

M. Jacques MOURGEON
Professeur à l'Université des Sciences sociales
de Toulouse

CONDITIONS ACTUELLES DE L'ÉLABORATION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

L'habile civiliste qu'était le doyen François Géný s'est longuement attaché aux problèmes de l'élaboration du droit, pour mettre en lumière les rapports entre la *science*, qui est la connaissance systématique du *donné*, et la *technique*, qui est l'ensemble des procédés d'édification du *construit*. Nul mieux que lui, sans doute, n'a remarqué les influences réciproques (d'aucuns diraient : dialectiques) entre la nature du donné et les résultats du construit, pour montrer qu'en définitive la technique du construit, c'est-à-dire l'élaboration de la règle, détermine autant que le donné l'existence et la substance de la règle (1).

S'il devait aujourd'hui considérer, comme on se propose de le faire au fil de ce colloque, l'élaboration du droit international public, il en tirerait probablement confirmation de ses assertions, mais aussi quelques motifs d'étonnement ou d'hésitation, car les techniques particulièrement complexes d'élaboration de ce droit se combinent avec un donné hétérogène et instable pour faire naître des règles souvent incertaines et dont on discerne difficilement les contours et la physionomie. Bref, il pourrait redouter que l'alliance du donné et du construit ait engendré quelque monstruosité. Est-ce bien le cas ? Telle est, de prime abord, la question qui dominera les réflexions de ce colloque et à laquelle il devra tenter d'apporter des éléments de réponse.

Sommairement, ce donné consiste dans la structure de la société internationale et dans les mécanisme des relations qui animent celle-ci. Leur analyse attentive exigerait de longues pages qu'interdit le caractère strictement introductif de ces considérations. Cependant, quelques points de repère sont indispensables, pour baliser le cheminement sinueux d'une élaboration prenant appui sur un donné périlleux car mouvant et mal connu.

(1) F. Géný, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, 1914, pp. 95 et s. ; tome IV, 1924, pp. 4 et s. Comparer M. Lachs, « Some reflections on substance and form in international law », dans *Transnational law in a changing society* (Essays in honour of Ph. Jessup), 1972, pp. 99 et s.

On peut considérer, au moins provisoirement, qu'il y a droit international public quand il y a accord, tacite ou exprès, entre des Etats ou (et) des personnes détenant par la volonté des Etats une capacité juridique internationale, et portant sur un comportement considéré par les parties comme obligatoire dans leurs relations (2). Ceci étant posé, toutes les questions relatives aux méthodes et aux techniques d'élaboration de l'accord se réduisent à la « règle des cinq W » dont le citoyen Kane disait qu'elle est la règle d'or du journaliste autant que du savant : who, why, what, when, where ? Quelle société internationale secrète cet ensemble d'accords constitutifs du droit international public ? Quels sont ses motifs et ses objectifs ? Quels cadres et quels moments choisit-elle pour leur élaboration ? Les réponses devraient fournir le donné du construit, et indiquer les conditions actuelles de l'élaboration du droit international public.

Pour être actuelles, elles ne sont pas toutes nécessairement nouvelles pour autant. On doit se garder d'un excès de modernisme, et tenter, bien que ce soit malaisé, de faire la part du permanent dans les difficultés de l'élaboration du droit international, et celle du récent, ou même du conjoncturel, plus significatifs de notre époque.

Dans cette perspective, deux catégories de données et de conditions semblent devoir particulièrement retenir l'attention : celles touchant aux tensions et aux options qui président à l'élaboration du droit international ; et celles, ensuite, relatives aux convergences et aux concertations qui la permettent. Qu'il en résulte pour le droit international des incertitudes, voire des incohérences, c'est inévitable ; il conviendra de l'indiquer avant que la suite des présents travaux le montre davantage.

I

TENSIONS ET OPTIONS

La société internationale d'aujourd'hui est à l'image du tréfonds des mers : en fissures, failles et cassures, que les lentes évolutions de couches géologiques plus ou moins anciennes provoquent, accentuent ou résorbent, en suscitant séismes, éruptions volcaniques et raz de marées. Comme ces profondeurs, elle montre des bouleversements irrésistibles, dont les manifestations en surface sont les signes de ruptures et de tensions incoercibles.

