

J. d'Aspremont, "Dispositions Non Normatives des Actes Juridiques Conventionnels à la Lumière de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice," *Revue Belge de Droit International*, Vol. 36, No. 2

[P. 508]

[...]

5. Conclusion

A provision is thus considered normative if it prescribes a specific behavior, that is to say if it limits the freedom of legal subjects, thereby rendering them the bearers of an international legal obligation. Conversely, a provision cannot be considered normative if it does not prescribe a specific behavior, if it does not contain any useful legal content, if the determination of its content is left to the discretion of the recipient, or if the provision is not independently applicable. Identified as such, let us now analyze their legal regime.

[...]



DATE DOWNLOADED: Wed Feb 19 03:51:17 2025

SOURCE: Content Downloaded from [HeinOnline](https://heinonline.org)

Citations:

Please note: citations are provided as a general guideline. Users should consult their preferred citation format's style manual for proper citation formatting.

Bluebook 21st ed.

Jean D'Aspremont Lynden, Dispositions Non Normatives des Actes Juridiques Conventionnels a la Lumiere de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, Les, 36 REV. BDI 496 (2003).

ALWD 7th ed.

Jean D'Aspremont Lynden, Dispositions Non Normatives des Actes Juridiques Conventionnels a la Lumiere de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, Les, 36 Rev. BDI 496 (2003).

APA 7th ed.

D'Aspremont Lynden, Jean. (2003). Dispositions non normatives des actes juridiques conventionnels la lumiere de la jurisprudence de la cour internationale de justice, les. *Revue Belge de Droit International / Belgian Review of International Law*, 36(2), 496-522.

Chicago 17th ed.

Jean D'Aspremont Lynden, "Dispositions Non Normatives des Actes Juridiques Conventionnels a la Lumiere de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, Les," *Revue Belge de Droit International / Belgian Review of International Law* 36, no. 2 (2003): 496-522

McGill Guide 9th ed.

Jean D'Aspremont Lynden, "Dispositions Non Normatives des Actes Juridiques Conventionnels a la Lumiere de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, Les" (2003) 36:2 Rev BDI 496.

AGLC 4th ed.

Jean D'Aspremont Lynden, 'Dispositions Non Normatives des Actes Juridiques Conventionnels a la Lumiere de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, Les' (2003) 36(2) *Revue Belge de Droit International / Belgian Review of International Law* 496

MLA 9th ed.

D'Aspremont Lynden, Jean. "Dispositions Non Normatives des Actes Juridiques Conventionnels a la Lumiere de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, Les." *Revue Belge de Droit International / Belgian Review of International Law*, vol. 36, no. 2, 2003, pp. 496-522. HeinOnline.

OSCOLA 4th ed.

Jean D'Aspremont Lynden, 'Dispositions Non Normatives des Actes Juridiques Conventionnels a la Lumiere de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, Les' (2003) 36 Rev BDI 496

Please note: citations are provided as a general guideline. Users should consult their preferred citation format's style manual for proper citation formatting.

LES DISPOSITIONS NON NORMATIVES DES ACTES JURIDIQUES CONVENTIONNELS À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

PAR

Jean D'ASPREMONT LYNDEN

ASPIRANT F.N.R.S.,
UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Qu'une convention contienne des dispositions non normatives, c'est-à-dire des dispositions dont il est impossible d'inférer quelque directive de comportement pour ses destinataires, n'est pas un phénomène nouveau et la pratique contemporaine ne semble pas l'avoir remis en cause.

Les dispositions non normatives des actes juridiques conventionnels ont toutefois relativement peu intéressé la doctrine. Ce silence des auteurs est d'autant plus singulier que la Cour internationale de Justice n'a pas totalement ignoré la question. En effet, à trois reprises, la juridiction de La Haye a eu à connaître de dispositions qu'elle a estimées non normatives. Dans son arrêt du 20 février 1969 dans l'affaire relative au *plateau continental de la mer du Nord* d'abord, la Cour a jugé que le principe de l'équidistance consacré à l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental n'avait pu devenir une règle coutumière de droit international notamment parce que cette disposition ne présentait « aucun caractère fondamentalement normatif » (1). Dix-sept ans plus tard, la Cour internationale de Justice, dans son arrêt dans l'affaire relative aux *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, n'a pu déduire des principes de l'Organisation des États américains quelque obligation pour les membres de celle-là d'organiser des élections démocratiques (2). Enfin, dans l'affaire relative aux *plates-formes pétrolières*, la Cour a décliné sa compétence pour connaître de l'article premier du traité d'amitié qui lie l'Iran et les États-Unis au motif que cette disposition n'était pas normative (3).

Vu le silence de la doctrine, c'est sur quelques laconiques *dictas* de la Cour dans les affaires susmentionnées que s'appuie la présente étude pour

(1) *Rec.*, 1969, para. 72, p. 43.

(2) *Rec.*, 1986, para. 259-261, pp. 131-132.

(3) *Rec.*, 1996, para. 28 et 31.

dégager une théorie de la normativité des instruments juridiques conventionnels en droit international public. A cet effet, on s'attache d'abord à déterminer les dispositions des instruments juridiques qui ne présentent aucune aptitude normative (I). On s'interroge ensuite sur leur régime juridique (II) avant d'analyser leurs effets dans l'ordre juridique international (III). Le résultat de la recherche permettra alors de douter de certaines catégorisations doctrinales bien établies (IV).

I. — LES DISPOSITIONS NON NORMATIVES DES ACTES JURIDIQUES CONVENTIONNELS

La Cour n'a jamais précisé ce que recouvre la normativité d'un acte. Il semble néanmoins raisonnable de considérer qu'est normative la disposition qui prescrit un comportement donné, c'est-à-dire celle qui limite la liberté des sujets de droit les rendant, partant, débiteurs d'une obligation de droit international. A l'inverse, présente une inaptitude normative, la disposition qui ne contient aucune directive de comportement et qui laisse intacte la liberté de ses destinataires (4). Qu'on s'entende sur la notion de normativité n'emporte pas pour autant qu'on puisse aisément déterminer les dispositions qui présentent une telle aptitude et celles auxquelles elle fait défaut.

C'est l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *plateau continental de la mer du Nord*, qui, à une époque où la Cour justifie encore le droit qu'elle applique, nous apporte le plus de précision sur l'aptitude normative d'une disposition. On rappelle d'abord les raisons qui ont conduit la Cour à refuser toute normativité à une disposition (§ 1^{er}) avant de se pencher plus avant sur les critères de normativité qu'elle énonce aussi bien que ceux qu'elle n'énonce pas (§ 2).

§ 1^{er} — *L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du plateau continental de la mer du Nord*

Dans l'affaire du *plateau continental de la mer du Nord*, la Cour était appelée à se prononcer sur le caractère coutumier du principe de l'équidistance contenu par l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental (5). Si la question de la normativité s'est posée à la Cour,

(4) A ce sujet, voy. J.-P. JACQUÉ, « Acte et norme en droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1991, vol. II, t. 227, pp. 357-418.

(5) « 1. Dans le cas où un même plateau continental est adjacent aux territoires de deux ou plusieurs États dont les côtes se font face, la délimitation du plateau continental entre ces États est déterminée par accord entre ces États. A défaut d'accord, et à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation, celle-ci est constituée par la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des États.

c'est parce que l'aptitude normative d'une règle est un préalable à son caractère coutumier. On comprend en effet sans peine que dans l'hypothèse de la formation d'une règle coutumière calquée sur une règle conventionnelle antérieure, la pratique, entendue comme l'élément objectif de la coutume, ne peut sérieusement se concevoir autrement que par le comportement des États en conformité avec le prescrit de la disposition conventionnelle. Or si celle-ci ne contient aucune directive de comportement, il est vain de chercher une pratique conforme qui serait constitutive de droit coutumier.

La Cour formule la question de la normativité en ces termes :

« [Pour que l'article 6 de la Convention de 1958 sur le plateau continental soit devenue une règle de droit international coutumier], [il] faut d'abord que la disposition en cause ait, en tout cas virtuellement, un caractère fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit. On peut dire que le principe de l'équidistance, envisagé dans l'abstrait, satisfait à cette condition. Néanmoins, vu la forme particulière qu'il revêt à l'article 6 de la Convention et étant donné le rapport entre cet article et d'autres dispositions de la Convention, on ne peut manquer d'avoir des doutes ».

Et la Cour de formuler trois objections à la normativité du principe de l'équidistance consacré par l'article 6 de la Convention de 1958 sur le plateau continental :

« En premier lieu, l'article 6 est rédigé de telle sorte qu'il fait passer l'obligation de recourir à la méthode de l'équidistance après l'obligation primordiale d'effectuer la délimitation par voie d'accord. Cette obligation primordiale précéderait de manière bien inusitée ce que l'on prétend être virtuellement une règle de droit général. Sans chercher à aborder la question du *jus cogens* et encore moins à se prononcer sur elle, on doit admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties, mais cela ne fait pas normalement l'objet d'une disposition expresse comme dans l'article 6 de la Convention de Genève ».

« En second lieu, le rôle que joue la notion de circonstances spéciales par rapport au principe de l'équidistance consacré à l'article 6 et les controverses très importantes, non encore résolues, auxquelles ont donné lieu la portée et le sens de cette notion ne peuvent que susciter d'autres doutes quant au caractère virtuellement normatif de la règle ».

