



Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international

Denys-Sacha Robin

► To cite this version:

Denys-Sacha Robin. Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. Français. NNT : 2018PA01D077 . tel-02046466

HAL Id: tel-02046466

<https://theses.hal.science/tel-02046466>

Submitted on 22 Feb 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



École de droit de la Sorbonne

École doctorale de droit international et européen

Thèse pour l'obtention du titre de

DOCTEUR EN DROIT

Discipline : *Droit public*

Spécialité : *Droit international public*

**LES ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS COMME ÉLÉMENTS DE
FORMATION DU DROIT INTERNATIONAL**

Présentée et soutenue publiquement le 3 décembre 2018

par

Denys-Sacha ROBIN

Sous la direction de

Madame la Professeure Evelyne LAGRANGE

Membres du jury :

M. Denis ALLAND, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II.

M. Gérard CAHIN, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas Paris II (rapporteur).

M. Mathias FORTEAU, Professeur à l'Université Paris Nanterre (rapporteur).

Mme Evelyne LAGRANGE, Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (directrice de recherche).

Mme Raphaële RIVIER, Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend ni approuver ni désapprouver les positions émises dans la présente thèse.

Elles doivent être considérées comme propres à l'auteur.

REMERCIEMENTS

Heureux qui comme Ulysse a fait un beau voyage... Il arrive un temps où l'on peut enfin remercier ses guides et toutes les personnes ayant compté durant le parcours aventureux que représente l'écriture d'une thèse.

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à Mme la Professeure Evelyne Lagrange. Elle sait formuler de justes remarques ; qu'elles apportent une lumière immédiate ou infusent progressivement, elles finissent toujours par enrichir la réflexion. Plus généralement, sa grande disponibilité (dont on n'ose abuser afin de la préserver) et ses encouragements réguliers (même timides) ont pesé dans la volonté de mener ce travail à son terme.

J'aimerais par ailleurs remercier les Professeurs Alland, Cahin, Forteau et Rivier pour avoir accepté de lire mon travail et d'en discuter en siégeant dans le jury de ma soutenance. J'en suis très honoré.

Je pense à tous les amis côtoyés durant ces années : les parisiens, avec qui j'ai adoré besogner comme voyager (Daniel, Lena, Jarek, Hélène, Marion, Marie, Valère, Caroline, Vanessa, Romain, William...) ; les angevins, sans qui l'ambiance serait à la fois moins sérieuse et moins heureuse ; ou encore les « auvergnats » et assimilés, qui m'ont prêté des coins de table pour avancer et, surtout, m'ont nourri. Parmi tout ce beau monde, il me faut principalement remercier ceux qui ont donné de leur temps pour relire des passages de cette thèse et me permettre d'y mettre un point final : Charlotte, Raphael, Valère, Jimmy, Eloise, Benjamin, Agathe, Daniel, Joseph et Emilie.

J'ai aussi une pensée pour les membres de ma famille qui, de près ou de loin, m'ont vu travailler et qui, sans interroger l'intérêt de la chose, m'ont constamment poussé à aller au bout, à faire au mieux tout en y cherchant du plaisir.

Enfin, il y a Emilie, ma relectrice la plus passionnée, avec qui j'ai hâte de partager tant d'autres choses.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE – L'IDENTIFICATION DES PRETENTIONS NORMATIVES

TITRE 1. L'INTENTION : LES CAUSES SUBJECTIVES DES PRETENTIONS NORMATIVES

Chapitre 1. Les causes endogènes

Chapitre 2. Les causes exogènes

TITRE 2. L'ENCADREMENT : MARGES D'APPRECIATION ET CONTRAINTES DANS LA FORMULATION DES PRETENTIONS NORMATIVES

Chapitre 1. Les conditions relatives à l'acteur et à l'action

Chapitre 2. Les conditions relatives aux champs d'application et des effets

TITRE 3. LES EFFETS RECHERCHES : LES CAUSES OBJECTIVES DES PRETENTIONS NORMATIVES

Chapitre 1. Les prétentions visant l'interprétation ou la modification de leurs fondements

Chapitre 2. Les prétentions visant la création ou l'extinction de droits

DEUXIEME PARTIE – L'OPPOSABILITE DES PRETENTIONS NORMATIVES

TITRE 1. L'OPPOSABILITE OBJECTIVE DES PRETENTIONS NORMATIVES

Chapitre 1. Les conditions d'opposabilité des prétentions normatives

Chapitre 2. Les effets autonomes des prétentions normatives

TITRE 2. L'OPPOSABILITE RELATIVE DU CONTENU DES PRETENTIONS NORMATIVES

Chapitre 1. Les actes de protestation

Chapitre 2. Les actes d'acceptation

LISTE DES ABREVIATIONS

Add.	Addendum	CPJI	Cour permanente de Justice internationale
ACDI	<i>Annuaire de la Commission du droit international</i>	CUP	Cambridge University Press
AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>	EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies	IDI	Institut de droit international
AIDI	<i>Annuaire de l'Institut de droit international</i>	IHEI	Institut des hautes études internationales (Paris II)
AJDA	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>	ILM	<i>International Legal Materials</i>
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>	ILR	<i>International Law Reports</i>
APD	<i>Archives de philosophie du droit</i>	JDI	<i>Journal du droit international (Clunet)</i>
Bull.	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>	OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
BYIL	<i>British Yearbook of International Law</i>	OMC	Organisation mondiale du commerce
C. Cass	Cour de cassation	ONU	Organisation des Nations Unies
CDI	Commission du droit international	op. cit.	<i>Œuvre précitée</i>
CE	Conseil d'État	ORD	Organe de règlement des différends de l'OMC
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme	OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
CIJ	Cour internationale de Justice	OUP	Oxford University Press
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements	p. pp.	page(s)
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes	préc.	Document précité
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne	RBDI	<i>Revue belge de droit international</i>
CPA	Cour permanente d'arbitrage	RDP	<i>Revue de droit public</i>
		RCADI	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international</i>
		RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>
		RQDI	<i>Revue québécoise de droit international</i>

<i>RSA</i>	<i>Recueil des sentences arbitrales</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
SA	Sentence arbitrale
SFDI	Société française pour le droit international
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
UE	Union européenne
ZEE	Zone économique exclusive

INTRODUCTION

« (...) tout ici passe et s'écoule, le mouvement est l'essence de cette architecture, un mouvement concentré et orienté vers un but précis. Nous n'observons qu'un fragment du processus (...). Pour voir réellement quelque chose, il faudrait s'éloigner, prendre un recul considérable ; mais tout se passe à l'intérieur de la symétriade – matrice colossale et proliférante, où la création est incessante, où le créé devient aussitôt créateur, où des « jumeaux » parfaitement identiques naissent aux antipodes, séparés par des échafaudages babéliens et des milles de distances. Ici, chaque construction monumentale, avec une beauté dont l'accomplissement échappe à notre vue, est l'exécutant et le chef, les formes collaborent entre elles et influent à tour de rôle les unes sur les autres. Une symphonie – oui, une symphonie qui se crée elle-même et s'arrête d'elle-même »*.

« From the perspective of realistic description, the international law of the sea is not a mere static body of rules but is rather a whole decision-making process, a public order which includes a structure of authorized decision-makers as well as a body of highly flexible, inherited prescriptions. It is, in other words, a process of continuous interaction, of continuous demand and response, in which the decision-makers of particular nation states unilaterally put forward claims of the most diverse and conflicting character to the use of the world's seas, and in which other decision-makers, external to the demanding state and including both national and international officials, weigh and appraise these competing claims in terms of the interests of the world community and of the rival claimants, and ultimately accept or reject them. As such a process, it is a living, growing law (...) »¹.

1. Le droit international se présente à l'observateur comme un ordre houleux. Ses manifestations révèlent une sorte de perpétuel mouvement, difforme et intelligemment structuré à la fois. On ne se lasse pas de considérer cette étrangeté et cet arbitraire voulant que les choses soient ainsi et non autrement. Mais l'étonnement devant le droit, érigé en principe philosophique à l'invitation de P. Amselek, doit inciter à lutter contre la torpeur et à « réactiver résolument cette conscience léthargique que nous avons du monde et de nous-mêmes dans notre expérience ordinaire »².

Cette vitalité du droit international repose en grande partie sur les comportements unilatéraux des États ; ils constituent des particules omniprésentes de la vie sociale internationale et contribuent de bien des manières à établir ce qui fait droit entre eux et avec d'autres sujets. Or, l'influence de ces comportements sur la définition et l'évolution du droit international est si présente que l'on tend soit à oublier les interrogations que le phénomène soulève, par l'effet d'une sorte d'accoutumance à l'incertitude, soit à ne prêter attention qu'à quelques cas patents. Les tentatives de conceptualisation de cette banalité insaisissable du droit international se sont fixées sur le point de savoir si et comment il convient de qualifier ces

* S. Lem, *Solaris*, 1961, trad. J.-M. Jasienko, Paris, Gallimard, 2002, pp. 89-90.

¹ M. S. McDougal, « The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea », *AJIL*, vol. 49, 1955, n° 3, pp. 356-357.

² P. Amselek, « L'étonnement devant le droit », *APD*, vol. 13, 1968, p. 167.

comportements en tant qu'actes juridiques unilatéraux et sur l'identification de leur(s) régime(s) juridique(s). Il ne semble pas inutile, cependant, de se demander si la méthode consistant à les rattacher à des catégories juridiques prédéterminées est la bonne.

Un tour d'horizon des enjeux soulevés par une étude des comportements unilatéraux étatiques (§1) invite à déterminer rigoureusement le cadre théorique dans lequel elle doit s'inscrire (§2). Ce n'est qu'à cette condition que l'on pourra prétendre poser et délimiter le problème lié au rôle de ces comportements dans leurs rapports avec le processus normatif international (§3) et, enfin, exposer la thèse soutenue et la structure du raisonnement proposé (§4).

§1. Les enjeux de l'étude

2. Un aperçu du phénomène dans la pratique permet de souligner les intérêts renouvelés d'une telle étude (A). D'un point de vue théorique, l'appréhension des comportements unilatéraux des États par la doctrine a permis l'élaboration et la confrontation de différentes approches systématiques (B). Toutefois, ces dernières se heurtent à d'importantes difficultés (C).

A. Les comportements unilatéraux des États et les rapports de droit en pratique

3. Rares sont les internationalistes qui ne se sont pas intéressés d'une façon ou d'une autre aux comportements unilatéraux des États, juridiquement pertinents dans bon nombre d'hypothèses. En matière coutumière et conventionnelle, ils le sont à un double titre : celui des processus de formation des coutumes et traités en tant qu'ils constituent des procédés de production de normes d'une part (*i.e.* des sources formelles du droit international³), et celui de la mise en œuvre de leurs contenus d'autre part, c'est-à-dire des normes qu'ils ont générées (1). À cela s'ajoute des situations toujours plus nombreuses dans lesquelles des comportements unilatéraux déploient des effets en dehors des rapports de droit manifestement conventionnels ou coutumiers, et ce en raison du caractère non formaliste du

³ L'expression « sources formelles » du droit international renvoie tantôt à un processus de formation du droit, tantôt à un acte juridique, tantôt aux normes qui en résultent, v. J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 12^{ème} éd., 2016, pp. 42-43. Afin d'éviter toute confusion, l'expression sera délaissée dans le cadre de cette étude, à moins que l'on fasse référence à des écrits doctrinaux spécifiques. V. aussi sur le rejet de l'expression « sources du droit », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, 1962, réédition, Paris, Bruylant, LGDJ, 1999, pp. 234-235.

droit international (2). Par ailleurs, que ce soit dans le premier cadre ou le second, il convient de souligner que les évolutions de la société internationale contemporaine tendent à accentuer les effets des comportements unilatéraux sur la formation et l'évolution du droit (3).

1. La double fonction des comportements unilatéraux dans le cadre du droit coutumier et conventionnel

4. Naissance et évolution des règles coutumières et conventionnelles – En premier lieu, les comportements unilatéraux étatiques contribuent directement au processus, parfois séculaire, de formation et transformation des règles coutumières ; il s'agit certainement de l'expression la plus ancienne et la plus éloquente de leurs effets dans l'ordre juridique international⁴. Ainsi, par exemple, le droit de la mer et notamment les règles relatives à la délimitation de la mer territoriale sont le fruit des revendications et reconnaissances émises entre les puissances maritimes qui cherchaient à préserver leurs intérêts dans le cadre de l'essor du commerce par bateau ; depuis le 11^{ème} siècle où Venise prétendait exercer sa juridiction et notamment lever des taxes sur l'intégralité de l'Adriatique, jusqu'à la formulation d'une règle plus répandue établissant la limite des délimitations unilatérales à 3 milles marins (la portée d'un coup de canon) à partir de la fin du 18^{ème} siècle, puis 12 milles marins durant la seconde moitié du 20^{ème} siècle⁵.

5. En second lieu, les effets des comportements unilatéraux des États s'illustrent dans le cadre de la création et de l'évolution des règles conventionnelles, à propos desquelles il convient de distinguer deux situations typiques. La première concerne la formation du traité sous un angle strictement formel, en tant qu'instrument adopté suivant une certaine procédure. En ce sens, les comportements directement liés à la vie et à la mort des traités envisagés comme des actes juridiques déterminés peuvent être vus comme unilatéraux. Il en

⁴ Pour une vue d'ensemble sur les problèmes posés par le processus coutumier, v. par ex. P. Haggenmacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, vol. 90, 1986, pp. 5-125 ; M. H. Mendelson, « The Formation of Customary International Law », *RCADI*, vol. 272, 1998, pp. 155-410 ; J. Kammerhofer, « Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of its Problems », *EJIL*, vol. 15, 2004, n° 3, pp. 523-553 ; R. Baker, « Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates », *EJIL*, vol. 21, 2010, n° 1, pp. 173-204.