(2) « Les règles de droit international sont des modalités de comportement des Etats concernés ; elle n'existent pas indépendamment d'eux » (G. Chaumont, « Cours général de droit international public », R.C.A.D.I., 1970-I (t. 129), p. 365).

Il serait hâtif d'affirmer que la division principale s'établit entre les forts et les faibles. Ce clivage est inhérent à la société internationale tant qu'elle se perpétue dans cet état de nature auquel Hobbes et d'autres ensuite l'ont aisément comparée (3). L'opposition est davantage entre Etats développés et sous-développés ou, plus exactement, entre Etats industriels et Etats pré-industriels, et elle coïnciderait presque avec une distinction entre Etats anciens et Etats nouveaux (la période de référence étant la fin de la seconde guerre mondiale et la création de l'O.N.U.) si la Chine multiséculaire et la vieille Amérique latine ne constituaient un sensible d'Etats encore largement pré-industriels (4).

Si l'on accentue l'observation, force est de constater que le clivage entre les Etats industriels et les autres n'est pas dans la nature des choses, mais résulte d'une création et d'une activité de l'homme, et que le caractère fondamentalement et essentiellement inégalitaire de la société internationale contemporaine est le résultat de processus historiques variés et cumulés de domination, allant de la colonisation territoriale, la plus évidente et la plus étendue, à l'épanouissement plus discret de sociétés multinationales, qui ont permis et facilitent encore un transfert de richesses et une accentuation d'inégalités tels qu'à peine un quart de l'humanité possède ou contrôle à son avantage environ les deux tiers des productions et des ressources connues de la planète. Toutes les analyses et toutes les statistiques décrivent presque surabondamment cette situation, que l'on ne cesse de déplorer mais sans trop y insister.

Puisque l'inégalité des nations est le résultat d'une inégalitarisation, il n'est aujourd'hui plus nécessaire d'être d'obédience marxiste pour transposer à l'échelle internationale les schémas appliqués par Engels puis par Lénine aux sociétés « capitalistes » de leur temps, et affirmer qu'à une minorité d'impérialismes peut-être concurrents mais dont l'omnipotence culmine, fait face une cohorte de nations prolétaires, numériquement accrue par une décolonisation marquant davantage la fin du servage que le commencement de l'aisance, et dont la condition de prolétaires est autant la caractéristique que le facteur possible d'une solidarité minimale. Au regard de cette réalité première, les différenciations idéologiques dont on se rengorge souvent sont négligeables, dérisoires même.

Point n'est besoin d'idéologie, en effet, pour transformer cette casure principale en une source de tensions majeures. Il suffit d'y ajouter l'énergie de la contestation et l'ardeur de la revendication. La tension ne naît pas de la différenciation elle-même, mais du désir de l'atténuer et, si possible, de la supprimer. Elle naît de motifs et d'objectifs opposés qui s'expriment dans une variété d'options contraires. C'est dire que les tensions et les options sont, en fait, indissociables. Elles se commandent réciproquement, et les divergences quant aux options nourrissent

(3) Hobbes, *Léviathan*, chap. XIII ; cf. R. Aron, *Guerre et paix entre les nations*, 1962, pp. 18, 35, 52, 60.

(4) Le cas des Etats pétroliers est, évidemment, dirimant, sans être pour autant marginal.

des tensions, tout comme ces dernières suggèrent ou ouvrent des options quant aux possibilités les plus sûres et aux modalités les plus efficaces d'y mettre fin.