« Enfin, si la faculté d'apporter des réserves à l'article 6 ne suffit peut-être pas à empêcher le principe de l'équidistance de s'intégrer finalement au droit général, elle fait du moins qu'il est beaucoup plus difficile de soutenir que ce résultat a été ou pourrait être atteint sur la base de la Convention : tant que cette faculté demeure et qu'elle n'est pas modifiée à la suite d'une demande de révision formulée en vertu de l'article 13 — demande qu'une indication

2. Dans le cas où un même plateau continental est adjacent aux territoires de deux États limitrophes, la délimitation du plateau continental est déterminée par un accord entre ces États. A défaut d'accord, et à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation, celle-ci s'opère par application du principe de l'équidistance des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des États ».

officielle ne laisse présager pour l'instant — il semble que ce soit la Convention elle-même qui, pour des raisons déjà énoncées, prive les dispositions de l'article 6 du caractère normatif qu'ont par exemple les dispositions des articles 1 et 2 ».

§ 2. — *Analyse des critères de (non-)normativité*

Pour déterminer si le principe de l'équidistance contenu à l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental est un principe de droit international coutumier, la Cour n'a pas à se prononcer sur la normativité de l'article 6 dans son ensemble. Pas plus n'a-t-elle à examiner la normativité du principe de l'équidistance envisagé dans l'abstrait. Seule celle du principe de l'équidistance *tel qu'il est envisagé par cette disposition* intéresse la Cour. En d'autres termes, pour déterminer le caractère coutumier du principe de l'équidistance contenu à l'article 6, la Cour examine préalablement la normativité du principe de l'équidistance tel qu'il a été pensé par les auteurs de la Convention de 1958. Or, c'est justement la « forme » qui lui a été donnée à l'article 6, qui, selon la Cour, prévient toute aptitude normative.

Il semble que, pour la Cour, constituent un obstacle à la normativité du principe de l'équidistance tel qu'il est envisagé à l'article 6 précité, le fait qu'il ne s'applique qu'à défaut d'accord, le recours à des notions controversées telles que celle de « circonstances spéciales » et enfin, la faculté de formuler des réserves à son endroit. Le premier motif de refus énoncé par la Cour tient à l'absence de tout contenu utile du principe de l'équidistance tel qu'il est pensé à l'article 6 de la Convention de Genève de 1958. On y consacre notre première section (1). Le second motif pour lequel la Cour refuse d'inférer du principe de l'équidistance tel qu'il est envisagé à l'article 6 quelque norme, renvoie, pour sa part, au caractère purement potestatif de celui-là. En effet, l'incertitude inhérente à la notion de « circonstances spéciales » semble emporter que l'appréciation d'une telle notion soit entièrement laissée aux destinataires de ce principe, les empêchant, partant, de devenir débiteur de quelque obligation. On l'explique dans une deuxième section (2). La troisième raison qui conduit la Cour à refuser toute normativité au principe de l'équidistance, tel qu'il est envisagé à l'article 6 précité, est la faculté de formuler des réserves à son endroit. On explique pourquoi le raisonnement de la Cour convainc ici difficilement (3). Il reste qu'un critère de normativité a été ignoré par la Cour dans son arrêt dans l'affaire relative au *plateau continental de la mer du Nord* : l'applicabilité autonome de la disposition. Elle n'avait pas à s'y attarder. On ne manque toutefois pas d'y consacrer quelque attention (4).

1. *Le contenu utile de la disposition*

Pour déterminer le caractère coutumier du principe de l'équidistance, la Cour, on l'a dit, n'évalue pas la normativité de l'article 6 de la Convention de 1958 mais celle du principe de l'équidistance *tel qu'il est envisagé par cette disposition*. Selon celle-ci, l'équidistance est un principe qui ne s'applique qu'à défaut d'accord. La Cour est donc appelée à examiner si le principe de « l'équidistance à défaut d'accord » contient une directive de comportement.

Le principe de « l'équidistance à défaut d'accord » ne prescrit un comportement à ses destinataires qu'à raison de son articulation, à l'article 6 de la Convention de 1958 sur le plateau continental, avec l'obligation conventionnelle « primordiale » de délimiter le plateau continental par voie d'accord. Mais la Cour, on l'a dit, ne regarde pas la normativité de l'article 6 mais celle du principe de l'équidistance telle qu'il est envisagé par cette disposition. Aussi, expurgé de l'obligation préalable de délimiter son plateau continental par voie d'accord, le principe de « l'équidistance à défaut d'accord », perd-t-il son caractère normatif et laisse intacte la liberté des parties. On sait en effet, que toute règle de droit international, sous réserve du *jus cogens*, s'applique à défaut d'accord contraire. Selon cette logique, il existe une règle normative à laquelle l'accord vient déroger. Que l'application de l'équidistance, tel qu'envisagée à l'article 6, soit explicitement conditionnée au défaut d'accord, signifie l'inverse : antérieurement à celui-ci, il n'est aucune règle prescrivant le recours à l'équidistance. Partant, le principe de « l'équidistance à défaut d'accord » ne présente aucune aptitude normative. En d'autres termes, ce principe n'a aucun contenu utile.

Le défaut de contenu utile d'une disposition s'envisage généralement beaucoup moins savamment. Il découle ordinairement de l'absence de destination normative de la disposition. Il existe en effet des dispositions conventionnelles qui, comme telles, n'ont jamais eu vocation à prescrire un comportement particulier et n'ont, partant, reçu aucun contenu utile : il s'agit de simple verbiage fut-il consigné dans un préambule ou dans un « article opérationnel » (6). On a parlé de dispositions « émotionnelles » (7) ou d'« empty shells » (8). Nul n'a, par exemple, jamais contesté que les dispositions des traités de paix ou d'amitié qui proclamaient celle-ci ou celle-là n'emportaient aucune norme (9). Rentrent également dans cette catégorie,

(6) Rapport de FITZMAURICE, *A.C.D.I.*, 1956, II, p. 120; K. WIDDOWS, « What is an International Agreement in International Law », *B.Y.I.L.*, 1980, p. 132.

(7) W. WENGLER, « Les Conventions 'non juridiques' comme nouvelle voie à côté des conventions en droit », *Mélanges Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 647 (en note).

(8) V. D. DEGAN, *Sources of International Law*, 1997, pp. 501 et s.

(9) C.I.J., Aff. des *plates formes pétrolières*, *Rec.*, 1996, § 28 et § 31 (*cf. infra*).

les dispositions qui se veulent purement indicatives et suggestives (10). Doivent, enfin, être pareillement analysées, les dispositions définissant les objectifs ou les principes de l'instrument en question (11) souvent rédigées à la manière d'un article (12). Ce cas s'est présenté devant la Cour internationale de Justice dans son arrêt dans l'affaire relative *aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*. A cette occasion, elle fut appelée à se pencher sur la normativité des principes de l'Organisation des États américains. L'article 3 d) de la Charte de l'Organisation des États américains stipule au titre des « principes » de l'organisation que « la solidarité des États américains et les buts élevés qu'ils poursuivent exigent de ces États une organisation politique basée sur le fonctionnement effectif de la démocratie représentative ». La Cour a affirmé qu'elle « n'[y] découvre aucun instrument ayant une valeur juridique, unilatéral ou synallagmatique, par lequel le Nicaragua se serait engagé quant au principe et aux modalités de la tenue d'élections ». « Mention, ajoute-t-elle, a déjà été faite de la Charte de l'Organisation des États américains (...) » (13). Si la Cour semble stigmatiser l'absence de « valeur juridique » (*cf. infra*), il ne fait cependant aucun doute qu'elle a d'abord et très justement considéré que l'article 3 de la Charte de l'Organisation des États américains ne contenait aucune norme à l'intention des États membres de l'organisation.

2. *Le contenu non potestatif de la disposition*

On doit considérer comme purement potestatif, la disposition dont la détermination du contenu est abandonnée à la seule volonté du destinataire. Sont ainsi purement potestatives, les dispositions assorties d'une condition « si les États le juge raisonnable » ou « nécessaire ». Les dispositions de ce type sont, à dire vrai, assez rares. On aurait pu penser que la condition du défaut d'accord contenu dans le principe de l'« équidistance à défaut d'accord » rentrait dans cette catégorie. En effet, d'aucuns aurait pu croire que les destinataires du principe de « l'équidistance à défaut d'accord » demeure maître de celui-ci, déterminant ainsi l'applica-

(10) Article 20, § 3 de la Convention sur la diversité biologique : « Les Parties qui sont des pays développés peuvent aussi fournir, au bénéfice des Parties qui sont des pays en développement, des ressources financières liées à l'application de la présente Convention, par des voies bilatérales, régionales et multilatérales ».

(11) Article 7 de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires : « Objectifs et principes : En matière de langues régionales ou minoritaires, dans les territoires dans lesquels ces langues sont pratiquées et selon la situation de chaque langue, les Parties fondent leur politique, leur législation et leur pratique sur les objectifs et principes suivants : (...) ».

Voy. aussi les articles 2 et 3 de la Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements climatiques.

(12) Article 2 du Traité de l'Atlantique Nord : « les parties contribueront au développement de relations internationales pacifiques et amicales en renforçant leurs libres institutions, en assurant une meilleure compréhension des principes sur lesquels ces institutions sont fondées et en développant les conditions propres à assurer la stabilité et le bien-être ».