⁵ Pour un résumé de l'évolution de la règle, v. par ex., M.-H. Renaut, *Histoire du droit international public*, Paris, Ellipses, 2007, pp. 39-40 ; M. Lafourcade (dir.), *La frontière des origines à nos jours*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1997, pp. 30-42 ; J.-P. Pancraccio, *Droit de la mer*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 150-155 ; F. Latty, « Du droit coutumier aux premières tentatives de codification », in M. Forteau, J.-M. Thouvenin (dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, spéc. pp. 37-39.

va ainsi de la signature, de l'échange d'instruments constituant un traité, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, de la ratification et enfin de la dénonciation ou du retrait⁶. Cependant, ils ne sont traités comme tels ni par la doctrine, ni en pratique, dès lors qu'ils sont les éléments d'une procédure complexe et pluripartite de formation d'un acte collectif, dont la condition essentielle d'existence réside dans un échange de volontés, et que leur régime dépend à ce titre directement du droit conventionnel. À côté de ces comportements, d'autres sont également rattachés aux traités en ce qu'ils conditionnent la portée de leur contenu matériel. Ceux-ci constituent néanmoins des actes considérés comme unilatéraux, par le droit conventionnel lui-même, leur fonction consistant à tisser dans le cadre du traité dont ils relèvent des rapports normatifs individualisés entre ses différentes parties. Il s'agit des réserves et des déclarations interprétatives ainsi que des acceptations ou objections dont les premières font l'objet en retour⁷. La seconde situation illustrant les effets des comportements unilatéraux dans le cadre spécifique du droit des traités a trait au fait qu'ils sont susceptibles, selon un processus analogue à celui de l'évolution des coutumes, d'en préciser sinon d'en transformer le contenu. Comme l'a souligné D. Alland, « la conclusion définitive du traité ne signe pas la fin de l'histoire mais son début : son application et son interprétation unilatérales sont, sous certaines conditions, appelées à le modifier au cours du temps »⁸. La pratique subséquente à l'adoption d'un traité peut ainsi devenir par la force des choses une pratique dérogatoire consacrant une règle nouvelle et détruisant l'ancienne. L'exemple le plus célèbre est certainement celui de la modification de l'article 27, § 3 de la Charte des Nations Unies, la Cour internationale de Justice (CIJ) ayant reconnu qu'en pratique, contrairement aux

⁶ Les modes d'expression du consentement à être lié sont énumérés à l'article 11 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui évoque aussi, *in fine*, « tout autre moyen convenu ». La dénonciation ou le retrait sont évoqués aux articles 54 et 56. Ils sont possibles si le traité les prévoit ou peut être interprété comme tel. Mais l'article 54 précise également que l'extinction peut être convenue « par consentement de toutes les parties ».

⁷ Aux termes de l'article 2, § 1 d) de la Convention de Vienne, « l'expression « réserve » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ». Leur régime ainsi que celui des acceptations et objections dont elles font l'objet est prévu aux articles 19 à 23. Le phénomène des déclarations interprétatives fut ignoré à l'époque de la rédaction de la Convention. Toutefois, la lacune a été récemment comblée par le « Guide de la pratique sur les réserves aux traités » adopté par la CDI en 2011, qui y consacre de nombreuses dispositions. Selon la directive 1.2, la déclaration interprétative se définit comme « une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions ». Le texte du Guide et ses commentaires sont reproduits dans le « Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session, 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011 », doc. A/66/10/add.1.

⁸ D. Alland, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 5^{ème} éd., 2018, pp. 181-182.

indications du texte, l'abstention d'un membre permanent du Conseil de sécurité ne pouvait faire obstacle à l'adoption d'une résolution⁹.

6. *Application du droit coutumier et conventionnel* – Pertinents pour l'élaboration et l'évolution des règles coutumières et conventionnelles, les comportements unilatéraux le sont également lorsqu'ils sont adoptés sur leur fondement. En ce sens, ils constituent des actes d'application du droit international. En pratique, soit les États se reconnaissent mutuellement le droit de réaliser certaines actions. C'est notamment le cas lorsqu'ils délimitent en vertu des règles en vigueur du droit de la mer les différentes zones maritimes au sein desquelles s'exerceront leurs compétences ou encore lorsqu'ils interviennent exceptionnellement sur des navires étrangers situés en haute mer¹⁰. Soit le droit coutumier ou conventionnel érige leurs comportements en actes-conditions dont l'objet est de déclencher l'application d'un régime prédéterminé. Il en va ainsi lorsqu'un État décide d'octroyer sa nationalité, d'immatriculer un navire, un aéronef ou un engin spatial, lorsqu'il occupe une terre sans maître dans le but de rendre son acquisition opposable aux autres États ou encore lorsqu'il émet une demande d'extradition sur le fondement d'un traité en vertu duquel l'État requis, si les conditions prévues sont satisfaites, sera tenu d'y procéder. Dans tous ces cas, les comportements unilatéraux des États s'analysent sous l'angle et selon les problématiques des compétences que le droit international leur reconnaît. Toutefois, chaque comportement fondé sur une règle peut également être considéré comme pertinent pour la confirmation, l'interprétation ou la modification de celle-ci, selon le schéma précédemment évoqué. C'est donc leur valeur en tant qu'actes d'application *et* comme actes influençant les rapports normatifs qui permet d'illustrer leurs effets juridiques potentiels.

⁹ CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec., § 22.

¹⁰ Les exceptions coutumières à la compétence exclusive de l'État du pavillon sont : le droit de poursuite par l'État côtier (article 111 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982), le droit de visite sur des navires marchands par tout navire ou aéronef d'État en cas de soupçon de certaines infractions (article 110), la répression de la piraterie (article 100), l'intervention en cas d'abordage ou tout autre incident de navigation maritime (article 97). D'autres conventions peuvent prévoir un droit d'intervention visant à assurer les finalités spécifiques prévues par chacune d'elle (contrôle des stocks de pêche, répression de certains trafics, etc.). V. H. J. Kim, « La haute mer », in M. Forteau, J.-M. Thouvenin (dir.), *Traité de droit international de la mer*, op. cit., spéc. pp. 428-430.

2. Les effets des comportements unilatéraux dans les rapports de droit ni manifestement coutumiers ni manifestement conventionnels

7. *Caractère non formaliste du droit international* – Dans le cadre d’une analyse de ses procédés de production, il est reconnu que le droit international n’est pas formaliste. Les États peuvent s’engager mutuellement sans nécessairement établir entre eux de traités qui seraient qualifiés comme tels uniquement au terme d’un parcours procédural normalisé dont on trouve l’expression la plus aboutie dans la Convention de Vienne de 1969. Ils n’ont pas non plus à attendre ni à invoquer formellement la cristallisation d’une coutume, dont la valeur découle d’un processus indéterminé. C’est dans cet interstice flou, situé entre le traité comme acte juridique type et la coutume, que les comportements unilatéraux étatiques jouent depuis longtemps un rôle aussi remarqué qu’incertain.

8. *Vigilance historique des États dans leur pratique diplomatique* – La pratique étatique en livre des illustrations relativement anciennes. Celles-ci démontrent l’attention traditionnellement portée par les autorités étatiques aux conséquences potentielles que leurs conduites pourraient entraîner sur le plan du droit. Sans nécessairement aller jusqu’à considérer qu’elles se sentaient tenues par des règles, leurs actions étaient à tout le moins dirigées par une détermination à s’assurer de la consistance et de la clarté de leurs positions juridiques, en accord avec leurs intérêts. Il en existe des traces variées dans le *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*. D’un côté, les documents reproduits révèlent une certaine frilosité de la part des autorités françaises au moment de reconnaître la valeur des promesses formulées par d’autres États¹¹. De l’autre, les actes de reconnaissance semblaient ne soulever aucun débat quant à leur valeur juridique¹². Entre ces deux extrêmes, il fut néanmoins admis que des comportements tels que les acquiescements, les protestations ou les renonciations étaient susceptibles d’emporter de véritables conséquences sur la scène juridique. Ainsi, à propos des premiers, les autorités françaises ont pu considérer que les Puissances parties au Traité de Berlin de 1878 et ayant par la suite pris part à la rédaction de

¹¹ Par ex., à propos de la déclaration égyptienne du 24 avril 1957 relative au canal de Suez, M. Georges-Picot, représentant de la France aux Nations Unies, déclarait lors de la séance du 26 avril 1957 du Conseil de sécurité : « [o]n nous dit qu’elle constitue un instrument international qui sera déposé et enregistré au Secrétariat de l’Organisation des Nations Unies. Mais une déclaration unilatérale, même enregistrée, ne peut très évidemment avoir d’autre portée que celle d’un acte unilatéral, (...) décrétée unilatéralement, la déclaration peut être modifiée ou annulée de la même façon », A.-C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, Éditions CNRS, 1962, tome 1, pp. 617-618, n° 1181.

¹² V. la multitude d’exemples évoqués sous cette appellation au troisième tome du même *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, Éditions CNRS, 1972, pp. 3-118.

la Constitution de la Bulgarie avaient donné leur consentement silencieux à la remise en cause de l'une de ses dispositions :

« [q]ue les législateurs de Tirnovo aient perdu de vue le traité de Berlin en transformant une couronne élective en une couronne héréditaire, cela paraît incontestable. Mais il faut reconnaître aussi que l'Europe a ratifié par son assentiment tacite le fait accompli et que la Bulgarie est fondée à invoquer le bénéfice de la prescription »¹³.

Les protestations étaient également vues comme susceptibles d'emporter des effets juridiques. Ainsi, les États présents au Congrès de Vienne de 1815, notamment la France et le Royaume-Uni, considéraient qu'un tel comportement leur permettait d'assurer la conservation de leurs droits face aux violations des traités par la Russie. Il fut déclaré en ce sens que :

« si, dans une négociation européenne ayant pour but le rétablissement de la paix avec la Russie, il n'était nullement fait mention de l'infraction aux traités dont le gouvernement russe s'était rendu coupable en assimilant le royaume de Pologne à l'empire de Russie, infraction contre laquelle nous avons protesté, on pourrait considérer notre silence comme une sanction implicite et comme une renonciation à nos protestations précédentes (...) il serait désirable de faire quelque démarche de nature à corroborer l'opinion exprimée »¹⁴.

La possibilité de renoncer unilatéralement à un droit fut envisagée de façon tout aussi explicite. Par exemple, trois des puissances victorieuses de la Seconde guerre mondiale (les États-Unis d'Amérique, la France et le Royaume-Uni) ont déclaré abandonner le bénéfice de certaines des dispositions du Traité de paix de Paris de 1947 qui soumettaient l'Italie à diverses sanctions et restrictions militaires :

« [c]haque des trois gouvernements, en ce qui concerne ses propres relations avec l'Italie, et sous réserve des droits acquis par les tiers, déclare donc qu'il accordera une attention favorable à une requête du gouvernement italien tendant à faire disparaître les restrictions et discriminations permanentes existant actuellement qui sont dépassées par

¹³ « M. Decrais, ambassadeur de France à Vienne, à M. Develle, ministre des Affaires étrangères, le 21 mars 1893 », in A.-C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, op. cit., t. 1, p. 634, n° 1211. Plus généralement, sur le silence étatique, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Thèse, Paris II, 2013, 711 p., et pour la version publiée, v. Paris, Pedone, 2018, 720 p. Dans la suite de cette étude, on se réfère uniquement à la thèse dactylographiée.

¹⁴ « Le Comte Walewski, ambassadeur de Sa Majesté à Londres, au ministre des Affaires étrangères, le 28 mars 1855 », A.-C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, op. cit., t. 1, p. 640, n° 1219. Dans le même ordre d'idée, on peut se référer à la protestation britannique du 9 décembre 1912 dirigée contre l'adoption par les États-Unis d'Amérique du *Panama Canal Act* de la même année. Le Secrétaire aux relations extérieures du Royaume-Uni, Sir Edward Grey, justifiait cette réaction dans la mesure où son gouvernement était « *unwilling to give ground for an assertion that their silence had been taken for consent* », cité par I. C. MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *BYIL*, vol. 30, 1953, p. 299.

les événements ou injustifiées dans les circonstances présentes, ou qui affectent son pouvoir d'assurer sa propre défense »¹⁵.

Dont acte, quelques mois plus tard, le Ministre français des affaires étrangères déclarait alors dans une lettre adressée à l'ambassadeur d'Italie en France :

« [j]e suis heureux de faire savoir à Votre Excellence que, en conformité avec les termes de la déclaration publiée le 26 septembre par les Gouvernements français, américain et britannique, le Gouvernement français accueille favorablement les propositions du Gouvernement italien »¹⁶.

9. Positions incertaines des gouvernements sur la valeur juridique des comportements unilatéraux – Plus récemment, dans le cadre des travaux de la Commission du droit international (CDI) relatifs aux actes unilatéraux des États, certains gouvernements ont formulé des opinions générales¹⁷. Ceux-ci reconnaissent la valeur juridique des actes unilatéraux dans les hypothèses où la volonté des États auteurs apparaît suffisamment claire. Cependant, il en ressort surtout de grandes difficultés à déterminer la logique de leur fonctionnement. Ces difficultés sont manifestes sur au moins trois points. D'abord, la diversité des comportements concernés entraîne des interrogations relatives à l'homogénéité de leur(s) régime(s) et à la possibilité d'en proposer une systématisation. En ce sens, les Pays-Bas ont déclaré qu'ils :

« reconnaissent l'importance des actes unilatéraux à l'échelle internationale, mais constatent dans le même temps qu'il est difficile, en raison de la grande diversité des types d'actes unilatéraux, d'identifier les effets juridiques communs et de donner des réponses précises aux questions posées »¹⁸.