La détermination des options et le choix entre elles peuvent, sans excès de schématisation, être ramenées à la question qui hante la société internationale et qui est celle-ci : étant acquis que l'inégalité croissante, dangereuse et inacceptable, entre les Etats est autant le fait de l'homme que celui de la nature ; étant admis que tout Etat peut prétendre à une même égalité de chances et de possibilités de développement que tout autre ; étant entendu que les relations internationales pacifiques reposent sur le consentement et non sur la domination, quelles voies emprunter pour conduire pacifiquement les Etats à la même égalité de chances, à la même capacité de développement, à la même liberté d'action (5) ? La question étant ici posée à des juristes, c'est en juriste qu'il faut tenter d'y répondre, en recherchant quels pourraient être les principes normatifs et les règles à même de constituer ces voies nouvelles.

Dans cette quête, le juriste bute immédiatement sur les obstacles difficiles à franchir que sont des notions dominantes que leur ambivalence et leur imprécision rendent malaisément utilisables pour l'élaboration de règles : la souveraineté, la compétence, la validité et la nullité, la non-intervention, l'agression, la force, la contrainte, le conflit (6), la neutralité (7), le territoire, la ressource naturelle, le droit d'un peuple à disposer de lui-même ; autant de concepts qui divisent, et sur lesquels, pourtant, un accord est indispensable pour qu'ils permettent l'élaboration et l'application de la règle.

Cet accord n'est lui-même possible que si le concept se nourrit d'un droit nettement établi qui serve de référence pour la définition du concept et la détermination de son contenu. Or l'on sait combien est vive la contestation contemporaine du droit international public. Maints travaux, et notamment ceux de « l'école de Columbia » l'ont montré avec une minutie qui dispense d'y insister (8). Il suffit de rappeler qu'un traité aussi fondamental que la Charte des Nations Unies ne cesse de faire l'objet, de diverses manières, de retouches, de compléments, d'actualisations (9). Ce que l'on continue d'appeler la codification est en réalité un vaste inventaire de succession par lequel on rejette au moins autant qu'on le conserve le droit ancien, non sans d'ailleurs le frag-

(5) Cf. W. Jenks, « Economic and social change and the law of nations », *R.C.A.D.I.*, 1973 (t. 138) et G. Ladreit de Lacharrière, « Influences de l'inégalité de développement des Etats sur le droit international », *R.C.A.D.I.*, 1973 (t. 139).

(6) Cf. *infra*, la communication présentée par Ph. Bretton.

(7) F. Deak, « Neutrality revisited », dans *Transnational law in a changing society*, *op. cit.*, pp. 137 et s.

(8) W. Friedmann, *The changing structure of international law*, 1964 ; O. Lissitzyn, « Le droit international dans un monde divisé », *R.G.D.J.P.*, 1965, n° 4, pp. 917 et s. ; Ph. Jessup, « The present state of transnational law », dans *The present state of international law* (Etudes à l'occasion du centenaire de l'International Law Association), 1973, pp. 339 et s.

(9) L.B. Sohn, « The development of the Charter of the United Nations », dans *The present state of international law*, *op. cit.*, pp. 39 et s.

menter ou le nuancer (10). Et l'on sait dans quelle suspicion sont tenus les procédés juridictionnels de règlement des différends, blâmés d'être traditionalistes parce que traditionnels.

La critique ne résulte pas seulement ni principalement de ce que les Etats ont plus que doublé en nombre depuis trente ans ; ou du fait que pour beaucoup, guère familiarisés avec les complexités du droit international, il serait plus simple de les ignorer que de les explorer ; mais de la volonté générale de réorienter les tendances et les finalités de la communauté internationale, sans que l'unanimité se fasse pour autant sur les directions à prendre et les voies à utiliser.

Nul ne songe plus à minimiser l'ampleur de la contestation, primordiale quand bien même quelques excès et outrecuidances nuiraient à sa lucidité. Mais nul n'échappe à un certain malaise en constatant que le construit cède sous la pression d'un nouveau donné mal connu, d'une sorte d'éruption volcanique difficilement maîtrisable dont les turbulences et les soubresauts excluent toute nouvelle édification avant que les laves soient figées et les scories tombées.