(13) *Rec.*, 1986, para. 261, p. 132.

tion de celui-là. A l'analyse, rien n'est moins sûr. Le « défaut d'accord » est un fait objectif qu'un tiers peut raisonnablement constater. En ce sens, le principe de « l'équidistance à défaut d'accord » ne diffère-t-il en rien des dispositions, classiquement rencontrées, qui prescrivent aux États des comportements qu'ils doivent adopter « si cela est raisonnable » ou « si nécessaire » (14), « chaque fois que cela sera nécessaire » (15) « s'il y a lieu » (16), « dans la mesure du possible » (17) (18), « en fonction des moyens qui lui sont propres », « selon qu'il conviendra » (19), « comme il

(14) Article 12 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales : « Les Parties prendront, si nécessaire, des mesures dans le domaine de l'éducation et de la recherche pour promouvoir la connaissance de la culture, de l'histoire, de la langue et de la religion de leurs minorités nationales aussi bien que de la majorité ».

(15) Article I.1 du Traité de l'Elysée entre la République française et la République fédérale d'Allemagne du 22 janvier 1963 : « Les chef d'État et de gouvernement donneront en tant que de besoin les directives nécessaires et suivront régulièrement la mise en œuvre du programme fixé ci-après. Ils se réuniront à cet effet chaque fois que cela sera nécessaire et, en principe, au moins deux fois par an ».

(16) Article 4 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales « 2. Les Parties s'engagent à adopter, s'il y a lieu, des mesures adéquates en vue de promouvoir, dans tous les domaines de la vie économique, sociale, politique et culturelle, une égalité pleine et effective entre les personnes appartenant à une minorité nationale et celles appartenant à la majorité. Elles tiennent dûment compte, à cet égard, des conditions spécifiques des personnes appartenant à des minorités nationales ».

(17) Article 5 de la Convention sur les droits de l'enfant : « Les États parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant ».

Article 10 de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires : « Dans les circonscriptions des autorités administratives de l'État dans lesquelles réside un nombre de locuteurs de langues régionales ou minoritaires qui justifie les mesures ci-après et selon la situation de chaque langue, les Parties s'engagent, dans la mesure où cela est raisonnablement possible (...) à veiller à ce que ces autorités administratives utilisent les langues régionales ou minoritaires (...) ».

Article 10 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales : « Dans les aires géographiques d'implantation substantielle ou traditionnelle des personnes appartenant à des minorités nationales, lorsque ces personnes en font la demande et que celle-ci répond à un besoin réel, les Parties s'efforceront d'assurer, dans la mesure du possible, des conditions qui permettent d'utiliser la langue minoritaire dans les rapports entre ces personnes et les autorités administratives ». Voy. aussi article 14 : « Dans les aires géographiques d'implantation substantielle ou traditionnelle des personnes appartenant à des minorités nationales, s'il existe une demande suffisante, les Parties s'efforceront d'assurer, dans la mesure du possible et dans le cadre de leur système éducatif, que les personnes appartenant à ces minorités aient la possibilité d'apprendre la langue minoritaire ou de recevoir un enseignement dans cette langue »; article 18 : Les Parties s'efforceront de conclure, si nécessaire, des accords bilatéraux et multilatéraux avec d'autres États, notamment les États voisins, pour assurer la protection des personnes appartenant aux minorités nationales concernées.

Articles 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14 de la Convention sur la diversité biologique : « Chacune des parties, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, ... ».

(18) Il arrive aussi que l'instrument lui-même indique ce qu'il faille entendre par « la mesure du possible »; voy. GATT 1995, Article XXXVII « Engagements : Les parties contractantes développées devront, dans la mesure du possible — c'est-à-dire sauf lorsque les en empêcheraient des raisons impérieuses comprenant éventuellement des raisons d'ordres juridiques — donner effets aux dispositions suivantes : (...) ».

(19) Article 5 de la Convention sur la diversité biologique : « Chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, coopère avec d'autres Parties contractantes, directement ou, le cas échéant, par l'intermédiaire d'organisations internationales compétentes, dans des domaines ne relevant pas de la juridiction nationale et dans d'autres domaines d'intérêt mutuel, pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ».

convient » (20) « où cela se révélera possible » (21), « à la mesure de leurs ressources disponibles » (22), « en fonction de leurs moyens » (23), « en fonction des conditions et moyens qui leurs sont propres » (24), etc. Ces conditions ne sont pas purement potestatives. En effet, un tiers pourra, le cas échéant, déterminer *in concreto*, ce qui est raisonnable, nécessaire, apprécier qu'en l'espèce « il y avait lieu », qu'« il convenait » d'adopter le comportement prescrit, qu'il était « dans la mesure du possible » de se comporter de la manière indiquée ou, dans l'hypothèse du principe de l'équidistance tel qu'il est envisagé à l'article 6 de la Convention de 1958 sur le plateau continental, que les parties sont en défaut de s'accorder. Ce sont des données objectives dont la réalisation est vérifiable par un tiers.

Si la Cour juge le principe de l'équidistance tel qu'il est envisagé à l'article 6 de la Convention de 1958 sur le plateau continental comme purement potestatif c'est plutôt parce que son champ d'application serait tributaire de la volonté des parties en raison du recours à la notion incertaine de « circonstances spéciales ». La Cour semble avoir estimé qu'en raison « des controverses très importantes [et] non encore résolues auxquelles ont donné lieu la portée et le sens de cette notion », elle ne pouvait considérer comme normatif le principe de l'équidistance qui s'applique à défaut de « circonstances spéciales ». Qu'une disposition se réfère à des concepts incertains ou peu clairs n'est guère exceptionnel. On ne peut en inférer quelque inaptitude normative aussi longtemps que ces incertitudes n'affectent pas la

(20) Article 16, § 3 de la Convention sur la diversité biologique : « Chaque Partie contractante prend, comme il convient, les mesures législatives, administratives ou de politique générale voulues pour que soit assuré aux Parties contractantes qui fournissent des ressources génétiques, en particulier celles qui sont des pays en développement, l'accès à la technologie utilisant ces ressources et le transfert de ladite technologie selon des modalités mutuellement convenues, y compris à la technologie protégée par des brevets et autres droits de propriété intellectuelle, le cas échéant par le biais des dispositions des articles 20 et 21, dans le respect du droit international et conformément aux paragraphes 4 et 5 ci-après ». Voy. aussi l'article 19.

(21) Article II.C.1c) du Traité de l'Elysée entre la République française et la République fédérale d'Allemagne du 22 janvier 1963 : « Les organismes de recherches et les instituts scientifiques développeront leurs contacts en commençant par une information réciproque plus poussée; des programmes de recherches concertées seront établis dans les disciplines où cela se révélera possible ».

(22) Article 2, § 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 : « Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives ».

(23) Article 20 de la Convention sur la diversité biologique : « 1. Chaque Partie contractante s'engage à fournir, en fonction de ses moyens, un appui et des avantages financiers en ce qui concerne les activités nationales tendant à la réalisation des objectifs de la présente Convention, conformément à ses plans, priorités et programmes nationaux ».

(24) Article 6 de la Convention sur la diversité biologique : « Chacune des Parties contractantes, en fonction des conditions et moyens qui lui sont propres : a) Elabore des stratégies, plans ou programmes nationaux tendant à assurer la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ou adapte à cette fin ses stratégies, plans ou programmes existants qui tiendront compte, entre autres, des mesures énoncées dans la présente Convention qui la concernent; (...) ».

détermination champ d'application de la disposition. Ce n'est que si le champ d'application reste indéterminé et, partant, abandonné à l'appréciation des destinataires, qu'on sera en peine d'y trouver quelque directive de comportement.

La pratique contemporaine témoigne d'une tendance en ce sens. On l'illustre substantiellement à l'aide d'un objet de régulation dont la sensibilité peut sans doute expliquer le refus de la part des États d'adopter de véritables directives de comportement : la protection des minorités nationales et notamment celle prescrite par la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales. A aucun moment l'instrument ne définit la notion de « minorité nationale ». Le rapport explicatif est à cet égard limpide : c'est délibérément que l'objet de la Convention a été laissé dans le flou (25). Sans doute aucun État n'eut-il ratifié la Convention si elle avait défini celui-là. L'article 31 de la Convention de Vienne ne nous est d'aucuns recours pour définir cette notion. En effet, rechercher la volonté des parties ne peut que nous amener à conclure que les États voulaient que l'objet reste indéfini. Peu importent donc les résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui rendent compte d'une définition. Les États ont fort logiquement estimé que la définition du champ d'application leur revenait (26). Comment peut-on mieux illustrer le caractère purement potestatif des dispositions d'un acte juridique ? La solution eut-elle été différente si la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales avait instauré un mécanisme de résolution des différends ? Rien n'est moins certain. Ce n'est en effet que si l'organe de résolution des différends avait pu, incidemment, se prononcer sur la notion débattue et était parvenu à une définition faisant autorité que la disposition en cause aurait pu devenir normative.

(25) Rapport explicatif : § 12. « Il convient également d'observer que la Convention-cadre ne contient aucune définition de la notion de 'minorité nationale'. Ce faisant, il a été décidé d'adopter une approche pragmatique, fondée sur le constat qu'il n'est pas possible, au stade actuel, de parvenir à une définition susceptible de recueillir le soutien global de tous les États membres du Conseil de l'Europe » (disponible sur <http://conventions.coe.int>).