Ensuite, il apparaît certaines incertitudes ou réticences relatives à l'étendue de leurs effets par rapport à d'autres modes de formation du droit international comme les traités. À cet égard, la remarque de l'Italie est assez sibylline, voire contradictoire :

« [i]l est évident que l'objet de l'acte varie selon les cas, de même que les effets juridiques qui en découlent. Certains actes unilatéraux produisent des effets juridiques immédiats, d'autres créent des attentes, souvent indépendamment de l'intention réelle du sujet qui a promu l'acte. En tout cas, les effets des actes unilatéraux ne peuvent jamais être analogues à des traités, ceci pour éviter de compromettre la sécurité des relations

¹⁵ « Déclaration des Gouvernements américain, britannique et français au sujet des relations avec l'Italie, le 26 septembre 1951 », A.-C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, *op. cit.*, p. 357, n° 719.

¹⁶ « M. Robert Schuman, ministre des Affaires étrangères, à M. Pietro Quaroni, ambassadeur d'Italie à Paris, le 21 décembre 1951 », *ibid.*

¹⁷ V. CDI, « Actes unilatéraux – Réponses des gouvernements au questionnaire », 6 juillet 2000, doc. A/CN.4/511, 22 p. et « Actes unilatéraux – Réponses des gouvernements au questionnaire », 18 avril 2002, doc. A/CN.4/524, 7 p. Pour une présentation des travaux de la CDI et les références associées, v. *infra*, §§ 17 et s.

¹⁸ CDI, « Actes unilatéraux – Réponses des gouvernements au questionnaire », 6 juillet 2000, *op. cit.*, p. 18.

internationales. Certes, les attentes légitimes des parties doivent être sauvegardées, mais pas jusqu'au point de créer une nouvelle catégorie d'accords »¹⁹.

Enfin, certaines déclarations interrogent et peuvent laisser perplexe quant au fondement de leur caractère obligatoire. À ce propos, selon la Finlande :

« [u]n acte unilatéral a non seulement le caractère contraignant que l'État qui l'a formulé entend lui donner, mais aussi dans la mesure où il crée des attentes. Par conséquent, il peut devenir contraignant indépendamment de l'intention de son auteur »²⁰.

10. *Développements de la jurisprudence internationale* – À côté des opinions délivrées par les autorités diplomatiques, la pratique contentieuse révèle également la pertinence historique des conduites unilatérales des États dans la définition de leurs rapports normatifs. Or, en la matière, si les juges ni ne s'appuient sur la figure de l'accord, ni ne constatent explicitement l'existence d'une coutume (éventuellement valable entre les seules parties à l'instance), l'attribution d'effets juridiques aux comportements unilatéraux dont il est question doit permettre d'inférer l'existence logique d'une ou plusieurs règles non écrites qui en dicteraient la portée. L'identification des constantes de la jurisprudence internationale devrait alors contribuer à leur systématisation. Toutefois, s'il existe une multitude de cas dans lesquels des comportements unilatéraux étatiques se sont vu attribuer des effets au titre d'un « processus » non identifié de production du droit, la rareté des considérants de principe qui en décriraient la nature et le fonctionnement en des termes qui transcenderaient les cas d'espèce doit aussi être soulignée.

Seules quelques affaires ont offert l'occasion aux juges de formuler des remarques générales. Néanmoins, c'est toujours à propos d'une certaine catégorie de comportements. Ainsi, par exemple, les actes internes d'un État peuvent être juridiquement pertinents vis-à-vis des rapports que celui-ci entretient avec les tiers. S'ils interviennent dans un domaine régi par le droit international, alors leur opposabilité dépend des conditions posées par les règles qui en relèvent. En ce sens, à propos d'un acte de délimitation, la CIJ affirma dans l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* de 1951 que :

« [l]a délimitation des espaces maritimes a toujours un aspect international ; elle ne saurait dépendre de la seule volonté de l'État riverain telle qu'elle s'exprime dans son droit interne. S'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l'État riverain a seul qualité pour y procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des États tiers relève du droit international »²¹.

¹⁹ *Ibid.*, p. 16.

²⁰ *Ibid.*

²¹ CIJ, 18 décembre 1951, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, *Rec.*, p. 132.

C'est par ailleurs à propos des promesses que la Cour de La Haye a formulé son *obiter* le plus célèbre en matière de comportements unilatéraux. Dans ses deux arrêts rendus le 20 décembre 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* et (*Australie c. France*), elle reconnut la valeur contraignante des déclarations formulées par les autorités françaises à propos de la fin des essais opérés en atmosphère. Dans la mesure où il s'agissait là de l'objectif recherché par les deux États demandeurs, la Cour les a soumises à une analyse approfondie avant d'annoncer que le différend était en conséquence devenu sans objet. À cette occasion, elle énonça le principe suivant :

« [i]l est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. (...) Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres États, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'État s'est prononcé »²².

La Cour poursuit en précisant qu'une interprétation restrictive de ce genre de déclarations s'imposait et que leur forme n'était pas déterminante²³. Par ailleurs, elle en fonda explicitement le caractère obligatoire sur la bonne foi :

« [L]a confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les États intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles ; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée »²⁴.

Les juges dégagèrent ainsi de la pratique des États la possibilité pour eux d'adopter un véritable engagement juridique unilatéral, assorti d'un régime propre et d'un principe général fondant son caractère obligatoire.

Dans un tout autre domaine, celui du silence, la pratique contentieuse offre également quelques développements visant à en expliquer la portée en des termes généraux. Ainsi, dans le contexte de la modification d'un traité par la pratique subséquente des parties, la sentence

²² CIJ, arrêts du 20 décembre 1974, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, Rec., § 46 et (*Australie c. France*), Rec. § 43. On ne se référera en général qu'à l'arrêt concernant la Nouvelle-Zélande.

²³ *Ibid.*, §§ 47-48.

²⁴ *Ibid.*, § 49.

rendue en 2002 dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie* (*Érythrée/Éthiopie*) permit à la Commission présidée par Sir Elihu Lauterpacht, de formuler l'idée suivante :

« *[t]his process has been variously described by such terms, amongst others, as estoppel, preclusion, acquiescence or implied or tacit agreement. But in each case the ingredients are the same: an act, course of conduct or omission by or under the authority of one party indicative of its view of the content of the applicable legal rule – whether of treaty or customary origin; the knowledge, actual or reasonably to be inferred, of the other party, of such conduct or omission; and a failure by the latter party within a reasonable time to reject, or dissociate itself, the position taken by the first* »²⁵.

La CIJ énonça elle aussi un principe similaire, en des termes généraux, dans l'affaire *Pedra Branca* (*Malaisie/Singapour*) tranchée en 2008. En l'espèce, les juges ont considéré que le transfert d'un titre territorial au profit de la Malaisie était réalisé en raison de ses manifestations régulières de souveraineté non contestées par Singapour :

« *[d]e telles manifestations peuvent appeler une réponse, en l'absence de laquelle elles deviennent opposables à l'État en question. L'absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement. (...) Autrement dit, un silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse* »²⁶.

À l'inverse de l'exemple de l'acquiescement, la protestation a pu être décrite dans l'affaire *El Chamizal*, qui opposait en 1911 le Mexique aux États-Unis d'Amérique, comme un acte nécessaire et éventuellement suffisant, selon les cas, à l'interruption d'une éventuelle prescription acquisitive (peu important, selon la Commission, que le principe soit admis ou non en droit international). Ainsi, après avoir constaté que le Mexique avait régulièrement protesté par la voie des agents diplomatiques contre la présence de citoyens états-uniens et les actes des gouvernements local et fédéral sur le territoire disputé, la Commission précisa que :

« *[i]n private law, the interruption of prescription is effected by a suit, in dealings between nations this is of course impossible, unless and until an international tribunal is established for such purpose. In the present case, the Mexican claim was asserted before the International Boundary Commission within a reasonable time after it commenced to exercise its functions, and priori to that date the Mexican Government had done all that could be reasonably required of it by way of protest against the alleged encroachment* »²⁷.

²⁵ SA du 13 avril 2002, RSA, vol. XXV, § 3.9.

²⁶ CIJ, arrêt du 23 mai 2008, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* (*Malaisie/Singapour*), Rec., § 121.

²⁷ *El Chamizal* (*Mexique/États-Unis*), SA du 15 juin 1911, RSA, vol. XI, spéc. pp. 328-329.

En somme, il est très largement admis qu'une certaine valeur juridique puisse être attribuée aux comportements unilatéraux des États sans pour autant qu'ils apparaissent manifestement rattachables à un « processus » conventionnel ou coutumier²⁸.

3. L'accroissement des effets potentiels des comportements unilatéraux dans la pratique contemporaine

11. Conséquences des mutations de la société internationale – Les différentes assertions diplomatiques et surtout juridictionnelles évoquées méritent d'être mises en perspective à l'aune d'une pratique contemporaine susceptible de leur octroyer une portée considérable dans la société internationale du 21^{ème} siècle. Cela renouvelle, par la même occasion, les intérêts d'une étude approfondie des comportements unilatéraux des États et de leurs rôles dans la définition de leurs rapports de droit. La mondialisation est la source (en même temps que le résultat) de différentes évolutions de la société internationale dont il faut faire état et tenir compte. Le terme renvoie généralement à l'accroissement des communications et des flux transfrontières ainsi qu'à l'intensification des interdépendances et solidarités dans tous les domaines de la vie sociale observés pour l'essentiel et en raison des progrès technologiques durant les deux dernières décennies du 20^{ème} siècle et jusqu'à nos jours²⁹. Or, ces mutations constitutives d'un « village-global » entraînent au moins trois types de conséquences sur les relations internationales qui élèvent à divers titres le degré de pertinence des conduites unilatérales étatiques vis-à-vis de la formation et de l'évolution du droit international.

La première est *un approfondissement et une accélération des relations internationales*. Approfondissement, d'une part, dans la mesure où la coopération entre les États est plus fréquente et plus poussée à la fois. Dans des domaines variés, le droit international est donc en expansion. Or, la multiplication des traités et coutumes augmente considérablement la probabilité que la pratique unilatérale des États influence leurs évolutions potentielles. Accélération, d'autre part, car comme l'a souligné la CDI à l'aube de ses travaux sur les actes unilatéraux, leur fréquence ne cesse de grandir en raison des « transformations politiques, économiques et technologiques rapides que connaît actuellement la communauté

²⁸ Sur la problématique de l'autonomie des actes unilatéraux des États vis-à-vis d'autres « sources » traditionnelles du droit international, v. *infra*, §§ 15 et s.

²⁹ V. pour une définition, G. Hermet, B. Badie, P. Birnbaum, P. Braud, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, Armand Colin, 2015, p. 198 ; C. Ghorra-Gobin (dir.), *Dictionnaire critique de la mondialisation*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 429.

internationale et, en particulier, avec le développement remarquable des moyens d'expression et de transmission de l'attitude et de la conduite des États »³⁰. Pour toutes ces raisons, les États sont aujourd'hui soumis à une obligation accrue de vigilance s'ils ne veulent pas, le cas échéant, « subir » le développement du droit international en conséquence de l'effet attribué à l'absence de protestation contre telle ou telle prétention d'un tiers ou contre telle ou telle coutume en formation.

La deuxième conséquence concerne *la relativisation du principe territorial* qui fonde la société internationale traditionnelle, relativisation qui ne traduit pas un dépérissement de l'État et de ses compétences, loin s'en faut, mais une transformation des limites physiques tracées à celles-ci. En tant qu'invention relativement récente, exportée hors d'Europe depuis la fin du 17^{ème} siècle, le principe territorial structure le droit international classique. Cependant, comme l'a notamment démontré B. Badie, il n'a rien d'immuable. D'une part, il n'est pas parfaitement accepté dans toutes les régions du monde et, d'autre part, il tend à évoluer, sinon en partie à s'effacer, au profit de solidarités nouvelles facilitées par les progrès technologiques³¹. Cette relativisation est le résultat d'un « dédoublement du monde », selon l'expression et le tableau schématique proposés par R.-J. Dupuy, entre les sujets primaires du droit international titulaires de la souveraineté d'un côté et un univers transnational composé d'acteurs privés de l'autre, ne tenant compte des premiers et de leurs puissances normatives que comme une donnée parmi d'autres dans le cadre de la réalisation de leurs activités³². Afin de les réglementer, les États peuvent alors être tentés de les soumettre à des législations de portée extraterritoriale, légitimées par des interprétations de plus en plus extensives des titres de compétences traditionnels que le droit international leur reconnaît³³. Dans ce cadre déjà

³⁰ CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session, 12 mai – 18 juillet 1997 », doc. A/52/10, p. 65, § 196. Le constat est partagé par certains, not. P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2016, p. 380. Par ailleurs, d'autres ont pu poser la question, en apparence triviale, de savoir quelle valeur attribuer à un « tweet », V. Ndior, « Un tweet peut-il engager juridiquement un État en droit international ? Brèves élucubrations », 11 avril 2014, disponible en ligne : <http://www.unpeudedroit.fr/droit-des-nouvelles-technologies/un-tweet-peut-il-engager-juridiquement-un-etat-en-droit-international-breves-elucubrations/>. Il faut dans le même sens souligner l'intérêt grandissant de certains pour les conséquences diplomatiques de l'usage des réseaux sociaux, v. not. le site internet consacré à ce sujet par l'agence de communication Burson-Marsteller : <http://twiplomacy.com>. Et sur les enjeux soulevés par l'utilisation des réseaux sociaux, v. not. V. Ndior, « Le réseau social : essai d'identification et de qualification », in V. Ndior (dir.), *Droit et réseaux sociaux*, Cergy Pontoise-Paris, LEJEP Lextenso éditions, 2015, spéc. pp. 31-35.