Pourtant, nul ne songerait à sérieusement prétendre que l'acuité des tensions et l'incertitude des options contraindrait, pour une durée temporaire et indéterminable, la société internationale à vivre dans un non-droit, sans aucun construit, même provisoire. Autrement dit, le juriste peut répondre à la question tout à l'heure posée, en proposant un droit qui satisfasse aux aspirations nouvelles et dont l'élaboration soit adaptée à son contexte de tensions et de contestations. C'est ici qu'entre en ligne de compte la seconde catégorie de conditions et de données actuelles de l'élaboration du droit international public, à savoir les convergences et les concertations qui la permettent.

II

CONVERGENCES ET CONCERTATIONS

Le droit des relations internationales s'est toujours élaboré à partir, soit de concertations susceptibles d'aboutir à des accords généralement écrits et plus ou moins solennels, soit d'unilatéralismes convergents et constitutifs de pratiques coutumières ou de données juridiques dont on pouvait tenter de tirer des principes généraux du droit. On est tenté d'affirmer qu'il en va de même aujourd'hui ; pas tout à fait cependant. L'hétérogénéité de la société internationale, ses tensions, ses hésitations et contradictions quant aux options à prendre, conduisent à réduire la prépondérance de la concertation sur les convergences, et à en modifier l'objet.

(10) Cf. *infra*, la communication présentée par Y. Daudet.

Certaines des études ici réunies témoignent, une fois encore, de l'importance croissante de l'unilatéralisme dans la formation du droit international public (11).

Tout d'abord, c'est presque un lieu commun d'observer que les conduites et pratiques des Etats contribuent à la formation de coutumes qui demeurent par elles-mêmes des techniques classiques d'élaboration du droit international public, mais qui sont de plus en plus parcellaires et accélérées (12). Le premier caractère s'explique par l'accroissement numérique des Etats qui, répugnant pour diverses raisons à se lier par des accords écrits passés en dehors d'eux, se réfugient d'autant plus volontiers dans des coutumes régionales ou locales, ou relatives à un domaine particulier des relations internationales. Il y a là une conséquence nette des divergences quant aux options et objectifs, évoquées plus haut. L'accélération (et, par suite, la mobilité) des coutumes s'explique davantage par le renouvellement et la fluctuance incessants des conditions des relations internationales, notamment de leurs conditions économiques et techniques. Face à elles, l'élaboration d'un accord écrit suffisamment général et complet est estimée trop lente, et l'on redoute, à tort ou à raison, que, parvenue à terme, la convention soit déjà dépassée ou périmée.

C'est largement pour les mêmes raisons structurelles et d'efficacité que, en second lieu, les actes unilatéraux des Etats et des organisations internationales ont acquis droit de cité. Tantôt le droit qu'ils constituent occupe la place laissée vacante par le droit issu de la concertation sans pour autant le remplacer : ainsi en est-il des régimes juridiques de la mer (13). Tantôt les actes unilatéraux créent, par leur convergence, un droit concerté ne prenant point la forme conventionnelle (14). Ou encore (mais ceci ne vaut que pour les actes unilatéraux des organisations internationales) ils suggèrent, recommandent ou préparent l'élaboration d'un droit concerté (15). Mais, dans tous les cas, ils révèlent le déclin très net, sinon de la concertation elle-même, du moins de sa forme classique qu'est la convention.

Ce n'est point par goût du paradoxe que l'on relève que la codification, combien laborieuse, du droit des traités par la convention de

(11) Cf. *infra*, les rapports présentés par les professeurs Pinto et Charpentier ; et J. Dehaussy, « Les actes unilatéraux », *Juris-classeurs de droit international*, fasc. 14 (sources du droit international).

(12) Cf. C. Chaumont, *Cours*, précité, pp. 434 et s. ; et *infra*, la communication présentée par le professeur Dupuy.

(13) Cf. *Actualités du droit de la mer*, 1973, notamment les contributions de J.P. Quéneudec, *La remise en cause du droit de la mer*, pp. 9 et s. ; et de R.J. Dupuy et A. Piquemal, *Les appropriations nationales des espaces maritimes*, pp. 109 et s. ; cf. en outre A. Piquemal, *Le fond des mers, patrimoine commun de l'humanité*, Etudes du Centre national pour l'exploitation des océans, 1973, n° 2.