(26) Pour l'Allemagne : « [l]a Convention-cadre ne contient aucune définition de la notion de minorités nationales. Par conséquent, il appartient à chaque Partie Contractante de déterminer les groupes auxquels elle s'appliquera après la ratification. En République fédérale d'Allemagne, sont considérés comme minorités nationales les Danois de nationalité allemande et les membres du peuple sorabe de nationalité allemande. La convention-cadre sera également appliquée aux groupes ethniques résidant traditionnellement en Allemagne, à savoir les Frisons de nationalité allemande et les Sintis et Roms de nationalité allemande ». Déclaration du 11 mai 1995. Pour la Slovénie : « [c]onsidérant que la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales ne contient pas de définition de la notion de minorités nationales et qu'il appartient par conséquent à chaque Partie Contractante de déterminer les groupes qu'elle considérera comme des minorités nationales, le Gouvernement de la République de Slovénie, conformément à la Constitution et au droit interne de la République de Slovénie, déclare que ceux-ci sont les minorités nationales italiennes et hongroises autochtones. Conformément à la Constitution et au droit interne de la République de Slovénie, les dispositions de la Convention-cadre s'appliqueront aussi aux membres de la communauté rom de la République de Slovénie » Déclaration du 23 mars 1998. Les déclarations sont disponibles sur <http://conventions.coe.int>.

Le concept de « circonstances spéciales » est-il, à l'instar de la notion de « minorité nationale » contenue dans la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, une notion indéfinie et abandonnée à l'appréciation des États? Au regard des travaux préparatoires de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental, on est enclin à répondre négativement. A l'origine en effet, il était d'abord question que le principe de l'équidistance s'applique « en règle générale » sans que l'on définisse l'exception. Le professeur Lauterpacht, alors membre de la Commission du droit international, s'y est opposé en déclarant qu'« aucun juge, aucun arbitre ne pourrait interpréter ce texte ainsi rédigé parce qu'une partie à un différend pourrait toujours soutenir que son cas ne rentre pas dans la règle générale et constitue une exception » (27). C'est pour cette raison que la notion de « circonstances spéciales » a été introduite dans le texte. A la lumière du commentaire de la Commission du droit international sur le projet d'article 72 (futur article 6), il est certain qu'une « certaine souplesse » a voulu être laissée aux parties. Il demeure que ces circonstances semblent avoir été définies, fut-ce grossièrement (28). Les juges ayant joint une opinion à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire relative au *plateau continental de la mer du nord* ne semblent pas l'avoir démenti (29). La Cour a-t-elle exigé que le champ d'application d'une disposition soit *strictement* défini pour que celle-ci puisse être normative? Si on devait s'en tenir au seuil de précision retenu par la Cour, une pléthore de dispositions d'instruments juridiques contemporains présenteraient un défaut de normativité. A une époque où les États se satisfont de plus en plus d'instruments juridiques au champ d'application obscur ou ambigu, il n'est pas impossible que la Cour, si d'aventure elle était appelée à considérer une nouvelle fois la question, assouplisse ses exigences de normativité.

En conclusion, la Cour semble avoir fait preuve d'une sévérité excessive. Etait-ce parce qu'elle voulait, déjà à ce stade, définitivement s'assurer que le principe d'équidistance n'avait pu devenir du droit international coutumier?

3. La faculté de formuler des réserves à l'endroit d'une disposition

La Cour semble considérer que la faculté de formuler des réserves à l'endroit de l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental « prive les dispositions de l'article 6 du caractère normatif qu'ont par

(27) *A.C.D.I.*, 1953, vol. I, pp. 128, 131, 133.

(28) Le commentaire du projet prévoit qu'« il doit être prévu qu'on peut s'écarter de la règle [de l'équidistance] lorsqu'une configuration exceptionnelle de la côte ou encore la présence d'îles ou de chenaux navigables l'exige. Ce cas pourra se présenter assez souvent », *A.C.D.I.*, 1956, vol. II, p. 300. Voy. également les *Documents officiels* de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, vol. II, pp. 106 et 107 et vol. IV, p. 110.

(29) Voy. par exemple l'opinion individuelle du juge PADILLA NERVO, p. 93, l'opinion dissidente du juge KORETSKY, p. 155 et l'opinion du juge LACHS, pp. 239 et s., *Rec.*, 1969.

exemple les dispositions des articles 1 et 2 ». Le propos laisse songeur. On s'étonne d'abord que la Cour s'intéresse à la normativité de l'article 6. Jusqu'ici, seule celle du principe de l'équidistance tel qu'envisagé par cette disposition, l'avait, à juste titre, intéressée (*cf supra*). La conclusion de la Cour est également surprenante en ce qu'il est commun de formuler une réserve à un engagement conventionnel multilatéral (30). Est-ce à dire que toutes les dispositions pouvant faire l'objet de réserves ne prescrivent aucun comportement? Indubitablement non. Certes, il n'est pas interdit à un État de formuler une réserve à une disposition vidant celle-ci de sa substance normative aussi longtemps que celle-là n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité. Il demeure que la réserve se contente d'exclure ou de modifier *l'effet juridique* de la disposition à l'endroit de son auteur. La disposition elle-même n'est en rien modifiée. Par ailleurs, si les États éprouvent le besoin de formuler une réserve à l'endroit d'une disposition, c'est justement parce que celle-ci leur dicte un comportement qu'il juge inacceptable.

A dire vrai, on doute que la Cour ait pu nier une évidence à laquelle elle avait, par le passé, largement contribué (31). Une lecture plus attentive de l'arrêt conduit à penser que la faculté de formuler des réserves empêche, selon la Cour, qu'on puisse constater une *opinio juris* dans le chef des États parties. En d'autres termes, la Cour a plutôt considéré que si les États introduisaient une telle faculté dans un instrument conventionnel c'est qu'ils ne s'estimaient pas, en dehors du traité en question, lié par quelque obligation coutumière de droit international. La Cour l'explique ainsi : « si la faculté d'apporter des réserves à l'article 6 ne suffit peut-être pas à empêcher le principe de l'équidistance de s'intégrer finalement au droit général, elle fait du moins qu'il est beaucoup plus difficile de soutenir que ce résultat a été ou pourrait être atteint sur la base de la Convention ». On ne peut qu'agréer l'idée selon laquelle la faculté laissée aux parties de formuler des réserves à un principe empêche de considérer les dispositions susceptibles d'une telle déclaration unilatérale d'être considérées, *au moment de la signature de la Convention*, comme déclaratives de droit coutumier. Cela n'empêche néanmoins pas qu'à l'avenir cette disposition, fut-elle l'objet de quelques réserves, ne devienne du droit international coutumier. Pour l'heure, on s'interroge encore sur l'imprécision du langage de la Cour qui, au moment d'évaluer la normativité d'un principe, anticipe sur l'analyse de l'élément subjectif de la coutume, *i.e. l'opinio juris*. Il est remarquable

(30) Article 19 de la Convention de Vienne; dans sa recommandation 1223 (1993) relative aux réserves formulées par les États membres aux conventions du Conseil de l'Europe, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe rappelle que « la possibilité de formuler des réserves facilite (...) l'accès des États à certaines conventions du Conseil de l'Europe » (§ 4), disponible sur <http://assembly.coe.int>.

(31) Avis sur les réserves à la convention pour la prévention et la répression du Génocide du 28 mai 1951, *Rec.*, p. 15.

qu'aucun juge ne l'ait souligné. L'empressement dont fait preuve la Cour pour nier le caractère coutumier du principe de l'équidistance reflète sans doute le malaise qu'elle a éprouvé dans l'affaire portée devant elle et ne contribue certainement pas à éclaircir la question de la normativité en droit international public.

4. *L'applicabilité autonome de la disposition*

Rien n'est dit dans l'affaire relative au *plateau continental de la mer du Nord* du critère de l'applicabilité autonome de la disposition qu'on évoque brièvement. Il arrive en effet que certaines conventions, généralement dites « cadres », requièrent un complément de droit international. Il est dit qu'elles ne sont pas *self-sufficient* et, partant, qu'elles ne peuvent formuler une directive de comportement. Pour être normative, une convention ou une disposition de celle-ci doit être d'applicabilité autonome c'est-à-dire ne pas nécessiter l'adoption d'un autre instrument de droit international pour voir son champ d'application *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* ou *ratione loci* déterminé (32). Les exemples d'instruments n'étant pas *self sufficient* sont nombreux. Les instruments de protection de l'environnement ou de règlement des espaces l'illustrent sans peine (33). Les dispositions relatives au principe d'autodétermination contenue dans la Charte des Nations Unies (34) constituent sans doute un autre l'exemple. On se réfère également à l'article III du Traité de non-prolifération nucléaire du 1^{er} juillet 1968 relatif aux visites des inspecteurs de l'A.I.E.A. (35). Il demeure que

(32) J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *R.B.D.I.*, 1981, p. 248; M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique, Rapport provisoire à l'Institut de droit international », *op. cit.*, p. 250.

(33) voy. les exemples cités par A. KISS, « Les traités-cadres : une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement », *A.F.D.I.*, 1993, pp. 792 et s. Voy. les dispositions de l'Acte général de Vienne relatives aux fleuves internationaux et les celles de la Convention de Washington (OACI) concernant les libertés commerciales dans la navigation aérienne, citées par J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *op. cit.*, p. 249.