³¹ B. Badie, *La fin des territoires*, Paris, CNRS éditions, 2013, 278 p. Également, J.-D. Mouton, « La mondialisation et la notion d'État », in SFDI, *L'État dans la mondialisation. Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 2013, spéc. pp. 18-23.

³² R.-J. Dupuy, « Le dédoublement du monde », *RGDIP*, vol. 100, 1996, n° 2, pp. 313-321.

³³ Pour une condamnation des législations de portée extraterritoriale et la promotion d'une vision orthodoxe du droit international, v. la Déclaration de la Fédération de Russie et de la République populaire

complexe, la dématérialisation des moyens de communication, qu'il s'agisse en général de l'Internet ou plus spécifiquement, par exemple, de l'imbrication des systèmes bancaires et financiers, crée de nouveaux vecteurs pour la projection instantanée des compétences (et valeurs) nationales vers l'extérieur. En ce sens, une régulation théoriquement territoriale des contenus de certains sites internet peut aisément emporter des conséquences directes à l'étranger si elle est exercée à l'égard de serveurs situés sur le territoire d'autres États³⁴. Dans la même veine, l'utilisation de chambres de compensations situées aux États-Unis d'Amérique par lesquelles transitent des opérations libellées en dollars états-uniens peut inciter les autorités de l'État émetteur de ladite monnaie à sanctionner diverses banques européennes pour avoir opéré des transferts de fonds depuis l'Europe vers l'Iran et Cuba, contrairement à l'embargo prescrit par une loi nationale³⁵. La mise en concurrence déterritorialisée des compétences étatiques fait ainsi le jeu des puissances car, dans ce genre de cas, l'effectivité de l'exercice de leurs compétences tend à supplanter les conditions éventuelles d'opposabilité de tels comportements, incitant en conséquence les États tiers à réagir formellement. Or, à défaut, la tolérance ou l'absence de réaction de ces derniers peuvent être réputées consolider un fondement juridique dont l'existence est *a priori* contestable. La situation rend d'autant plus difficile (mais aussi nécessaire) une protestation sur le terrain du droit – ce que la France n'a pas fait en l'espèce – que l'ensemble des ramifications de l'entreprise sur de nombreux territoires et dans différents secteurs d'activité fait qu'elle n'échappera pas, d'une manière ou d'une autre, à un exercice de compétence étatique potentiellement tentaculaire, qui trouvera ici ou là un lien de rattachement interprété unilatéralement comme suffisant pour en légitimer la cause.

de Chine sur la promotion du droit international du 25 juin 2016, disponible not. sur le site du Ministère des affaires étrangères russe : http://www.mid.ru/en/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2331698. Plus généralement, sur la question des effets de la mondialisation sur la définition des titres de compétences que les États se reconnaissent, v. not. G. Cahin, « Rapport » sur les notions, in SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 43-44 ; dans le même ouvrage, E. Lagrange, « Rapport » sur les titres de compétence, contribution à laquelle on peut pour l'instant renvoyer en intégralité, pp. 97-132.

³⁴ V. sur ce point les affaires évoquées par J. Bourguignon, « La recherche de preuves informatiques et l'exercice extraterritorial des compétences de l'État », in SFDI, *Internet et le droit international. Colloque de Rouen*, Paris, Pedone, 2014, pp. 357-372.

³⁵ M. Audit, R. Bismuth, A. Mignon-Colombet, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *JCP(G) – La semaine juridique*, 2015, n° 1-2, pp. 64-65 ; R. Bismuth, « BNP Paribas : derrière les 10 milliards, l'extraterritorialité américaine », *Liberation.fr*, 5 juin 2014 ; R. Bismuth, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI*, vol. 61, 2015, pp. 785-807.

La troisième conséquence, qui n'est autre que le revers de la précédente, concerne *l'émergence dans les relations internationales de nouveaux acteurs privés transnationaux susceptibles eux-aussi de revendiquer le bénéfice des comportements unilatéraux étatiques*. À ce propos, aucune des études récentes consacrées aux actes unilatéraux des États ne se penche sur les enjeux relatifs à leur valeur à l'égard des personnes privées. Il faut pour cela explorer les recherches consacrées à des domaines techniques comme le droit des investissements. Dans la mesure où il se compose à la fois de règles internationales (la myriade de traités bilatéraux d'investissements (TBI)) et internes, et dès lors que les législations nationales en la matière sont élaborées pour attirer et protéger sur le territoire de l'État des investisseurs étrangers, il arrive que ces derniers cherchent à faire valoir dans un cadre contentieux les engagements qui y seraient inclus. La loi et d'autres actes internes de l'État peuvent en ce sens être vus comme des actes unilatéraux qui l'engagent dans un rapport de droit avec les investisseurs concernés³⁶. Ainsi, par exemple, soit ils contiennent une offre d'arbitrage susceptible de leur permettre de saisir un tribunal *ad hoc*³⁷, soit ils ont généré chez eux des attentes légitimes que les TBI protègent en imposant aux États hôtes le respect d'un standard de traitement juste et équitable dont la jurisprudence arbitrale a élargi la portée³⁸. Des rapports juridiques de cette nature peuvent en outre se retrouver en dehors des seules relations entre États et investisseurs, par exemple lorsque des États s'engagent dans divers domaines (fiscalité, facilités d'accès au territoire, *etc.*) envers des fédérations sportives internationales dans le but d'attirer l'organisation de compétitions comme les Jeux olympiques ou la Coupe du monde de football³⁹.

³⁶ Dans son cours à l'Académie, P. Juillard a évoqué la possibilité que les codes nationaux d'investissement puissent être considérés comme des actes unilatéraux internationalement pertinents, en leur appliquant notamment le principe dégagé par la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires*, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, spéc. pp. 59-74.

³⁷ V. par ex. les affaires CIRDI *Southern Pacific Properties (SPP) c. Égypte*, décision sur la compétence du 14 avril 1988, n° ARB/84/3, *ILR*, vol. 106, p. 532 ; et plus récemment *Tidewater inc. c. Venezuela*, décision sur la compétence du 8 février 2013, n° ARB/10/5, §§ 75-141, même si le tribunal rejette en l'espèce l'hypothèse du consentement inclus dans la loi vénézuélienne. V. aussi not. M. Mbengue, « National Legislation and Unilateral Acts of States », in T. Gazzini, E. de Brabandère (eds), *International Investment Law: the Sources of Rights and Obligations*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 183-216.

³⁸ V. par ex. les affaires *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, CIRDI n° ARB/02/16, § 303 ; *Total S.A. c. Argentine*, sentence sur la responsabilité du 27 septembre 2010, CIRDI n° ARB/04/01, § 131 ; *El Paso Energy International Company c. Argentine*, sentence du 31 octobre 2011, CIRDI n° ARB/03/15, § 376-377. Toutes les décisions arbitrales du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) sont disponibles en ligne à l'adresse : www.italaw.com.

³⁹ V. les exemples et l'analyse de la valeur de ces engagements unilatéraux présentés par F. Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, spéc. pp. 583-601. Sachant qu'une compétition internationale pourrait éventuellement être qualifiée d'investissement, les fédérations organisatrices pourraient, le cas échéant, bénéficier de la protection des TBI pertinents, v. F. Latty, « Compétition sportive et droit international des investissements. Quelques élucubrations juridiques à l'approche de la Coupe du monde de football au Brésil et des Jeux olympiques de Rio de Janeiro », *Anuario Brasileiro de Direito Internacional*, vol. 1, n° 10, janvier 2011, pp. 149-169.

Ainsi, d'un côté, les comportements unilatéraux des États sont susceptibles de déployer des effets dans tout domaine matériel du droit international. De l'autre, ils interviennent de diverses manières dans l'ensemble des processus relatifs sa formation et à son évolution. L'un des enjeux majeurs de cette étude consiste à envisager une représentation théorique commune à l'ensemble de ces phénomènes.

B. Les comportements unilatéraux des États et les rapports de droit en doctrine

12. Il faut reconnaître que la tâche consistant à développer, dans un effort didactique, une approche générale de la valeur des comportements unilatéraux étatiques ne revient pas nécessairement aux juges. Bien que ces derniers se réfèrent aux éventuels précédents pertinents, le rôle consistant à dégager la portée d'une véritable « jurisprudence » revient plutôt à la doctrine⁴⁰. L'appréhension des comportements unilatéraux des États par les auteurs internationalistes s'étale, pour l'essentiel, sur les deux derniers tiers du 20^{ème} et le début du 21^{ème} siècles, l'affaire des *Essais nucléaires* (1974) ayant dans ce cheminement accentué l'élaboration et la diffusion d'une théorie des sources formelles du droit international incluant les actes unilatéraux. À cet égard, deux débats, historiquement et logiquement dépendants, peuvent être distingués. Le premier, le plus ancien, porte sur l'aptitude des comportements unilatéraux à générer de manière autonome des droits et obligations. Autrement dit, il s'agit de la question de savoir s'ils revêtent un caractère obligatoire ou non et, le cas échéant, de déterminer le fondement de celui-ci (1). Le second débat – qui est un prolongement du premier – est consubstantiel à l'élaboration d'une théorie générale des actes juridiques en droit international et porte sur la construction et la délimitation, plus ou moins stricte, d'une catégorie légale assortie d'un régime juridique (2). Pensant alors pouvoir, *in fine*, dégager un certain nombre de constantes, la CDI s'est engagée dans une opération de codification d'un « droit des actes unilatéraux des États ». Celle-ci s'est toutefois révélée infructueuse (3).

⁴⁰ V. par ex. les réflexions transposables au droit international de M. Deguerge, « Jurisprudence », *Droits*, vol. 34, 2001, n° 2, pp. 95-104.

1. Le débat relatif à l'autonomie et à la force obligatoire des comportements unilatéraux

13. Reconnaissance de leur autonomie potentielle à l'égard des traités et coutumes en tant que modes de production du droit – La question de l'aptitude des conduites unilatérales des États à générer des droits et obligations (et en particulier celle de la force obligatoire des promesses) fut sans doute l'une des plus controversées parmi les auteurs du 20^{ème} siècle. Analysant un nombre limité de cas, ils adoptèrent pourtant des positions diamétralement opposées. Deux groupes peuvent ainsi être distingués, sur la base de considérations tant chronologiques que logiques. Les premiers refusent, d'une manière ou d'une autre, toute autonomie juridique aux comportements unilatéraux, qui ne peuvent donc en eux-mêmes revêtir une force obligatoire. Leur nombre a progressivement diminué après-guerre mais on en trouve encore quelques représentants aujourd'hui. Les seconds reconnaissent quant à eux que certains comportements peuvent emporter des effets juridiques propres ; ils sont devenus nettement majoritaires à la suite des arrêts de la CIJ de 1974 rendus en l'affaire des *Essais nucléaires*.

Parmi les auteurs du premier groupe, certains niaient, purement et simplement, tout statut juridique aux comportements unilatéraux étatiques, considérant dès lors qu'ils n'avaient qu'une valeur politique ou morale⁴¹. Cette thèse ne trouve de nos jours plus aucun soutien doctrinal tant elle manifesterait une ignorance de la pratique contemporaine. Les autres auteurs du même groupe ne leur attribuent des effets de droit qu'en tant qu'ils prennent part à un processus conventionnel plus ou moins largement envisagé. Par exemple, suivant une approche relativement stricte et en s'appuyant sur les écrits de Grotius et Pufendorf, R. Quadri s'efforça, dans son cours général à l'Académie publié en 1964, de ramener tous les éléments de pratique de l'époque à un schéma mêlant offres et acceptations (ou au fait que certaines promesses n'étaient que confirmatives d'une obligation préexistante)⁴². D'autres proposent une vision plus souple, comme J. L. Brierly, P. Reuter ou A. Gigante, en reconnaissant que

⁴¹ V. par ex. P. Ziccardi, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milan, Giuffrè, 1943, pp. 418-419 ; G. Biscottini, *Contributo alla teoria degli atti unilaterali nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1951, p. 518 ; G. Canzacchi, *Istituzioni di diritto internazionale*, Turin, Giapichelli, 5^{ème} éd., 1963, p. 216. Ces trois références sont citées par S. Carbone, « Promise in International Law: a Confirmation of its Binding Force », *Italian Yearbook of International Law*, vol. 1, 1975, p. 167. Pour des éléments de pratique, v. l'affaire de l'Île de Lamu (*Allemagne/Royaume-Uni*), SA du 17 août 1889, RSA, vol. XXVIII, pp. 237-248, et l'affaire *Emeric Kulin père c. État roumain*, SA du tribunal mixte hongro-roumain du 10 janvier 1927, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, vol. 7, 1928, p. 138.