(14) Ph. Cahler, « Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations », dans *Hommage à P. Guggenheim*, 1968, pp. 237 et s.

(15) Cf. *infra*, la communication présentée par M. Zimmerli ; et M. Virally, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *A.F.D.J.*, 1956, pp. 66 et s.

Vienne est peut-être le chant du cygne du traité. Mais il est de fait que les grandes conventions à caractère universel, que l'on a parfois voulu appeler des traités-lois, se font rares. Et lorsqu'elles arrivent, lentement, jusqu'à la phase de leur adoption, elles sont comme essoufflées pour parvenir jusqu'à une vaste entrée en vigueur, d'ailleurs compromise et minimisée par le jeu des réserves (16). Tout serait-il donc réglé ? Que non pas ! Mais la convention se cantonne dans des ambitions modestes, dans des zones géographiques restreintes, ou à des objets limités, techniques le plus souvent. Alors on la découvre vivace et florissante, se dépouillant volontiers de toute solennité et allant même, pour des raisons d'urgence, d'efficacité ou de technique, jusqu'à devenir tout à fait informelle (17).

Simultanément, une autre voie est utilisée pour les grandes concertations par lesquelles la société internationale tente de satisfaire aux revendications et de déterminer les options fondamentales généralement acceptables : la voie de la déclaration (18). Il importe assez peu que celle-ci soit dénommée résolution, charte, ou autrement ; que les Etats l'adoptent réunis en assemblée d'une organisation internationale, ou à la faveur d'une conférence diplomatique (19). Mais le procédé lui-même est d'une extrême importance, à raison à la fois de sa fréquence, de l'étendue de « la conviction commune » qu'il exprime (20), et de l'immensité de ses domaines : pratiquement aucune réalité internationale dominante parce que préoccupante ne lui échappera une fois adoptée la Charte des droits et devoirs économiques des Etats actuellement en préparation.

Teles sont, pour l'essentiel, les conséquences de la situation de la société internationale sur l'élaboration du droit international : un accroissement considérable de la place et du rôle des unilatéralismes convergents, et une translation de la concertation générale de la convention vers la déclaration (21).

(16) Ch Chaumont, *Cours*, précité, pp. 446 et s. Parmi de nombreux exemples, on retiendra celui des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, péniblement élaborés pendant vingt ans et qui, depuis leur adoption (décembre 1966), n'ont approché que de loin les trente-cinq ratifications nécessaires à leur entrée en vigueur.

(17) Cf. *infra*, la communication présentée par le professeur Vellas.

(18) S. Bastid, « Observations sur une « étape » dans le développement progressif et la codification des principes du droit international », *Hommage à P. Guggenheim*, pp. 132 et s. ; M. Virally, *Le rôle des « principes » dans le développement du droit international*, *eod. loc.*, pp. 531 et s.

(19) Le rapport du professeur Charpentier mentionne (note 33) les principales déclarations adoptées dans le cadre de l'O.N.U., soit par l'Assemblée générale, soit par une conférence réunie sous les auspices de l'Organisation.

On peut y ajouter la déclaration « sur un ordre économique international » adoptée le 2 mai 1974 lors de la clôture de la session extraordinaire de l'Assemblée générale relative aux matières premières. En outre, sont très significatives certaines déclarations adoptées en dehors de l'O.N.U., par exemple celle émanant de l'O.U.A. et relative à l'indépendance et à la coopération économiques en Afrique (mai 1973), et la déclaration finale de la Conférence au sommet des pays non alignés (Alger, septembre 1973).

Dès lors, la question se pose de savoir si cette profonde transformation du construit, corrélative de celle du donné, n'aboutit pas à des bouleversements et à des altérations tels que l'édifice n'a plus rien ou presque de juridique. A certains égards, une réponse affirmative est tentante, mais on doit l'écartier.