(34) Article 1 « Les buts des Nations Unies sont les suivants : (2) Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde ». L'article 55 ajoute « En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront : a. le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social; b. la solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation; c. le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ».

(35) Article III : « Tout État non doté d'armes nucléaires qui est Partie au Traité s'engage à accepter les garanties stipulées dans un accord qui sera négocié et conclu avec l'Agence internationale de l'énergie atomique, conformément au statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique et au système de garanties de ladite Agence, à seule fin de vérifier l'exécution des obli-

ce type de dispositions co-existent généralement avec des dispositions normatives *pacta de contrahendo* ou *de negociando* préfigurant l'adoption du complément de droit international en question (36). Nul ne disconvient, par ailleurs, que la détermination de l'(in)applicabilité autonome dépend de la volonté des parties (37). Le principe de l'équidistance contenu à l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental demeure une norme *self sufficient*. Le principe, pour s'appliquer, n'a jamais requis l'adoption d'un instrument international complémentaire. Au contraire...

5. Conclusion

On a considéré qu'était normative la disposition qui prescrit un comportement donné, c'est-à-dire celle qui limite la liberté des sujets de droit les rendant, partant, débiteurs d'une obligation de droit international. Ne sera inversement pas normative parce qu'elle ne prescrit aucun comportement donné, la disposition qui n'a aucun contenu juridique utile, celle dont la détermination du contenu est laissée à l'appréciation du destinataire et celle qui n'est pas d'applicabilité autonome. Ainsi identifiée, il convient maintenant d'en analyser le régime juridique.

II. — LE RÉGIME JURIDIQUE DES DISPOSITIONS NON NORMATIVES DES ACTES JURIDIQUES CONVENTIONNELS

Sous réserve d'un considérant pour le moins étonnant dans l'arrêt rendu dans l'affaire relative aux *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, aucun arrêt de la Cour internationale de Justice ne nous apporte un éclairage substantiel sur le régime juridique des dispositions non normatives

gations assumées par ledit État aux termes du présent Traité en vue d'empêcher que l'énergie nucléaire ne soit détournée de ses utilisations pacifiques vers des armes nucléaires ou d'autres dispositifs explosifs nucléaires. Les modalités d'application des garanties requises par le présent article porteront sur les matières brutes et les produits fissiles spéciaux, que ces matières ou produits soient produits, traités ou utilisés dans une installation nucléaire principale ou se trouvent en dehors d'une telle installation. Les garanties requises par le présent article s'appliqueront à toutes matières brutes ou tous produits fissiles spéciaux dans toutes les activités nucléaires pacifiques exercées sur le territoire d'un tel État, sous sa juridiction, ou entreprises sous son contrôle en quelque lieu que ce soit ».

(36) Voy. par ex. l'article III du Traité de non-prolifération nucléaire, § 4 : « Les États non dotés d'armes nucléaires qui sont Parties au Traité concluront des accords avec l'Agence internationale de l'énergie atomique pour satisfaire aux exigences du présent article, soit à titre individuel, soit conjointement avec d'autres États conformément au statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique. La négociation de ces accords commencera dans les 180 jours qui suivront l'entrée en vigueur initiale du présent Traité. Pour les États qui déposeront leur instrument de ratification ou d'adhésion après ladite période de 180 jours, la négociation de ces accords commencera au plus tard à la date du dépôt dudit instrument de ratification ou d'adhésion. Lesdits accords devront entrer en vigueur au plus tard 18 mois après la date du commencement des négociations ».

(37) J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *op. cit.*, p. 249.

qu'on a tenté d'identifier au chapitre précédent. Il nous faut plutôt porter quelque attention aux opinions dissidentes jointes par le juge Lauterpacht aux arrêts rendus par la Cour dans les affaires relatives aux *emprunts norvégiens* et *Interhandel*. Celui-ci s'était déjà manifesté, à ce sujet, en tant que membre de la Commission du droit international lors de la rédaction du projet de convention sur le plateau continental (*cf. supra*).

La détermination du régime juridique des dispositions conventionnelles non normatives semble devoir renvoyer à deux sous-questions. La normativité d'un acte juridique ou d'une disposition de celui-ci est-elle un élément constitutif de l'acte juridique lui-même, auquel cas celui-là ou celle-là ne présenterait pas un caractère juridique (§ 1^{er})? A défaut de faire sortir la disposition de l'ordre juridique international, l'absence de normativité emporte-t-elle l'invalidation de l'acte et donc sa nullité dans cet ordre (§ 2)?

§ 1^{er}. — *La normativité comme élément constitutif
de l'acte juridique?*

Dans son arrêt dans l'affaire relative aux *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la Cour a semblé considérer que l'aptitude normative d'un acte juridique est un élément constitutif de celui-là. Elle a en effet soutenu que l'article 3 de la Charte de l'Organisation des États américains n'est pas un « *instrument ayant une valeur juridique, unilatéral ou synallagmatique, par lequel le Nicaragua se serait engagé quant au principe et aux modalités de la tenue d'élections* ». Selon ce raisonnement, il n'y aurait d'acte juridique que normatif. L'acte ou l'une de ses dispositions qui n'emporterait pas un modèle de comportement pour ses destinataires ne serait pas, en d'autres termes, un acte juridique. La seule volonté des parties d'inscrire leur accord de volonté dans l'ordre juridique international ne suffirait donc plus pour conférer à l'acte un caractère juridique. Selon ce raisonnement la nature de l'*instrumentum* serait alors tributaire, pour partie, du *negotium* (38). La conclusion est défendue par beaucoup en doctrine (39). Telle semble avoir également été la position explicitement adoptée par la

(38) C'est le cas si on s'accorde sur l'idée selon laquelle un acte juridique est, en droit des gens, un instrument (*instrumentum*), fut-il non écrit, qui consigne une manifestation de volonté (*negotium*) imputable à un ou, plus généralement, plusieurs sujets de droit des gens, créant, (le cas échéant) des normes dont la violation emportera l'application des mécanismes de sanctions prévus par l'ordre juridique auquel ses auteurs ont voulu qu'il se rattache.

(39) M. VIRALLY, « Sur la notion d'accord », *Mélanges Bindschedler*, Bern, Stämpfli, 1980, p. 159; M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique, exposé préliminaire », *op. cit.*, p. 299; J.A. BARBERIS, « Le concept de 'traité international' et ses limites », *A.F.D.I.*, 1984, pp. 251, 253 et 255; P. GAUTIER, *Essai sur la définition des traités entre États la pratique de la Belgique aux confins du droit des traités*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 319; K. WIDDOWS, *op. cit.*, p. 121; I. SEIDL-HOHENVELDERN, « International Economic 'Soft Law' », *R.C.A.D.I.*, 1979-II, t. 163, p. 194.

Société des Nations (40). La définition du traité donné par la Convention de Vienne ne permet, *littéralement*, pas de répondre à la question. La tautologie de la définition de la Convention de Vienne (41), a-t-on écrit, permet justement d'é luder cette difficulté (42).

C'est certainement H. Lauterpacht qui, dans son opinion dissidente jointe aux arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans les affaires des *emprunts norvégiens* et *Interhandel*, a, non sans ambiguïté, défendu cette idée avec le plus d'emphase (43). Selon lui, « [u]n acte dans lequel une partie a le droit de déterminer l'existence de son obligation (...) n'est pas un acte juridique ». « C'est une déclaration de principe et d'intention de caractère politique » ajoute-t-il (44). Plus tard, à l'occasion de l'affaire *Interhandel*, il a, à première vue, réitérer cette position : « un prétendu engagement, dans lequel une partie se réserve le droit exclusif de décider de l'étendue ou de l'existence même de l'obligation qui la lie, n'est pas un engagement juridique et (...) l'instrument le contenant n'est pas un instrument dont le tribunal puisse connaître » (45). Il avait déjà défendu cette thèse, on l'a dit, lors des débats à la Commission du droit international lors de la rédaction du projet de Convention sur le plateau continental lorsqu'il avait déclaré à propos de l'ajout des termes « en règle générale » qu'« on peut soutenir non sans quelque apparence de raison qu[e ces termes] retiennent tout caractère juridique à la disposition » (46).

On ne peut s'empêcher d'être frappé par certaines ambiguïtés. H. Lauterpacht semble d'abord confondre la justiciabilité d'un différend relatif à l'interprétation ou l'application d'un acte et la normativité de celui-ci. Il est vrai que ses considérations visaient les réserves dites « automatiques » à la clause facultative de juridiction obligatoire. Il reste que les différends relatifs à l'interprétation ou l'application d'un acte, ou d'une disposition de celui-ci, qui ne formule aucun modèle de comportement ne sont pas justiciables. Mais l'inverse n'est pas vrai. Tous les différends relatifs à l'interprétation ou l'application d'un acte normatif ne sont pas nécessairement justiciables. On y reviendra. On est, plus fondamentalement, surpris par l'incer-

(40) Les traités sont « tous les actes conventionnels qui font naître des obligations juridiques internationales », S.d.N. Actes de l'Assemblée 1921, Commissions I, pp. 167 et s., Séances plénières, p. 700, cité par F. MÜNCH, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. Etude exploratoire », *A.I.D.I.*, 1983, p. 315.

