'observer que les domaines du droit international du développement ou de l'environnement ne facilitent pas l'organisation de sanctions proprement dites, s'agissant de matières difficiles et, parfois, d'une sérieuse technicité. Des résolutions qui affirment une éthique et ne comportent guère de dispositions réglementaires, ne peuvent donc disposer, à titre principal, que de la sanction de l'opinion publique.

Pour autant, des moyens de pression non négligeables sont utilisés : ils tendent à permettre l'information et à inciter à la consultation.

L'information doit être largement répandue sur la suite dont les résolutions ont été honorées par les Etats destinataires. Sans atteindre aux techniques évoluées dont dispose l'O.I.T., les autres systèmes confient ou s'efforcent de confier aux secrétariats le soin d'assembler et d'exploiter les informations. Ainsi s'établissent des moyens de publicité internes ou externes, destinée à l'opinion publique.

Le système est assez poussé au sein du G.A.T.T., par la pratique des questionnaires, encore qu'il n'y ait aucune garantie qu'il y sera répondu de façon adéquate, et aussi par la diffusion des résultats des études et des statistiques, comme par une procédure de plainte. En revanche, à la C.N.U.C.E.D., le système est moins poussé : le secrétariat envoie aux gouvernements une demande d'informations comportant un plan à suivre dans les réponses ; celles-ci ne sont pas, à cette heure, considérées par les fonctionnaires du secrétariat comme très utilisables pour la préparation du rapport (16). La seconde Stratégie pour le développement

(16) Colloque de Genève sur *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, 1970.

a vu ce problème, car l'accent est mis sur la façon dont le Secrétariat doit présenter les faits et sur la nécessité de le doter des moyens lui permettant de suivre l'action des gouvernements. C'est pourquoi l'on tend à instituer un mécanisme de contrôle d'application (follow up or review mechanism), question qui, au sein de la C.N.U.C.E.D., constitue un point litigieux entre les pays industriels et les pays en voie de développement. Les procédés d'information peuvent déboucher sur des consultations.

La procédure de consultation qui existe au G.A.T.T. est envisagée comme un modèle possible pour la C.N.U.C.E.D. où elle permettrait à chaque Etat membre de demander une consultation avec un ou plusieurs gouvernements, sur certains aspects de l'application de certaines résolutions. Une telle voie ne semble utilisable qu'à la condition de se dérouler avec une grande discussion, sans évoquer un système de plainte. De même, les pays en voie de développement attachent une importance considérable à une revue périodique du système généralisé des préférences. Ce système d'évaluation périodique est prévu dans le cadre de la deuxième décennie du développement.

Certes on sera frappé par le caractère incomplet de ces procédures. Il est naturel ; nous nous trouvons dans les zones de croissance d'un droit de finalité qui va à l'encontre des traditions et dont le mouvement ne peut s'affirmer qu'avec le règlement progressif des contradictions qui contrarient l'avènement, toujours inachevé, de la communauté internationale.