⁴² R. Quadri, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 113, 1964, pp. 363-372 ; du même auteur, « La promessa nel diritto internazionale », *Diritto internazionale*, vol. 18, 1964, pp. 91-98.

l'acceptation puisse être tacite ou présumée⁴³. Ce fut aussi le cas de A. Rubin, qui alla jusqu'à affirmer avec passion que la CIJ avait agi *ultra vires* en rendant sa décision dans l'affaire des *Essais nucléaires*, tant, selon lui, ni la pratique ni la doctrine majoritaire n'admettaient la force obligatoire des actes unilatéraux⁴⁴. Parmi les représentants les plus récents de la thèse de l'absence d'autonomie, on trouve notamment P. Weil, qui ramène tout à une « nébuleuse conventionnelle »⁴⁵, ainsi que J. Verhoeven. Pour ce dernier, soit les actes unilatéraux s'insèrent dans un processus conventionnel ou coutumier, le droit international n'imposant à cet égard aucune condition de forme, soit leurs éventuelles conséquences juridiques découlent de l'application par les juges de principes généraux tels que l'*estoppel* ; ils sont à ce titre traités en tant qu'ils constituent des *faits* juridiquement pertinents⁴⁶. Ainsi, comme il a pu l'écrire dans son cours général publié en 2008, après avoir relativisé la position adoptée par la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires* :

« [q]ue la promesse n'oblige, comme acte juridique, qu'à partir du moment où elle a été acceptée n'empêche pas qu'avant même de l'être elle constitue un fait auquel certaines conséquences peuvent être attachées (*estoppel*). Celles-ci sont toutefois étrangères à la force obligatoire des actes unilatéraux, et aux effets qui en découlent »⁴⁷.

Les auteurs du second groupe envisagent quant à eux les comportements étudiés comme de véritables actes juridiques unilatéraux, c'est-à-dire, selon une définition générale sur laquelle

⁴³ J. L. Brierly, « Rapport sur le droit des traités », *ACDI*, 1950, vol. II, p. 227 ; P. Reuter, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 103, 1961, p. 532, et *Droit international public*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 1968, p. 92 ; A. Gigante, « The Effect of Unilateral State Acts in International Law », *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 2, 1969, pp. 342-347. V. aussi A.-C. Kiss, « Les actes unilatéraux dans la pratique française du droit international », *RGDIP*, vol. 65, 1961, pp. 317-331, où l'auteur rejette en principe la force obligatoire des actes unilatéraux (en fait des promesses) mais reconnaît que certains ont des effets importants (la notification, l'acquiescement, la protestation, la renonciation et les déclarations liées au fait de « donner acte » ou « prendre acte » d'accords informels). On peut également évoquer l'article de K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des États », in M. Bedjaoui, *Droit international : bilan et perspectives*, Paris, Pedone, t. 1, 1991, pp. 231-251, où l'auteur commence d'emblée en affirmant que les actes unilatéraux ne constituent pas des sources du droit international mais influencent le fonctionnement des sources.

⁴⁴ A. P. Rubin, « The International Legal Effects of Unilateral Declarations », *AJIL*, vol. 71, 1977, n° 1, pp. 28-29.

⁴⁵ P. Weil, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992, pp. 151-159.

⁴⁶ J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 442, et « Considération sur ce qui est commun. Cours général de droit international public (2002) », *RCADI*, vol. 334, 2008, pp. 125-128, p. 125 : « la réponse « classique » est assez simple en la matière. Elle tient que les actes unilatéraux ne sont pas en règle (sic) une source autonome de droits ou d'obligations. Ils ne le sont que s'ils s'insèrent dans un processus conventionnel ou coutumier, qui produit des coutumes ou des traités ». V. aussi E. Decaux, O. de Frouville, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2014, p. 61 : « c'est le juge qui confère à une déclaration sa portée d'acte unilatéral imputable à l'État sur le plan international. Du coup, l'acte unilatéral perd son autonomie pour devenir un élément au service du juge, qui fait jouer des principes comme la bonne foi, l'acquiescement ou l'*estoppel* ».

⁴⁷ J. Verhoeven, « Considération sur ce qui est commun. Cours général de droit international public (2002) », *op. cit.*, p. 128.

on reviendra, en tant que manifestations de volonté destinées et aptes à générer des effets juridiques et notamment des normes⁴⁸. En ce sens, ils reprochent généralement à ceux du premier groupe de rester trop attachés aux vieilles conceptions volontaristes-contractualistes du droit international⁴⁹. Les premières ébauches d'une théorie générale consacrée aux actes unilatéraux étatiques détachés des modes de formation conventionnel et coutumier proviennent des doctrines italienne et allemande, fortement influencées par leur culture civiliste respective de l'acte juridique (*negozio giuridico* et *Rechtsgeschäfte*). On en trouve quelques traces dans certains manuels de la fin du 19^{ème} siècle et du début du 20^{ème} siècle⁵⁰. Mais les recherches historiques évoquent la plupart du temps les premières études systématiques apparues sous la plume du Professeur et Juge D. Anzilotti en 1928 (traduit en français en 1929), puis de F. Pflüger en 1936 et G. Biscottini en 1951⁵¹. C'est toutefois durant les années 1960 que la théorie des actes juridiques unilatéraux des États connut son essor, avec les études réalisées notamment par E. Suy et G. Venturini⁵². Elles trouvèrent une décennie plus tard un écho retentissant dans les affirmations de la CIJ dans ses arrêts de 1974. Depuis, la grande majorité des manuels et cours de droit international public ainsi que des études plus spécifiques reconnaissent l'autonomie des actes juridiques unilatéraux des États et s'attachent à les classer de différentes manières puis à en définir et en préciser le(s) régime(s) juridique(s). À cet égard, si le sujet fut relativement peu approfondi durant les années 1980, il a (re)trouvé

⁴⁸ V. *infra*, §§ 41 et s.

⁴⁹ V. par ex. G. Venturini, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des États », *RCADI*, vol. 112, 1964, pp. 400-401 ; A. Mijangos de la Muela, « Los actos unilaterales en las relaciones internacionales », *Revista española de derecho internacional*, vol. 20, 1967, n° 3, pp. 429-430 ; S. Carbone, « Promise in International Law: a Confirmation of its Binding Force », *op. cit.*, pp. 166-167 ; V.-D. Degan, « Unilateral Act as a Source of Particular International Law », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1994, pp. 150-156.

⁵⁰ Dans son ouvrage récent, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2015, P. Saganek, cite P. Heilborn, *Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen*, Berlin, Springer, 1896, pp. 374-376, K. Gareis, *Institutionen des Völkerrecht*, Giessen, Roth, 1901, pp. 88-89 et L. Oppenheim, *International Law. A Treatise*, London-New York, Longman, 1905, t. 1, pp. 513-516. On peut y ajouter le manuel français de P. Fauchille (P.), *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau, 8^{ème} éd., 1926, t. 1, p. 511 : « [c]omme en droit privé, certains actes unilatéraux et volontaires peuvent engendrer des engagements à la charge des États ». Pour des références à la doctrine allemande et italienne de l'acte juridique, v. par ex. E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. vii.

⁵¹ D. Anzilotti, *Cours de droit international public*, traduit d'après la troisième édition italienne par G. Gidel, Paris, Sirey, 1929, t. 1, pp. 338-351 ; F. Pflüger, *Die einseitigen Rechtsgeschäfte im Völkerrecht*, Zürich, Schulthess & Co, 1936, xxii-347 p. ; G. Biscottini, *Contributo alla teoria degli atti unilaterali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951, 184 p.

⁵² E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.* ; G. Venturini, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 363-467.

depuis la fin des années 1990 et durant les années 2000, parallèlement aux travaux de la CDI, les faveurs de la doctrine, principalement européenne⁵³.

14. La « bonne foi-confiance » comme fondement du caractère obligatoire des actes unilatéraux – Une fois admise l'idée que des comportements unilatéraux, envisagés comme des actes juridiques, puissent générer par eux-mêmes des droits et obligations, la question se déporte naturellement vers la recherche du fondement de leur caractère obligatoire. À cet égard, malgré le *dictum* de la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires*, le débat doctrinal demeure relativement ouvert. Les auteurs se divisent, certes de moins en moins, entre, d'une part, les explications subjectives et, d'autre part, un fondement plus objectif qui réside dans la protection de la confiance et, plus généralement, dans la nécessité d'assurer la sécurité et la prévisibilité des rapports juridiques⁵⁴.

Les partisans de l'*approche subjective* considèrent que la volonté de son auteur confère au comportement étatique son caractère obligatoire⁵⁵. En tant qu'État, sa capacité à s'engager constitue précisément, comme l'a souligné la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon* (1923), un attribut de sa souveraineté⁵⁶. Dès lors, rien n'empêche de considérer qu'il puisse valablement s'auto-limiter. L'autonomie de la volonté est ainsi érigée en fondement des obligations auxquelles l'État décide unilatéralement de se soumettre. Toutefois, comme en droit privé interne, la portée doctrinale du concept tend à se réduire : un acte juridique ne peut se définir comme tel, et ne revêtir une force obligatoire, que si une règle de l'ordre juridique dont il relève la lui accorde⁵⁷. Dès lors, il importe de bien distinguer ici que la volonté n'est qu'une condition d'existence de l'acte juridique (ou condition de sa validité pour certains, en tant que volonté existante et non viciée), non le fondement de

⁵³ V. les notes suivantes pour obtenir les références de la plupart des études contemporaines portant directement sur les actes unilatéraux des États.

⁵⁴ Certains auteurs ont déjà recensé la plupart des positions doctrinales à ce sujet, v. R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, pp. 325-328 ; C. Goodman, « *Acta Sunt Servanda? A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law* », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 25, 2004, spéc. pp. 59-67.

⁵⁵ S. Carbone, *Promessa e affidamento nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 43-50 ; A. Tommasi di Vignano, *L'ordinamento della Comunità internazionale*, Palermo, Herbita, 1987, pp. 71-72 ; J. Charpentier, « Engagements unilatéraux et engagements conventionnels : différences et convergences », in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, spéc. pp. 374-376, qui s'appuie par ailleurs sur E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, p. 343.

⁵⁶ CPJI, arrêt du 17 août 1923, *Affaire du Vapeur « Wimbledon » (Allemagne c. France et autres)*, Série A, n° 1, p. 25.

⁵⁷ V. *infra*, §§ 41 et s.

son caractère obligatoire⁵⁸. La CIJ a peut-être semblé hésiter dans ses arrêts de 1974, affirmant d'un côté que « cette intention [celle de l'État auteur de la déclaration] confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique »⁵⁹ et, de l'autre, que « [t]out comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi »⁶⁰. Cependant, la grande majorité des auteurs se rangent aujourd'hui du côté de l'*explication objective*⁶¹. Certains cherchent à en préciser la nature, opérant par analogie avec le droit des traités, en formulant un principe général tel que *promissio est servanda*, *declaratio est servanda* ou *acta sunt servanda*⁶². D'autres font un lien avec le principe d'origine anglo-saxonne d'*estoppel*, la théorie hispanique et latino-américaine de *los actos propios* (similaire au principe précédent mais moins exigeante en ce qu'elle ne conditionne pas son effet à l'existence d'un préjudice mais simplement à la reconnaissance des attentes légitimes d'un tiers), ou encore plus généralement, et sans

⁵⁸ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 333; C. Goodman, « *Acta Sunt Servanda? A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law* », *op. cit.*, pp. 64-65.

⁵⁹ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, préc., § 46.

⁶⁰ *Ibid.*, § 49.

⁶¹ V. not. E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 151 ; G. Venturini, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 402 ; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Librairie de l'Université, Georg & Cie SA, 1967, t. 1, p. 280 ; G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, London, Stevens & Sons Limited, 5th ed., 1967, p. 172 et *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens & Sons Limited, 1957, 3rd ed., vol. 1, pp. 550-551 ; P. Cahier, « Le comportement des États comme sources de droits et d'obligations », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, p. 240 ; B. Bollecker-Stern, « L'affaire des essais nucléaires français devant la Cour internationale de Justice », *AFDI*, vol. 20, 1974 pp. 330-331 ; T. Franck, « Word Made Law: The Decision of the I.C.J. in the Nuclear Test Cases », *AJIL*, vol. 69, 1975, p. 616 ; S. Carbone, « Promise in International Law: a Confirmation of its Binding Force », *op. cit.* pp. 169-170 ; J.-D. Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *RGDIP*, vol. 83, 1979 p. 683 ; P. De Visscher, « Remarques sur l'évolution de la jurisprudence de la C.I.J. relative au fondement obligatoire de certains actes unilatéraux », in J. Makarczyk (ed.), *Etudes de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Nijhoff, 1984, pp. 463-464, qui considère que les arrêts de la CIJ de 1974 s'insèrent dans un courant de moralisation du droit international ; F. V. Kramer, « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », in CDI, *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle : réflexions de codificateurs*, New York, United Nations, 1997, pp. 148-149 ; K. Zemanek, « Unilateral Legal Acts Revisited », in K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Nijhoff, 1999, p. 217 ; A. Manero Salvador, « Hacia una definición de acto unilateral del estado », *Revista colombiana de derecho internacional*, vol. 9, 2007, p. 487 ; M. Y. Naime S. Henkel, « El final de la espiral del caos: la regulación de los actos jurídicos unilaterales de los estados », *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 12, 2012 pp. 654-655 ; C. Eckart, *Promises of States under International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 201-207. Pour la littérature en langue allemande, v. R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 328.