(41) Intervention de M. AMARO, *A.C.D.I.*, vol. I, 655^e séance, p. 189. F. MÜNCH, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. Etude exploratoire », *op. cit.*, 1983, p. 308. P.M. EISEMANN, « Le Gentlemen's agreement comme source du droit international », *J.D.I.*, 1979 p. 341; Voy. aussi F. MÜNCH, « Comments on the 1968 Draft on the Law of Treaties », *ZaöRV*, 1969, p. 11.

(42) P. GAUTIER, *op. cit.*, p. 319.

(43) Aff. des *Emprunts norvégiens*, *Rec.*, 1957, pp. 43-66 et aff. *Interhandel*, *Rec.*, 1959, pp. 116-119.

(44) Aff. des *Emprunts norvégiens*, *op. cit.*, p. 48.

(45) Aff. *Interhandel*, *op. cit.*, pp. 116 et s.

(46) *A.C.D.I.*, 1953, vol. I, p. 128.

titude qui entoure l'argumentation du juge Lauterpacht. A l'instar de la Cour internationale de Justice dans son arrêt rendu dans l'affaire relative *aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (*cfr supra*), H. Lauterpacht a considéré qu'« [u]n acte dans lequel une partie a le droit de déterminer l'existence de son obligation n'est pas un acte juridique *valable* (...) ce n'est pas un *acte juridique* » (47). Qu'est-ce à dire ? L'acte est-il non juridique ou est-il un acte juridique non valide ? A la lumière des références citées par le juge (48) ainsi que la position qu'il a défendue au sein de la Commission du droit international lors de ses travaux sur le droit des traités (49), on incline plutôt à penser que c'est la première hypothèse qu'il avait à l'esprit.

Lors de la conférence de Vienne, un amendement du Chili, soutenu par le Mexique, semblait néanmoins introduire « la création d'obligation » comme un élément constitutif du traité (50). Il s'agissait selon le Chili de « distinguer les accords internationaux constituant des traités des accords internationaux qui consignent simplement des vues identiques, des opinions politiques semblables ou des vœux, des aspirations d'ordre général (...) faute de quoi les accords internationaux, quelle que soit leur teneur, seront tous indistinctement régis par les articles du projet, et les gouvernements hésiteront, sans doute, de ce fait, à prendre nettement position par écrit pour exprimer leurs vues politiques communes ou leurs aspirations à long terme » (51). Ils furent rejetés au motif, identique à celui de la Commission du droit international (52), que l'élément était implicitement contenu dans l'expression « régi par le droit international » (53).

On soutient ici l'idée inverse selon laquelle la nature de l'*instrumentum* n'est pas fonction du *negotium*. Seule importe la volonté des parties. Le *negotium* peut, tout au plus, jouer à la manière d'un indice dans la recherche de cette volonté. N'est-ce d'ailleurs pas la raison pour laquelle H. Lauterpacht lui-même, dans la définition du traité qu'il a présenté à la Commission du droit international, fait non de la création de droits et d'obligations mais de l'*intention* d'en créer l'élément cardinal de la défini-

(47) Aff. des *Emprunts norvégiens*, *op. cit.*, p. 48. Nous soulignons.

(48) WILLISTON, *On contracts*, ed. Révisée, vol. I. 1936.

(49) LAUTERPACHT, *A.C.D.I.*, 1951, vol. 1, p. 139.

(50) A/Conf. 39.C.1/L.22; A Conf 39.C.1/L33.

(51) Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session, Vienne, Documents officiels, 87^e séance, § 24. A ce sujet, voy. les commentaires P.M. EISEMANN, *op. cit.*, pp. 344-345 qui cite le même extrait et P. GAUTIER, *op. cit.*, p. 74.

(52) Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale des Nations Unies, *A.C.D.I.*, 1959, II, p. 99.

(53) « Sans méconnaître la valeur scientifique d'une telle mention, [le comité de rédaction] a estimé qu'elle serait superflue dans une définition dont la portée est limitée 'aux fins de la présente convention' » Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session, Documents officiels, New York, Nations Unies, 1970, Comptes rendus analytiques. 105^e séance de la Commission plénière.

tion (54). Ce gauchissement, fût-il remarquable, paraît insuffisant. La volonté d'inscrire l'acte sous l'empire du droit paraît seule suffisante, peu importe que les parties aient entendu créer des directives de comportement. *L'animus contrahendi* sur lequel repose la nature de l'acte recouvrerait-il tant la volonté de se placer sous l'empire du droit que celle de créer un modèle de comportement ? La recherche de la première n'est déjà pas tâche aisée. Comment peut-on sérieusement prétendre opérer raisonnablement celle de la seconde ? N'est-ce pas d'ailleurs ce que sous-entend Fitzmaurice, dans la définition qu'il proposa à la Commission du droit international quand il affirme que *l'animus contrahendi* ne se limite pas à la volonté de créer des droits et des obligations mais engloberait également l'intention « to establish relationships governed by international law » car selon lui « it seems difficult to refuse the designation of treaty to an instrument such as for instance, a Treaty of Peace and Amity or of Alliance even if it only establishes a bare relationship and leaves the consequences to rest on the basis of an implication as to the rights and obligations involved » (55) ?

L'idée que la normativité soit un élément constitutif de l'acte juridique n'est pas totalement étrangère à celle d'un principe d'interprétation dit d'« effet utile » qui « impose[rait] à l'interprète de donner à des (...) dispositions [dont le contenu est 'inutile'] toute la portée juridique qu'autorisent les termes employés, dans les circonstances de l'espèce » (56) ? Il semble, à cet égard, difficile de s'écarter d'une interprétation raisonnable de la volonté des parties. Les principes édictés par la Convention de Vienne à l'endroit de l'interprète ne reflètent d'ailleurs pas autre chose. Ils ont justement vocation à interpréter l'étendue de l'aliénation de liberté que les États ont pu concéder. Aussi, tout principe d'interprétation « utile » paraît-il trop intuitif pour refléter cette interprétation raisonnable. Il serait au contraire déraisonnable de donner un contenu juridique utile à une disposition qui n'en a *manifestement* pas.

En résumé, le raisonnement de la Cour dans son arrêt dans l'affaire relative aux *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* comme celui de H. Lauterpacht dans les différentes instances précitées laissent dubitatif. La Cour avait-elle seulement conscience des implications de son raisonnement ? On ne se laisse donc pas convaincre par ceux qui envisagent la normativité comme un élément constitutif de l'acte juridique, pas plus qu'on ne comprend ceux qui en font une condition de sa validité et sur lesquels l'on porte l'attention maintenant. Ce sont d'ailleurs parfois les mêmes...

(54) LAUTERPACHT, *A.C.D.I.*, 1951, vol. 1, p. 139. Dans le même sens voy. J.-P. JACQUÉ, *Elements pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, p. 64.

(55) FITZMAURICE, *A.C.D.I.*, 1956, II, p. 117.

(56) M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique, Rapport provisoire et exposé préliminaire à l'Institut de droit international », *op. cit.*, p. 181, p. 301. J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 394.

§ 2. — *La normativité comme condition de validité de l'acte juridique ?*

Dans ses opinions dissidentes susmentionnées, H. Lauterpacht affirme également que « [c]'est un principe général de droit, ainsi qu'il résulte de la loi et de la jurisprudence de divers pays en matière de contrats et autres actes juridiques [que] [les actes non normatifs] [soient] considérés comme nuls lorsque l'objet de l'obligation est réservé à la détermination exclusive de la partie prétendument liée par cette obligation » (57).

En vertu d'un raisonnement analogue à celui du Code civil français (58), le traité dont le *negotium* n'est nullement normatif serait donc nul. On peine à comprendre que ce raisonnement civiliste soit ainsi transposé en droit des gens sauf « pulsion dogmatique de reproduction des structures propres au droit interne » (59). Certes, le droit de gens, dans sa nomenclature, se rapproche moins du droit public que du droit privé (60). Mais c'est aussi oublier qu'en droit de gens, le système de validité ne concerne que l'*instrumentum* sous la réserve du *ius cogens* qui procède d'une autre logique (61). En définitive, on ne s'étonnera donc pas que la Convention de Vienne, pas plus que les travaux préparatoires de la Commission du droit international, ne fasse mention du défaut normativité comme cause de nullité du traité.

§ 3. — *Conclusion*

Un instrument juridique non normatif est donc un acte juridique dont la validité ne semble pas douteuse. S'il n'y a pas, sous réserve de la coutume, de norme (*negotium*) sans acte juridique (*instrumentum*), il y a, en droit international, des actes juridiques sans norme dont le régime juridique ne présente aucune particularité. Sous une réserve : alors que la nullité sanctionne l'invalidité de l'acte juridique (*instrumentum*), la responsabilité sanctionne la contravention à la norme (*negotium*). *A fortiori*, l'accord incontes-

(57) Op. dis. Aff. *Emprunts norvégiens*, op. cit., p. 49. Voy. aussi J.-P. JACQUÉ, op. cit., p. 394.