La prolifération des faits internationaux peut laisser douter des possibilités de convergence normative de tant d'unilatéralismes, ou encourager des convergences entre elles contradictoires (22). La multitude d'accords de seconde zone, pour ne pas dire secondaires, décourage le chercheur de règles dominantes que l'on hésite de plus en plus à trouver du côté de principes généraux (23), ou en faisant appel à un *jus cogens* dont la détermination est délicate sinon problématique (24). Et les controverses restent vives quant à la normativité de ces nouvelles expressions de concertations que sont les déclarations, notamment lorsqu'elles touchent à un possible droit du développement (25). Pourtant, l'on peut trouver quelque cohérence à cet ensemble apparemment disparate, qui constitue un nouveau construit pour un nouveau donné, si l'on veut bien considérer celui-ci une fois encore.

Il est fait de tensions vives et nombreuses. C'est pourquoi il appelle un droit régulateur de l'instant, souple et mobile, d'une élaboration efficace et rapide pour laquelle tous les procédés sont acceptables dès lors qu'ils conduisent à édicter des obligations de comportement adaptées au transitoire et à l'aléatoire de la conjoncture (26). Il est fait, en outre, d'options communes et d'objectifs à long terme. A ce titre, il réclame un droit prospectif, stable et général, un droit-cadre que d'autres règles, autrement élaborées s'il le faut, viendront concrétiser à mesure des besoins.

Ainsi, l'accord constitutif du droit international s'établit à deux niveaux très distincts et s'applique à des objets très différents, tantôt lointains et généraux, tantôt immédiats et concrets. Somme toute, en reprenant une vieille distinction du droit civil, on peut soutenir que

(20) La formule est tirée de la Déclaration de Stockholm sur l'environnement (16 juin 1972) ; texte dans *R.G.D.I.P.*, 1973, n° 1, p. 350.

(21) Depuis la rédaction de ces lignes, un autre exemple a été particulièrement mis en lumière : cf. C.A. Colliard, « Le droit de l'espace ou le ciel et la terre », dans *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, 1974, pp. 63 et s.

(22) Cf. *infra*, la communication présentée par M. de Lacharrière.

(23) T.O. Elias, « Modern sources of international law », dans *Transnational law in a changing society*, *op. cit.*, pp. 34 et s.

(24) Cf. *infra*, la communication présentée par M. Yasseen.

(25) Cf. *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, Colloque 1973 (Aix-en-Provence) de la S.F.D.I., et notamment les conclusions dues au professeur Virally (p. 307), Paris, 1974 ; en outre, J. Castañeda, « Valeur juridique des résolutions des Nations Unies », *R.C.A.D.I.*, 1970, t. 129, pp. 205 et s.

(26) Le professeur Weil a insisté sur le fait que le droit international, même non relatif à l'économique, est constamment confronté à l'aléatoire et au transitoire : cf. P. Weil, « Le droit international économique, mythe ou réalité ? », dans *Aspects du droit international économique*, colloque 1971 (Orléans) de la S.F.D.I., 1972, pp. 1 et s., notamment pp. 5, 23, 27.

le droit international public se partage entre une somme d'obligations de résultats, et un ensemble d'obligations de moyens, chacune de ces catégories étant posée par des règles dont les processus d'élaboration diffèrent sensiblement, les concertations non conventionnelles dominant pour les premières, les convergences d'unilatéralismes pour les secondes.

Mais ce bouleversement dans les processus d'élaboration du droit, consécutif à celui du donné, contraint à un nouvel effort quant à la détermination exacte de la règle. Par-delà la multitude des faits, des actes juridiques, des conventions ; par-delà l'ampleur des déclarations de principes et des engagements abstraits, se pose une question qui, à l'analyse, se divise en deux.

La première est de savoir quand est acquis l'accord créateur de droit, à partir de quel moment, de quelle étape de convergence ou de concertation il y a un consentement constitutif d'accord. La seconde question revient à demander quel est le contenu de l'accord que les convergences ou les concertations forment.

Somme toute et enfin, l'on retrouve le doyen Gény demandant quelle peut être l'influence du procédé de construction sur l'existence d'abord, sur la substance ensuite, du construit qu'est la règle. La question sera certainement à l'arrière-plan de la suite de ce colloque.