⁶² Par ex. G. Bosco, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Firenze, Cya, 1938, pp. 91-92 ; E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 44, où il évoque la possibilité d'élargir la règle *pacta sunt servanda* à toutes les formes d'engagements ; V.-D. Degan, « Unilateral Act as a Source of Particular International Law », *op. cit.*, pp. 178-179 ; C. Goodman, « *Acta Sunt Servanda? A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law* », *op. cit.*, p. 67 ; O. Barsalou, « Les actes unilatéraux étatiques en droit international public : observations sur quelques incertitudes théoriques et pratiques », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 44, 2006, p. 405 ; CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », 5 mars 1998, doc. A/CN.4/486, p. 29, § 157.

nécessairement apporter plus de précision, un principe général de non-contradiction (*non concedit venire contra factum proprium*)⁶³. Mais chacune de ces explications entretient des relations avec la bonne foi qui lui confèrent le caractère de fondement objectif des actes unilatéraux. Un tel principe a pour vertu d'englober la diversité des comportements qui surgissent de la pratique et offre à l'appréciation judiciaire suffisamment de souplesse afin de soupeser, selon les cas, les intérêts de toutes les parties. Certains auteurs, comme R. Kolb, résument cette idée par l'emploi de l'expression « bonne foi-confiance ». Sans qu'il soit nécessaire d'entrer ici dans les détails de la pratique, la bonne foi-confiance assure ainsi un certain équilibre, tant pour la recherche de l'existence de l'acte que pour son interprétation, entre d'un côté la volonté manifestée par son auteur, éventuellement reconstruite par le juge à l'encontre de son intention réelle initiale, et de l'autre la confiance concrétisée par les attentes raisonnables des tiers au vu de la première. La volonté apparaît donc comme un critère indispensable à l'existence de l'acte mais la bonne foi-confiance la soumet à une analyse critique *pro externo* qui renforce la sécurité juridique en limitant les aléas découlant de manifestations informelles et/ou imprécises⁶⁴.

2. Les tentatives de délimitation d'une catégorie légale assortie d'un régime juridique

15. La conception étroite : les actes unilatéraux « purement autonomes » en tant que sources formelles du droit international – Le second débat essentiel sur les actes juridiques unilatéraux des États, une fois acquises leur existence et leur force obligatoire, porte sur la

⁶³ Not. G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 553, après avoir fait référence à la bonne foi, l'auteur explique que « [t]he typical minimum effect of unilateral acts is to create an estoppel. It prevents the subject of international law (...) from acting contrary to its declared intent » ; A. Miaja de la Muela, « Los actos unilaterales en las relaciones internacionales », *op. cit.*, pp. 439-447, qui fait le lien entre la théorie anglo-saxonne de l'*estoppel* et la doctrine hispanique relative aux « *actos propios* ». L'auteur considère que si les chemins sont différents, le résultat est analogue ; cependant, la théorie hispanique lui semble moins complexe et dès lors plus abstraite et transposable au droit international que la théorie de l'*estoppel*, p. 447 ; K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 249. Pour la littérature en langue allemande, v. R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 327 et P. Saganek, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, *op. cit.*, pp. 82-84.

⁶⁴ V. le raisonnement de R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, pp. 334-336 ; aussi T. Franck, « Word Made Law: The Decision of the I.C.J. in the Nuclear Test Cases », *op. cit.*, pp. 616-617, s'inspirant du droit interne états-unien et de l'idée de *reliance*, l'auteur explique que « *intention cannot be determined solely by reference to the speaker's state of mind but must also take into account that of the listeners* », p. 616 ; S. Carbone, « Promise in International Law: a Confirmation of its Binding Force », *op. cit.*, pp. 168-169 ; J.-P. Jacqué, « À propos de la promesse unilatérale », in D. Bardonnnet et al., *Le droit international, unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 337-339 ; C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, pp. 204-207.

délimitation de la catégorie légale qu'ils constituent (« légale » au sens d'une catégorie dont les contours seraient dictés par une règle secondaire). C'est là que ressurgit la question de leur autonomie à l'égard du droit conventionnel et coutumier. De manière générale, les premières classifications se limitaient au recensement des comportements les plus fréquemment rencontrés en pratique. Dans les études de la première moitié du 20^{ème} siècle, la question ne se posait donc pas encore de façon explicite. Les auteurs dressaient des listes plus ou moins élargies d'actes unilatéraux considérés comme « classiques » : la reconnaissance, la renonciation, la protestation, la notification, éventuellement la promesse selon les positions adoptées. Depuis, beaucoup s'efforcent d'en proposer des classifications plus précises, établies sur la base de leurs caractéristiques et principalement de leurs effets⁶⁵. Cependant, la catégorie des actes unilatéraux n'est que rarement délimitée. C'est avec l'ouvrage publié par E. Suy qu'une conception restreinte fut consacrée. Selon lui, il convient de distinguer les actes « purement unilatéraux » de tous les autres qui peuvent être ramenés dans le sillage du droit conventionnel ou coutumier⁶⁶. En ce sens, seraient des actes unilatéraux uniquement ceux qui n'entretiennent aucun lien avec d'autres instruments. Ce critère de l'autonomie est double et s'exprime à la fois sur un plan formel et matériel. D'un point de vue formel, l'acte unilatéral ne doit pas dépendre, pour le déploiement de ses effets, de l'intervention d'un autre acte juridique car, dans une telle situation, le premier n'aurait en réalité que des effets juridiques « potentiels » et non directs ou immédiats (c'est le débat déjà évoqué relatif à l'autonomie des actes unilatéraux vis-à-vis des traités et coutumes *en tant que modes de production du droit*). Il faut dès lors exclure de la catégorie toutes les hypothèses pratiques susceptibles d'être assimilées à un schéma mêlant offre et acceptation (considérant en outre que, de façon analogue, de nombreuses promesses visent à répondre à des sollicitations). Sur le plan matériel, l'acte purement unilatéral ne doit pas non plus être fondé sur une règle conventionnelle ou

⁶⁵ V. P. Saganek, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, *op. cit.*, pp. 87-104, qui dresse un catalogue des listes et classifications établies par les auteurs des études principales sur les actes unilatéraux étatiques. À cet égard, v. not. G. Venturini, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *op. cit.*, pp. 407-461 ; C. Rousseau, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 1970, t. 1, pp. 420-432. Les classifications récentes sont les plus élaborées, v. not. F. Poirat, « Actes unilatéraux », in D. Alland (dir.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, spéc., pp. 315-319 selon leurs objets et leurs buts ; R. Rivier, *Droit international public*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2017, pp. 198-212, qui opère une classification formelle (selon leur niveau d'encadrement) et une classification matérielle (selon l'objet de l'opération et la cause de l'acte) ; P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 381-385. Pour une classification selon leurs causes objectives, v. *infra*, Partie, 1, Titre 3.

⁶⁶ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, pp. 30-33 et « Unilateral Acts of States as Source of International Law: Some New Thoughts and Frustrations », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 631-642 ; E. Suy, N. Angelet, « Rechtsgeschäfte, einseitige », in I. Seidl-Hohenveldern (dir.), *Lexikon des Rechts, Völkerrecht*, Neuwied, Kriefftel, 3^{ème} éd., 2001, pp. 319-321.

coutumière car, dans un tel cas, son statut juridique (*i.e.* sa validité et ses effets) en serait directement dépendant. Il s'agit cette fois d'une autonomie vis-à-vis des traités et coutumes *en tant que règles secondaires ou règles d'habilitation* à adopter des actes unilatéraux. Autrement dit, par exemple, l'acte de l'État souhaitant délimiter sa zone économique exclusive conformément aux règles du droit de la mer n'est pas purement unilatéral, ni *a fortiori* les actes-conditions visant à déclencher un régime préexistant, ni les actes visant plus largement l'application du droit international. E. Suy adopte ainsi une définition particulièrement étroite des actes unilatéraux étatiques, d'autant qu'au critère de l'autonomie s'ajoutent ceux (également discutables) de l'unicité de leurs auteurs et de l'impossibilité de faire peser sur les tiers une quelconque obligation⁶⁷.

Une telle approche, reprise par certains auteurs et, on le verra, dans le cadre des travaux de la CDI, comporte certains avantages théoriques⁶⁸. D'abord, il s'agit d'une représentation logique qui permet de placer les actes unilatéraux autonomes, en tant qu'ils apparaissent, même isolés de tout, aptes à générer des normes, sur le même plan que les sources formelles traditionnelles énumérées à l'article 38, § 1 du Statut de la CIJ. Or, dans cet exercice, pareille vision préserve la doctrine volontariste classique à un double titre : en repoussant tous les autres comportements vers le droit conventionnel et en faisant de l'acte purement unilatéral un véritable archétype de l'expression souveraine de la volonté étatique. Ensuite, en réduisant drastiquement la catégorie des actes unilatéraux, elle a pour effet de rendre nettement plus aisée la détermination de leurs dénominateurs communs et, *a fortiori*, de leur régime juridique.

⁶⁷ L'acte unilatéral se caractérise en ce sens par trois éléments : « la manifestation de volonté d'un seul sujet de droit international, l'indépendance vis-à-vis d'autres manifestations de volonté, et enfin des effets qui, tout en correspondant à la volonté manifestée, ne constituent jamais pour des tiers une charge », E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁸ On retrouve cette conception restreinte dans les études de G. Venturini, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 400, qui semble s'en écarter régulièrement mais il est parfois difficile de déterminer à quel débat ses réflexions se rattachent ; J.-D. Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *op. cit.*, pp. 640-641, pour qui « [p]areille position est inattaquable » bien qu'il en relativise la portée en considérant que les actes unilatéraux sont motivés par des considérations de « réciprocité externe » selon l'approche développée par M. Virally dans son cours « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *RCADI*, vol. 122, 1967, pp. 1-105 ; J. Barberis, « Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional publico », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 107-109 ; V.-D. Degan, « Unilateral Act as a Source of Particular International Law », *op. cit.*, p. 184 ; K. Zemanek, « Unilateral Legal Acts Revisited », p. 210 ; D. Bondia Garcia, *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los estados*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 48 ; O. Barsalou, « Les actes unilatéraux étatiques en droit international public : observations sur quelques incertitudes théoriques et pratiques », *op. cit.*, pp. 406-407 ; C. Goodman, « *Acta Sunt Servanda?* A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *op. cit.*, pp. 48-50 ; A. Manero Salvador, « Hacia una definición de acto unilateral del estado », *op. cit.*, pp. 460-468 ; M. Y. Naime S. Henkel, « El final de la espiral del caos: la regulación de los actos jurídicos unilaterales de los estados », *op. cit.*, pp. 635-637.

16. La conception large : les actes unilatéraux comme éléments de formation du droit international – L'approche restreinte tend néanmoins à être largement critiquée voire abandonnée par une partie grandissante de la doctrine⁶⁹. Si elle a trouvé un appui certain dans la consécration de la figure de la promesse autonome par la CIJ dans ses arrêts de 1974, elle ne correspond pas à la réalité pratique ni à la jurisprudence des tribunaux internationaux. Par ailleurs, cette vision se fonde sur une conception très formaliste et restrictive des « sources » du droit (en tant qu'elles sont créatrices de normes), tandis que les actes unilatéraux peuvent être vus comme contribuant plus largement à la formation du droit international (à un « mode de production » *lato sensu*), sans rechercher nécessairement leur autonomie, leur automaticité ou leur caractère normateur. C'est ainsi l'ensemble de leurs fonctions dans l'ordre juridique qui méritent d'être analysées, selon une approche élargie de la notion et souple quant à leurs effets. En ce sens, comme certains l'ont explicitement affirmé :

« [a]ucune objection sérieuse ne peut être opposée à une définition large de la catégorie des actes unilatéraux, si l'on ne se place pas sur le terrain des sources du droit. En effet, les actes unilatéraux étatiques jouent un rôle décisif pour l'élaboration et l'application du droit conventionnel et coutumier »⁷⁰.

On lit également, par exemple, dans un autre manuel récent publié par R. Rivier que :

« [l]e mode unilatéral [de formation du droit international] développe l'essentiel de ses effets dans le contexte de la réalisation d'un droit international créé par le concours des États. Pour autant, il peut, et doit même, être étudié par et pour lui-même en tant qu'il repose sur un ou plusieurs actes juridiques dont l'intervention produit des effets de droit »⁷¹.

Il est ajouté plus loin que « [l]a présence en tout lieu et tout temps des initiatives unilatérales rend leur systématisation incertaine. Plutôt que d'un mode unilatéral de formation du droit international, il convient de parler d'un droit produit par les actes unilatéraux des États »⁷².

Ainsi, la conception large de la catégorie des actes unilatéraux constitue une critique en même temps qu'une réponse au caractère inopérant du critère de l'autonomie, qui peut être souligné à au moins trois égards. En premier lieu, le critère exclut logiquement mais de façon abusive de nombreuses hypothèses où les conduites étatiques emportent des effets juridiques sans pour autant qu'elles tombent automatiquement dans le cadre du droit conventionnel, ni

⁶⁹ Pour un premier rejet explicite de la conception restreinte, v. l'approche théorique proposée par J. Dehaussy, « Les actes juridiques unilatéraux en droit international public : à propos d'une théorie restrictive », *JDI*, vol. 92, 1965, n° 1, pp. 41-66. Pour une approche implicite et axée sur la pratique, v. not. P. Cahier, « Le comportement des États comme sources de droits et d'obligations », *op. cit.*

⁷⁰ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, p. 398.

⁷¹ R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 185.