(58) Voy. art. 1174 du C.civ. : « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition qui en fait dépendre le lien même de la seule volonté du promettant ». A ce sujet voy. AUBRY et RAU, t. IV, p. 104. Voy. aussi, POTHIER, *Traité des obligations* n° 205, DEMOLOMBE, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, Paris, 1870 à 1882, vol. XXV, 313). « La condition potestative à laquelle s'applique l'article 1174 n'est pas comme on pourrait le croire en s'attachant à la définition donnée par l'art. 1170, celle dont l'accomplissement dépend de la volonté le lien même de l'obligation. C'est par suite d'un parallogisme que les rédacteurs du Code ont été amenés à rédiger d'une manière vicieuse une règle que Pothier, dont ils ont évidemment voulu suivre la doctrine, énonce (...) ». AUBRY et RAU, *ibid.*, p. 104.

(59) J. COMBACAU, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Mélanges Virally*, Paris, Pédone, 1991, p. 200.

(60) ARANGIO-RUIZ, « Le Domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1990, vol. VI. Voy. spécifiquement, chap. XII, sect. 3.

(61) J. VERHOEVEN, « Les nullités du droit des gens », in *Droit international*, 1, Paris, Pedone, 1981, p. 60.

tablement juridique qui ne définirait aucun modèle de comportement ne pourrait, par essence, souffrir quelque contravention à son prescrit (62). En effet, si l'instrument ne prescrit aucune directive de comportement, l'État demeure libre et quel que soit son comportement, celui-ci demeurera en tout point licite. La responsabilité d'un État ne pourra donc, faute d'illégalité, être engagée sur base d'une disposition juridique non normative. Si, sous cette réserve, le régime juridique des dispositions non normatives ne présente aucune singularité, il reste cependant à s'interroger sur les effets de celles-ci dans l'ordre juridique international.

III. — LES EFFETS DES DISPOSITIONS NON NORMATIVES DES ACTES JURIDIQUES CONVENTIONNELS DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

On s'interroge ici sur l'influence des dispositions non normatives des actes juridiques conventionnels sur la formation des règles de droit international coutumier (§ 1^{er}), la justiciabilité des différends (§ 2), l'interprétation des autres dispositions de l'acte juridique conventionnel (§ 3) et enfin sur l'internationalisation de l'objet des dispositions en cause (§ 4).

§ 1^{er} — *La formation d'une coutume*

Dans son arrêt dans l'affaire relative au *plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a jugé que le principe de l'équidistance consacré à l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental n'avait pu devenir une règle coutumière de droit international notamment parce que cette disposition ne présentait « aucun caractère fondamentalement normatif » (*cf. supra*). On l'a dit, si la disposition conventionnelle ne prescrit aucun comportement, il est difficile qu'elle puisse jamais emporter la création de droit international général. Rien n'est moins douteux. On n'y revient pas.

Il est permis de se demander si une coutume peut présenter une inaptitude normative comme les dispositions conventionnelles. D'aucuns de ceux qui reconnaissent que les actes juridiques peuvent être non normatifs ont en tous cas défendu la même conclusion pour la coutume (63). L'idée laisse songeur. A la lumière du processus de formation de la coutume, on peine à imaginer une règle coutumière qui ne contiendrait en elle-même aucun modèle de comportement. La coutume est nécessairement normative. En

(62) M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique, Rapport provisoire à l'Institut de droit international », *op. cit.*, p. 218.

(63) P. WEIL, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, t. 237 (1992-VI), p. 218.

effet, la pratique comme élément constitutif de la coutume ne s'entend que comme un comportement donné des États. Si ce comportement s'avère universel, uniforme et constant et que ses auteurs ont la conviction de le poser à la faveur d'une règle obligatoire, tout autre comportement sera considéré comme illicite. Aussi, une règle coutumière ne peut, par définition, que prescrire un modèle de comportement. Concernée par la formation d'une règle coutumière internationale sur la base d'une disposition conventionnelle, la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *plateau continental de la mer du Nord* ne semble pas en avoir disconvencu (64). On peut donc affirmer sans peine que la non normativité est un phénomène exclusivement conventionnel.

§ 2. — *La justiciabilité*

Que la responsabilité internationale d'un État ne puisse être engagée si celui-ci a contrevenu à un engagement *non juridique* est une vérité de La Palice. C'est en effet pour échapper à leur responsabilité internationale que les États ont exclu d'inscrire leur accord de volonté sous l'empire du droit. Par ailleurs, la disposition non normative contenue dans un acte dont le caractère juridique est incontesté ne peut, on l'a dit, emporter la mise en cause de la responsabilité internationale des destinataires de l'acte. Cette vérité en emporte une seconde : si la responsabilité ne peut être mise en cause, aucun différend ne peut naître au sujet d'une disposition sans portée normative.

H. Lauterpacht y fait aussi allusion à propos des réserves dites « automatiques » à la clause facultative de juridiction obligatoire : « un prétendu engagement, dans lequel une partie se réserve le droit exclusif de décider de l'étendue ou de l'existence même de l'obligation qui la lie, n'est pas un engagement juridique et (...) l'instrument le contenant n'est pas un instrument dont le tribunal puisse connaître » (65). On est tenté d'affirmer, à l'aune de sa pensée, qu'un instrument non normatif n'est pas justiciable (*cf supra*). Force est pourtant de constater qu'un instrument n'est pas comme tel « justiciable ». C'est le différend qui aurait sa source dans l'interprétation ou l'application de ses dispositions qui peut l'être. Il n'est pas douteux que la justiciabilité d'un différend présuppose la normativité des dispositions dont l'application ou l'interprétation est à l'origine du litige. A défaut de normativité, il ne saurait en effet y avoir de différend juridique. La Cour

(64) *Rec.*, 1969, § 72, p. 42.

(65) *Aff. des Emprunts Norvégiens*, *op. cit.*, p. 218; voy. aussi R.R. BAXTER, « International Law in 'Her Infinite Variety' », *I.C.L.Q.*, 1980, p. 554.

international de Justice ne l'a pas démenti dans son arrêt dans l'affaire relative au *Cameroun septentrional* (66).

Comment ne pas voir donc qu'à l'endroit d'une disposition sans contenu normatif, la question de la justiciabilité ne se pose tout simplement pas ? La Cour internationale de Justice dans son arrêt sur la compétence dans l'affaire des *plates-formes pétrolières* opposant l'Iran aux États-Unis déclina, non sans quelques ambiguïtés et approximations, sa « compétence » pour une partie du différend portée devant elle au motif que l'article premier du Traité d'amitié — selon lequel « [i]l y aura paix stable et durable et amitié sincère entre les États-Unis et l'Iran » — n'était pas normatif et se contentait de « fix[er] un objectif à la lumière duquel les autres dispositions du traité doivent être interprétées et appliquées » (67). Pris dans son sens littéral, le propos laisse songeur. La normativité, on l'a dit, est moins une question de *compétence* qu'un problème de *responsabilité* et *a fortiori* de *justiciabilité*. En l'espèce, la clause compromissaire du paragraphe 2 de l'article XXI du traité en question ne trouvait pas à s'appliquer eu égard à l'article susmentionné. Celui-ci ne formulant aucun modèle de comportement, il ne savait y avoir quelque différend quant à son interprétation ou son application et ce, sans que la question de la compétence soit jamais posée.

§ 3. — *L'effet interprétatif*

Des dispositions inaptes à créer une norme n'en demeurent pas moins d'une importance particulière pour l'interprétation de celles qui seraient normatives. C'est ce que la Cour internationale de Justice dans l'affaire *des plates-formes pétrolières* précitée a confirmé concernant l'article premier du Traité de paix et d'amitié entre ces deux États qu'elle avait estimé n'emporter aucune norme :

« [L]a Cour estime que l'objectif de paix et d'amitié proclamé à l'article premier du traité de 1955 est de nature à éclairer l'interprétation des autres dispositions du traité, et notamment celle des articles IV et X » (68).

La Convention de Vienne sur le droit des traités semble, au demeurant, le confirmer. L'article 31, § 2 stipule en effet qu'« [a]ux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes... ». Les dispositions non normatives, fussent-elles sous forme de

(66) « L'arrêt de la Cour doit avoir des conséquences pratiques en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits ou obligations juridiques existants des parties, dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques ». CIJ, aff. du *Cameroun septentrional*, *Rec.* 1963, pp. 33-34. Voy. aussi C.P.I.J., *Concessions Mavrommatis en Palestine*, 30 août 1924, série A, n° 2, p. 11.

(67) *Rec.*, 1996, § 28 et § 31.

(68) *Rec.*, 1996, § 31.

préambule ou d'article « opérationnel », contribuent donc à définir le contexte dans lequel s'interprète le sens commun des termes du traité (69).

§ 4. — *L'internationalisation de l'objet*

Nombreux sont ceux qui soutiennent que l'un des effets les plus marquants dans l'ordre juridique international d'un accord que les parties auraient entendu placer dans un « champ normatif » autre que le droit, est qu'il emporte « la reconnaissance par les parties du caractère international de l'objet dont il traite ». Celui-ci ne pourrait plus, partant, être considéré comme relevant « essentiellement de la compétence nationale d'un État » (70). Cette acception procède néanmoins d'une compréhension du principe de non-intervention dans les affaires intérieures à la manière d'un principe de partage de compétence entre le droit interne et le droit international dont on peine à croire qu'il put jamais être appliqué (71). Ce n'est toutefois pas l'endroit pour considérer cette question. Il demeure que si tel est le cas pour des accords non juridiques, il n'y a aucun raison qu'il n'y en aille pas de même pour des accords juridiques non normatifs (72).

§ 5. — *Conclusion*

Au terme de la troisième partie de notre analyse, on observe une patente similitude quant à leurs effets entre les dispositions normatives des instruments juridiques conventionnels et les dispositions des actes que les auteurs ont délibérément voulu inscrire dans un autre champ normatif que le droit, *i.e.* les actes non juridiques. Ceux-ci s'en différencient seulement par leur rôle dans la formation du droit international coutumier : on peut difficilement nier qu'une norme contenue dans un instrument non juridique puisse, le cas échéant, se cristalliser en droit international coutumier. Pour le reste on sait des actes non juridiques qu'à l'instar des dispositions non normatives des actes juridiques conventionnels ils ne peuvent entraîner la mise en cause de la responsabilité internationale de l'État qui y souscrit, et partant,

(69) C. ROUSSEAU, *Principes généraux de droit international public*, T. 1, 1944, Paris, Pedone, p. 185.

(70) J. COMBACAU et F. SUR, *Droit international public*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, p. 89. En ce sens, voy. aussi C. TOMUSCHAT, « The Concluding Documents of World Order Conferences », *Mélanges Skubiszewski*, La Haye, Kluwer law international, 1996, p. 580; O. SCHACHTER, « The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements », *A.J.I.L.*, 1977, p. 304; P. GAUTIER, *op. cit.*, p. 369; voy. aussi J. COMBACAU, « Souveraineté et non-ingérence », in M. BETTAI et B. KOUCHNER (Ed.), *Le devoir d'ingérence*, Paris, Denoël, 1987, p. 231 et M. VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain — Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1983-V, pp. 107 et s.; C.P.I.J., *Aff. décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, 1923, Série B., n° 4.

(71) J. VERHOEVEN, « Non-intervention : 'affaires intérieures' ou 'vie privée' ? », *Mélanges Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 498.

(72) R.R. BAXTER, *op. cit.*, p. 554.

qu'ils ne donnent pas naissance à des différends juridiques, qu'ils peuvent avoir une influence sur l'interprétation des règles de droit et qu'ils peuvent, selon certains, emporter une « internationalisation » de leur objet (73).

IV. — REMARQUES FINALES

Les dispositions non normatives des instruments juridiques conventionnels en droit international public qu'on a tenté d'identifier dans la première partie de cette contribution ne doivent pas effrayer. On espère en effet avoir montré, dans la seconde partie, que l'inaptitude normative des dispositions d'un acte juridique conventionnel voire celle de celui-ci dans son entièreté, en sus d'être une réalité dans la pratique contemporaine du droit international public, n'empêche pas l'acte qui contient de telles dispositions de prétendre à une existence valable dans l'ordre juridique international. Dans la troisième partie de notre analyse, on n'a pu manquer d'être frappé par la similitude, quant à leurs effets, que présentaient les dispositions non normatives d'instruments juridiques avec les dispositions d'instruments non juridiques.

Rares sont ceux qui se sont émus de la présence de dispositions non normatives dans les actes juridiques conventionnels (74). Or, la sensibilité politique des problèmes globaux, la plus grande visibilité de l'action des gouvernements, le contrôle renforcé de celle-ci tant dans leur ordre juridique interne que dans l'ordre juridique international à la faveur de la démocratisation de ceux-ci laissent penser que les États sont de plus en plus enclins à s'engager à la manière de « Potemkine ». La Cour internationale de Justice ne devrait pas manquer de connaître à nouveau d'instruments juridiques dont les dispositions peinent à dicter un comportement précis à leurs destinataires. Bien qu'il faille reconnaître que l'heure à La Haye n'est plus à l'œuvre doctrinale, on espère que si l'occasion devait se (re)présenter, l'ellipse dont elle a témoigné jusqu'ici s'estomperait.

Reste une difficulté que la Cour a, fort sagement, toujours éludée : celle de la qualification de ces dispositions non normatives. Force est de constater qu'ici, plus qu'ailleurs, règne une certaine confusion sémantique qu'il est difficile de passer sous silence dans une étude consacrée à la normativité. On soutient ici que si l'appellation *soft law* permet de saisir une réalité, c'est bien celle qu'on a étudiée ici. Pourtant, cette acception ne correspond pas

(73) Sur les effets des actes non juridiques voy. P. GAUTIER, *op. cit.*, p. 76 et p. 369; voy. aussi J. COMBACAU et S. SUR, *op. cit.*, p. 86. M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique, Rapport provisoire à l'Institut de droit international », *op. cit.*, p. 244 et p. 246; M. VIRALLY, « Sur la notion d'accord », *op. cit.*, p. 161.

(74) Rapport de la Conférence de Vienne sur les droits de l'homme, A/CONF.157/24; Res. 41/120 du 4 déc. 1986 de l'Assemblée générale des Nations Unies

à celle classiquement usitée. En effet, il est courant de soutenir que la *soft law* est synonyme d'acte politique c'est-à-dire d'acte que les auteurs ont délibérément soustrait au droit. Cette catégorisation est celle qui a vu naître le terme *soft law* et dont le père semble être Lord Mc Nair (75). Peu nous importent toutefois les controverses de paternité. Il demeure que si cet acte n'est pas juridique, on ne comprend pas l'intérêt de qualifier un acte qui est justement hors du droit de « *law* », fut-il « *soft* ». On ne peut pareillement soutenir cette appellation pour les actes non juridiques au regard de leurs effets (76) : par hypothèse un acte non juridique ne peut produire d'*effet juridique*. « [Il] n'[est] tout simplement pas *law* du tout » (77). C'est une autre question que de savoir si le *fait* duquel procède l'acte juridique emporte des *conséquences* pour l'ordre juridique, ce qui, dans l'affirmative, ne justifie en rien qu'on qualifie cet acte de *soft law* (78). On a aussi défendu l'idée que la *soft law* recouvrait des actes de nature juridique mais d'un degré obligatoire moindre (79). L'argument convainc, à dire vrai, difficilement. L'ordre juridique qui prête aux actes qui lui sont rattachés un effet obligatoire ne connaît en effet aucune gradation dans cette qualité. Un acte est obligatoire ou ne l'est pas. Si les auteurs de l'acte entendent lui donner un effet « moins obligatoire », ils s'entendront pour le rattacher à un autre champ normatif. On a enfin pu soutenir l'idée que la *soft law* visait des actes d'une nature juridique moindre. A nouveau, on comprend difficilement comment le rattachement d'un acte à un ordre juridique puisse être plus ou moins distendu. Un acte est juridique, et partant emporte des effets de droit, ou ne l'est pas, auquel cas il demeure un fait pour cet ordre. Aussi,

(75) Selon G. ABI-SAAB, *Cours général de droit international public, R.C.A.D.I.*, 1987, vol. VII, t. 207, p. 206.

(76) Sur les effets des actes non juridiques voy. P. GAUTIER, *op. cit.*, p. 76 et p. 369; voy. aussi J. COMBACAU et S. SUR, *op. cit.*, p. 86. M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique, Rapport provisoire à l'Institut de droit international », *op. cit.*, p. 244, p. 246; M. VIRALLY, « Sur la notion d'accord », *op. cit.*, p. 161 : « il s'agit d'un simple fait, d'une coïncidence de positions intellectuelles, mais il ne peut s'agir d'un fait juridique, c'est à dire d'un fait auquel le droit attache des effets juridiques ».

(77) P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 8.

(78) « A force de se laisser tenter par les délices et poissons de la sophistication et du laxisme intellectuel, le système normatif international risque de dériver irrémédiablement vers le relatif et l'aléatoire ». P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international public », *op. cit.*, p. 44. Voy. aussi le Rapport provisoire de M. VIRALLY, *op. cit.*, p. 246 : « Quel intérêt y aurait-il à tenter de faire rentrer ces textes dans des catégories juridiques, sous la dénomination de droit doux, ou par magie d'autres expression ? On le voit mal. On risque, au contraire, d'introduire la confusion dans les concepts juridiques et d'acclimater l'idée qu'il y a plusieurs catégories d'obligations juridiques et que l'on peut se permettre de ne pas honorer certaines d'entre elles, sous le prétexte qu'elles ne sont pas aussi 'dures' que d'autres ».

(79) R.R. BAXTER, « International Law in 'Her Infinite Variety' », *I.C.L.Q.*, 1980, pp. 549 et s.; R. IDA, « Formation des normes internationales dans un monde en mutation. Critique de la notion de *Soft Law* », *Mélanges Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 336; M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique, Rapport provisoire à l'Institut de droit international », *op. cit.*, p. 244; O. ELIAS et C. LIM, « 'General principles of law', 'soft' law and the identification of international law », *Neth. Y.I.L.*, 1997, p. 45.

le terme *soft law* nous semble-t-il devoir être réservé aux dispositions non normatives des actes juridiques qu'on a tenté d'identifier dans la première partie de cette étude. On ne peut leur nier le qualificatif de « *law* » dès lors qu'il s'agit, comme on a tenté de le démontrer dans la seconde partie, de dispositions d'actes juridiques parfaitement valables. Sans nier l'approximation de l'épithète, ce droit, nonobstant les effets qu'on a pu lui prêter dans la troisième partie, peut alors raisonnablement être qualifié de « *soft* » en ce qu'il apparaît incapable de prescrire une norme à ses destinataires.

DOSSIER :

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

—

SESSION DE BRUGES