⁷² *Ibid.*, p. 186.

que l'on puisse les qualifier autrement que comme dans actes unilatéraux. Il faut ainsi évoquer le cas des interactions entre plusieurs actes unilatéraux, par exemple lorsque face à une prétention étatique donnée un tiers acquiesce, éventuellement par son silence. Il n'apparaît pas justifié d'exclure ces comportements de la catégorie des actes unilatéraux alors que la reconnaissance et la protestation, qui constituent aussi des réactions à des prétentions ou des situations, sont régulièrement vues par la doctrine comme des actes unilatéraux autonomes. Il faut également évoquer les multiples interactions, déjà présentées au seuil de cette étude, entre les actes unilatéraux et les traités, les coutumes ou encore les actes des organisations internationales. Sur ce point, il peut en outre être souligné que l'unilatéralité ne se rattache pas aux instruments étudiés, un traité pouvant être perçu du point de vue des tiers à celui-ci comme une prétention unilatérale, qui plus est génératrice d'obligations, lorsqu'il est pris par des puissances qui entendent instaurer des régimes objectifs⁷³.

En deuxième lieu, le critère de l'autonomie tend à nier les effets immédiats de nombreux actes unilatéraux, considérant que le déploiement de leurs effets (potentiels) serait suspendu à l'intervention d'autres actes. Cela revient cependant à occulter le fait que ces actes ont malgré tout des effets juridiques propres, même limités ou peu perceptibles. Une demande, par exemple, ne génère pas *le* nouveau rapport de droit qu'elle propose tant qu'elle n'a pas été acceptée, certes. Toutefois, elle entraîne à tout le moins d'autres conséquences, comme celle de mettre son destinataire en position de réagir. Dès lors qu'il en a pris connaissance, sa réaction, et notamment son silence, devient légalement pertinent, le cas échéant en tant que rejet⁷⁴.

En troisième lieu, l'approche restreinte aboutit à nier le caractère unilatéral des actes fondés sur le droit conventionnel ou coutumier. Or, comme on le verra au stade de la délimitation de l'étude, le caractère unilatéral d'un acte n'est en rien déterminé par son fondement⁷⁵. Si son fondement peut varier selon les hypothèses étudiées, l'acte et son effet sont quoi qu'il en soit réputés être le fruit de la volonté de son auteur. Il s'agit ainsi d'une affaire de *compétences*, comme l'a déjà clairement souligné J. Dehaussy en 1965⁷⁶. Les partisans d'une telle conception reposent ainsi le problème de la délimitation de la catégorie des actes

⁷³ J. Dehaussy pointait déjà cette hypothèse en 1965, « Les actes juridiques unilatéraux en droit international public : à propos d'une théorie restrictive », *op. cit.*, p. 54.

⁷⁴ Sur les nombreuses hypothèses dans lesquelles le silence déploie des effets juridiques, on peut se contenter de renvoyer pour l'instant à l'intégralité de l'étude menée par A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*

⁷⁵ Sur la délimitation de l'étude, v. *infra*, §§ 55 et s.

⁷⁶ J. Dehaussy, « Les actes juridiques unilatéraux en droit international public : à propos d'une théorie restrictive », *op. cit.*, p. 48.

unilatéraux sous un angle différent, celui de la détermination des pouvoirs de l'État par une règle secondaire. Plutôt que de distinguer entre les « vrais » actes unilatéraux (autonomes) et les autres rattachables à des modes conventionnel ou coutumier de production du droit, il s'agit de distinguer, parmi l'ensemble large des actes unilatéraux, ceux qui sont hautement ou partiellement encadrés de ceux qui ne le sont pas. Les premiers dépendent de régimes spéciaux, les seconds d'un régime général. Mais tous peuvent contribuer à l'élaboration, à la concrétisation et à l'évolution des rapports de droit.

3. La tentative infructueuse de codification du droit des actes unilatéraux des États par la CDI

17. *L'absence de consensus relatif à l'objet du travail de codification* – On ne peut mieux illustrer l'importance prise par l'opposition entre conception restreinte et conception large de la catégorie des actes unilatéraux qu'en restituant les travaux de la CDI à leur égard⁷⁷. Suivant les recommandations de la Commission, l'Assemblée générale des Nations Unies l'invita en 1996 à examiner plus avant le sujet et à en indiquer la portée et le contenu⁷⁸. Durant sa 49^{ème} session, en 1997, la CDI créa en ce sens un Groupe de travail. Celui-ci souligna que le sujet était opportun et faisable⁷⁹. À cet égard, il faut bien admettre que la tâche paraissait plus aisément réalisable à l'aube du 21^{ème} siècle que durant les années 1960 en raison d'une pratique et d'une jurisprudence plus fournies ; son inscription à l'ordre du jour fut dès lors accueillie avec intérêt et bienveillance par certains auteurs⁸⁰. Cependant, le Groupe de travail reconnut que l'objet premier du chantier ainsi ouvert serait d'en délimiter les contours par l'adoption d'une définition claire des actes unilatéraux⁸¹. Il retint à ce titre une approche relativement large, considérant l'ensemble des actes « destinés à produire des effets juridiques créant, reconnaissant, sauvegardant ou modifiant des droits, des obligations ou des situations juridiques »⁸². La CDI approuva le rapport du Groupe de travail et nomma M. Victor

⁷⁷ Les controverses furent telles qu'elles ont été à l'origine de quelques évolutions relatives à ses méthodes de travail. Sur ce point en particulier, v. J. D'Aspremont Lynden, « Les travaux de la Commission du droit international relatifs aux actes unilatéraux des États », *RGDIP*, vol. 109, 2005, n° 1, spéc. pp. 172-177.

⁷⁸ Résolution 51/160 de l'Assemblée générale, 30 janvier 1997, § 13.

⁷⁹ CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session (12 mai-18 juillet 1997) », doc. A/52/10, p. 65, § 196.

⁸⁰ V. par ex. Y. Daudet, « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, vol. 44, 1998, p. 502.

⁸¹ CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session (12 mai-18 juillet 1997) », p. 65, § 198.

⁸² *Ibid.*, § 200.

Rodríguez-Cedeño comme Rapporteur spécial sur cette question⁸³. Quasiment une décennie plus tard et après neuf rapports de ce dernier, la Commission adopta en 2006 une liste de « Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques »⁸⁴. Toutefois, ce résultat est loin d'être à la hauteur des espérances suscitées au départ. Très critiqué par la doctrine, qui tend à y voir un véritable échec, le texte des Principes directeurs apparaît en effet partiel et ambigu à divers titres⁸⁵.

Le point qui fit sans conteste couler le plus d'encre est celui de la délimitation retenue de la catégorie des actes unilatéraux qui devait constituer la base des travaux. Dès son premier rapport, V. Rodríguez-Cedeño s'engagea dans une démarche qui consistait à ne retenir que les actes vus comme strictement ou purement unilatéraux⁸⁶. Très influencé, semble-t-il, par les partisans de l'approche restreinte, il fit du critère de l'autonomie l'élément décisif pour l'établissement du caractère unilatéral des conduites soumises à l'étude. Par ailleurs, sur le plan formel, il décida de ne tenir compte que des actes pris sous la forme de déclarations, qui constituent selon lui l'instrument, le contenant, des actes unilatéraux qui en sont le contenu⁸⁷. Cette approche fut d'emblée très controversée au sein de la Commission. A. Pellet, suivi par une partie des membres, dénonça l'obsession du Rapporteur pour la notion d'autonomie et les malentendus qu'elle suscite⁸⁸. Selon lui, la distinction entre les actes autonomes et les autres

⁸³ *Ibid.*, § 212. Par sa résolution 52/156, du 26 janvier 1998, l'Assemblée générale approuva la décision de la CDI d'inscrire le sujet à son ordre du jour, § 8.

⁸⁴ V. « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », disponible dans le « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session (1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006) », doc. A/61/10, p. 170, sous le § 177.

⁸⁵ Parmi les commentaires critiques publiés à l'égard du travail final adopté en 2006, v. not. R. Rivier, P. Lagrange, « Travaux de la Commission du droit international et de la sixième Commission », *AFDI*, vol. 52, 2006, spéc. pp. 305-316 ; M. I. Torres Cazorla, *Los actos unilaterales de los Estados. Un análisis a la luz de la práctica estatal y de la labor de la Comisión de derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 124-128 ; C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, pp. 55-67 et pp. 183-194 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 19-23 ; P. Saganek, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁶ CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 26-28, §§ 132-151, v. aussi p. 12, § 56 : « nous avons jugé que, sans une définition stricte des actes unilatéraux, il était impossible d'aborder les règles qui peuvent se prêter à la codification et au développement progressif, notamment celles qui touchent à l'élaboration, à la validité, à l'interprétation et aux effets des actes unilatéraux ».

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 14-18, §§ 72-93. La définition complète peut être trouvée p. 31, § 170 : « [l]a déclaration purement unilatérale pourrait alors être considérée comme une manifestation autonome de volonté, claire et non équivoque, formulée explicitement et publiquement par un État, en vue de créer une relation juridique, notamment des obligations internationales à sa charge, par rapport à un État tiers qui n'a pas participé à l'élaboration de la déclaration, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier l'accepte expressément ni signifie qu'il l'accepte par un comportement ultérieur ».

⁸⁸ CDI, « Compte rendu analytique de la 2603^e séance », 15 juillet 1999, doc. A/CN.4/SR.2603, pp. 277-278, § 13, et plus généralement l'ensemble des échanges entre les membres sur la question de l'autonomie, pp. 276-282, §§ 1-46.

n'a qu'une valeur pédagogique. Sur un plan théorique et dans l'objectif d'une codification, elle lui paraît tout à fait absurde car elle réduit la catégorie à un type d'acte quasiment inexistant⁸⁹. Il souhaitait par conséquent écarter ce critère et exclure simplement du champ de la codification les actes soumis à un régime juridique spécial⁹⁰. S'il n'a pas réellement été entendu à l'époque, ses prédictions se sont néanmoins réalisées. Les premiers rapports excluent un nombre considérable d'actes unilatéraux. Le critère de l'autonomie poussa logiquement le Rapporteur spécial à écarter (en plus des actes des organisations internationales, des actes politiques et des faits illicites, pour lesquels les justifications sont lacunaires⁹¹) toutes les hypothèses où interviennent des actes concordants (offres et acceptations, demandes et promesses, *etc.*), tous les actes ayant trait de près ou de loin au droit conventionnel (notamment les réserves, déclarations interprétatives ou stipulations pour autrui), tous les cas où des effets sont attribués au silence ou découlent du principe d'*estoppel* et tous ceux dans lesquels un acte est fondé sur une règle conventionnelle ou coutumière (ainsi en particulier des actes de délimitation territoriale, des actes d'attribution de la nationalité, des déclarations de reconnaissance de la compétence obligatoire de la CIJ prises en vertu de l'article 36, § 2 de son Statut ou encore des contre-mesures)⁹². Le travail de codification fut donc rapidement réduit à la figure de la promesse, qui plus est caricaturale et déconnectée de la pratique. À ce propos, comme certains l'ont noté, même pour la promesse, le critère de l'autonomie n'apparaît pas nécessairement opératoire et il convient d'interroger le rôle du silence de ses destinataires. Autrement dit, l'idée d'automaticité semble loin d'épuiser à lui seul le phénomène des actes unilatéraux étatiques⁹³.

⁸⁹ *Ibid.*, § 19.

⁹⁰ *Ibid.*, § 13.

⁹¹ CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, sur les actes des organisations internationales, pp. 8-9, §§ 30-38, sans évoquer plus avant un éventuel critère de distinction entre les actes d'une organisation et les actes d'un groupe d'États agissant collectivement. Sur les actes politiques, v. pp. 9-11, §§ 39-46, parmi certaines formules ambiguës reconnaissant à ces derniers un caractère obligatoire « parfois plus effectif et plus important que celui de l'engagement juridique » (§ 45), l'auteur ne discute pas vraiment l'existence d'un critère de distinction. Sur les actes illicites, v. p. 11, § 47, ceux-ci sont exclus simplement parce qu'ils relèvent d'un autre sujet traité par la Commission, alors que le jugement d'illicéité est souvent un fait relatif, les États étant libres, sous réserve des règles de *jus cogens*, d'apprécier pour eux-mêmes la validité des prétentions de leurs pairs. Cela justifierait pleinement l'étude des rapports entre d'un côté les prétentions potentiellement illicites des uns et de l'autre les éventuels acquiescements et protestations des autres.

⁹² *Ibid.*, pp. 18-25, §§ 94-131. V. aussi CDI, « Troisième rapport sur les actes unilatéraux des États », 17 février 2000, doc. A/CN.4/505, spéc., pp. 6-7, §§ 23-27 et pp. 11-12, §§ 60-69.

⁹³ V. les remarques de C. Santulli, « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, vol. 46, 2000, pp. 420-421 ; et le raisonnement de R. Rivier, P. Lagrange, « Travaux de la Commission du droit international et de la sixième Commission », *op. cit.*, pp. 311-314.

18. Compte tenu des débats récurrents et de l'absence d'avancées significatives, la Commission créa en 2003 un Groupe de travail, présidé par A. Pellet, qui choisit de proposer un texte visant plus ou moins à faire table rase⁹⁴. Quant à la délimitation de l'étude, le Groupe invita à reprendre les travaux sur la base d'une définition nettement élargie. La première recommandation indique à ce titre qu'un acte unilatéral d'un État est « une déclaration exprimant une volonté ou un consentement et par laquelle cet État vise à créer des obligations ou d'autres effets juridiques en vertu du droit international »⁹⁵. La seconde souligne que l'étude devra également examiner « les comportements des États qui, en certaines circonstances, peuvent créer des obligations ou d'autres effets juridiques en vertu du droit international, similaires à ceux des actes unilatéraux décrits ci-dessus »⁹⁶. Enfin, expression ultime du compromis dégagé entre les deux courants exprimés au sein de la CDI, le Groupe de travail proposa qu'un projet d'articles soit élaboré pour les premiers et que des « directives/recommandations » puissent être indiquées pour les seconds⁹⁷. Cette réorientation aura eu pour avantage d'inciter le Rapporteur spécial à établir une synthèse bienvenue de la pratique sur la base des indications fournies par le Groupe de travail, que l'on trouve dans ses septième et huitième rapports⁹⁸. Cependant, les huitième et neuvième rapports révèlent qu'il est revenu vers sa conception initiale des actes unilatéraux autonomes, ce qui n'a pas manqué de relancer de nouvelles discussions⁹⁹. Dans ce contexte, l'adoption en 2006 des « Principes directeurs » fit clairement figure de pis-aller¹⁰⁰.

⁹⁴ CDI, « Actes unilatéraux des États. Rapport du Président du Groupe de travail », 29 juillet 2003, doc. A/CN.4/L.646, qui précise p. 2, § 3 que « ce texte repose sur des concessions mutuelles entre les positions en présence : il ne satisfait complètement personne mais est acceptable par tous » et, au § 4, invite le Rapporteur spécial à faire sien ce compromis « faute de quoi le travail sur le sujet s'enlisera une nouvelle fois et l'on retombera dans les errements passés ».

⁹⁵ *Ibid.*, p. 2, recommandation 1.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 2, recommandation 2.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 3, recommandation 3.

⁹⁸ CDI, « Septième rapport sur les actes unilatéraux des États », 22 avril 2004, doc. A/CN.4/542, 86 p. et « Huitième rapport sur les actes unilatéraux des États », 26 mai 2005, doc. A/CN.4/557, 40 p.

⁹⁹ Il faut dire que même le Groupe de travail semblait vouloir en finir rapidement : il a admis « qu'il faudrait poser en principe que les comportements unilatéraux de l'État peuvent produire des effets juridiques quelle que soit la manifestation de ces comportements, mais a indiqué qu'il tenterait d'élaborer des conclusions provisoires concernant les actes unilatéraux *stricto sensu* », CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-septième session (2 mai-3 juin et 11 juillet-5 août 2005) », doc. A/60/10, p. 63, § 331. Il faut aussi voir les échanges entre, not., MM. Pellet, Koskeniemi et Brownlie sur l'existence ou non d'un sujet et la possibilité de se livrer à un exercice de codification, CDI, « Compte rendu analytique de la 2853^e séance », doc. A/CN.4/SR.2853, pp. 160-164, §§ 1-26, et « Compte rendu analytique de la 2854^e séance », doc. A/CN.4/SR.2854, pp. 168-174, §§ 1-60. Pour un retour explicite à la conception restreinte, v. CDI, « Neuvième rapport sur les actes unilatéraux – Additif », 6 avril 2006, doc. A/CN.4/569.Add.1, pp. 45-48, §§ 126-137, où le Rapporteur spécial s'efforce de tenir compte de la position large par quelques formules énigmatiques, not. p. 47, § 132 où il estime que les Principes directeurs

19. Les ambiguïtés du texte final – Très certainement désemparée par l'ampleur de la tâche et surtout divisée sur les options à retenir, la CDI opta pour une opération opposée à la codification¹⁰¹. Le texte fait en effet perdurer les incertitudes et désoriente plus qu'il n'éclaire. Ainsi, plusieurs équivoques apparaissent dès son Préambule. D'un côté, il est indiqué que :

« les comportements susceptibles d'engager juridiquement les États peuvent consister en des déclarations formelles ou se traduire par une simple conduite informelle, y compris le silence qu'ils peuvent garder dans certaines situations, sur lesquelles les autres États peuvent raisonnablement tabler »¹⁰².

Plus loin, il est pourtant affirmé que les principes sont résolument axés sur « les actes unilatéraux *stricto sensu*, revêtant la forme de déclarations formelles formulées par un État dans l'intention de produire des obligations en vertu du droit international »¹⁰³. De l'autre, le Préambule souligne :

« qu'en pratique, il est souvent difficile d'établir si les effets juridiques découlant du comportement unilatéral d'un État sont la conséquence de l'intention qu'il a exprimée ou dépendent des attentes que sa conduite a fait naître chez d'autres sujets du droit international »¹⁰⁴.

Autrement dit, les deux débats certainement les plus fondamentaux (*i.e.* celui sur la définition des actes juridiques unilatéraux et celui relatif aux conditions de leur efficacité) demeurent pleinement ouverts et ces indications préliminaires relativisent largement l'intérêt des principes qui les suivent.

20. Quant à ces derniers, leurs imprécisions logiques, dénoncées par les commentateurs, confirment que les débats évoqués ne sont en rien tranchés. Premièrement, la Commission ne livre aucune définition précise de la notion d'acte juridique. Le Principe 1 est formulé de la façon suivante :

« [d]es déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Lorsque les conditions pour qu'il en soit ainsi sont réunies, le caractère obligatoire de telles déclarations repose sur

applicables aux actes unilatéraux *stricto sensu* pourraient s'appliquer *mutatis mutandi* aux autres comportements unilatéraux étatiques.

¹⁰⁰ R. Rivier, P. Lagrange, « Travaux de la Commission du droit international et de la sixième Commission », *op. cit.*, p. 307, qui évoquent par ailleurs le soulagement exprimé par certains États de voir le chantier s'achever. L'assemblée générale a pris note et recommandé la diffusion des Principes directeurs dans sa résolution 61/34 du 4 décembre 2006, § 3.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session (1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006) », *op. cit.*, p. 170.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

la bonne foi ; les États intéressés peuvent donc en tenir compte et tabler sur elles ; ils sont fondés à exiger que de telles obligations soient respectées ».

Le renvoi au seul critère de la « volonté » apparaît trop vague et ne permet pas d'en identifier clairement le caractère objectif ou subjectif. Certains ont ainsi cru déceler dans les travaux du Rapporteur spécial une conception plutôt subjective de l'acte juridique (*i.e.* conformité des effets à l'intention réelle, psychologique, de son auteur) et l'ont vivement dénoncée comme étant contraire au droit positif¹⁰⁵.

Deuxièmement, la thèse du caractère autonome ou automatique des actes unilatéraux, prônée durant une décennie par le Rapporteur spécial, paraît avoir été édulcorée dans les principes finalement adoptés. Les conditions d'existence d'un acte unilatéral ont été consacrées au Principe 1. À ce titre, lorsqu'une déclaration exprime publiquement la volonté d'un État de s'engager, cet acte doit être réputé obligatoire en vertu du principe de bonne foi. Tels sont la définition et le fondement des actes unilatéraux *stricto sensu*, indique le commentaire¹⁰⁶. Cependant, le Principe 3 semble soumettre l'efficacité de telles déclarations à des conditions externes à la volonté de leur auteur dans la mesure où il fait référence aux circonstances ainsi qu'aux réactions qu'elles ont suscitées chez les tiers. Cela se confirme à la lecture de son commentaire et du Principe 7 qui traite quant à lui explicitement du problème de l'interprétation. Il est ainsi permis de considérer que le Principe 3 traite bien de la question du déploiement de leurs effets et, par conséquent, de celle de savoir si ces déclarations constituent des modes autonomes de production du droit international. Or, sur ce point, par un renvoi aux circonstances et aux réactions des sujets intéressés, le Principe semble donner une réponse négative. Si ce raisonnement est juste, certains le considèrent plus conforme à la pratique, qui paraît tenir compte des réactions concordantes antérieures ou postérieures des tiers afin de déterminer l'opposabilité d'un acte unilatéral et même d'une promesse¹⁰⁷. Toutefois, il faut reconnaître qu'il ne correspond pas à la thèse proposée par le Rapporteur spécial qui faisait tant débat ; la notion même d'actes unilatéraux « *stricto sensu* » sur laquelle étaient censés reposer les Principes paraît vidée de sa substance. Ainsi, plutôt que d'élaborer un texte délibérément axé sur l'approche restreinte pour laquelle V. Rodríguez-Cedeño avait toujours milité et qui aurait eu à tout le moins le mérite d'apparaître cohérent, la CDI opta

¹⁰⁵ À ce propos, v. les critiques formulées par C. Santulli en 2000, « Travaux de la Commission du droit international », *op. cit.*, pp. 417-421 ; R. Rivier, P. Lagrange, « Travaux de la Commission du droit international et de la sixième Commission », *op. cit.*, pp. 311-314.

¹⁰⁶ CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session (1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006) », *op. cit.*, p. 170.

¹⁰⁷ R. Rivier, P. Lagrange, « Travaux de la Commission du droit international et de la sixième Commission », *op. cit.*, pp. 313-314.

pour un compromis délicat, qui contribue *in fine* à mettre en lumière les difficultés théoriques fondamentales du sujet.

C. Les apories des conceptions doctrinales relatives aux actes unilatéraux

21. Les comportements unilatéraux sont au cœur de débats qui ne cesseront probablement pas de diviser les internationalistes. Il paraît néanmoins possible d'en relativiser les aspects les plus controversés par l'identification de certains obstacles théoriques que la doctrine n'a pas su surmonter et qui sont, en réalité, insurmontables. Leur formulation pourra alors éclairer l'objet de l'étude. Il s'agit, d'une part, du problème de l'indétermination des actes juridiques unilatéraux en tant que catégorie du droit positif (1), dont découle, d'autre part, celui de l'indétermination d'un « seuil » de déclenchement de leur caractère juridique obligatoire et *a fortiori* de leur régime juridique (2).

1. L'indétermination des actes juridiques unilatéraux en tant que catégorie du droit positif

22. **Absence de délimitation claire entre les accords et les comportements unilatéraux convergents** – Comme cela a pu être noté, malgré l'existence d'une pratique abondante et du *dictum* de la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires*, « *no all-encompassing, uniform and precise definition of unilateral acts exists. Attempts to reach a general definition by way of abstraction have failed because of the versatility of the various categories that need to be summarized under a common heading* »¹⁰⁸. Les débats doctrinaux du 20^{ème} siècle illustrent parfaitement cette difficulté, surtout lorsqu'il s'agit d'opérer un découpage adéquat entre les actes unilatéraux et les accords. Ainsi, par exemple, la déclaration du ministre norvégien Ihlen, qui dans l'affaire du *Groënland oriental* tranchée en 1933 permit à la CPJI de juger que la Norvège s'était engagée à ne pas faire obstacle à l'établissement de la souveraineté danoise sur le Groënland, a pu être vue par Anzilotti comme la réponse à une demande émise par les autorités danoises, consacrant dès lors l'existence d'un accord entre les deux États¹⁰⁹. À l'inverse, d'autres auteurs, comme

¹⁰⁸ W. Fiedler, « Unilateral Acts in International Law », in R. Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 2000, pp. 1018.

¹⁰⁹ CPJI, arrêt du 5 avril 1933, *Statut juridique du Groënland oriental*, Série A/B, n° 53, p. 22 et l'opinion dissidente de M. Anzilotti, p. 91, § 7 : « [o]n est donc en présence d'un accord conclu entre le ministre de Danemark à Christiania, au nom du Gouvernement danois, et le ministre des Affaires étrangères de Norvège, au nom du Gouvernement norvégien, moyennant des déclarations purement verbales ».

Garner, y ont vu une déclaration unilatérale obligatoire¹¹⁰. L'opposition doctrinale fut identique à propos de plusieurs déclarations des États baltes sur la protection des minorités émises dans les années 1920. On pourrait y voir des promesses, comme J.-P. Jacqué¹¹¹, mais certains y ont vu des accords ou des engagements « quasi conventionnels », comme E. Suy ou C. Rousseau, dans la mesure où la SDN en avait accepté les termes¹¹². La question se pose ainsi chaque fois qu'un accord n'est pas parfaitement identifiable en raison de l'absence d'un instrument ou de déclarations formelles qui manifesteraient l'échange non équivoque des volontés des parties concernées¹¹³. La description du phénomène peut par conséquent varier selon les cas et selon les préférences et méthodes privilégiées par les observateurs. En ce sens, selon J.-P. Jacqué :

« [l']absence de formalisme en droit international et l'existence d'accords tacites conduit à des explications divergentes de certaines situations dans lesquelles un État est lié par son comportement. On constate en effet qu'il est possible de faire produire des effets à un comportement d'un État ou à son absence de comportement, en se référant à un consentement implicite, à la théorie de l'acquiescement, ou encore à l'*estoppel*. Le choix entre ces solutions concurrentes découle des circonstances de l'espèce et reste difficile à systématiser »¹¹⁴.

Par ailleurs, les manuels et cours généraux qui s'intéressent aux actes unilatéraux ne font pas un véritable effort de délimitation de la catégorie vis-à-vis de celle des accords. Au-delà de la théorie très restrictive des actes autonomes, aucun critère de distinction n'est clairement défini et beaucoup distinguent simplement les actes unilatéraux des autres actes qui apparaissent comme « *part of a wider consensual nexus* »¹¹⁵, comme des « actes générateurs d'effets conventionnels »¹¹⁶ ou encore comme des « *adjunctive unilateral acts* » (actes unilatéraux « complémentaires »)¹¹⁷.

¹¹⁰ J. W. Garner, « The International Binding Force of Unilateral Oral Declarations », *AJIL*, vol. 22, 1933, pp. 493-497.

¹¹¹ J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, pp. 251-253.

¹¹² E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, pp. 114-121 ; C. Rousseau, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 426. Pour une présentation du débat, v. aussi C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, pp. 88-93.

¹¹³ Certains évoquent par exemple à ce titre les « accords d'Algers » de janvier 1981 entre les États-Unis d'Amérique et l'Iran, présentés par le gouvernement algérien comme des « engagements interdépendants », v. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 394.

¹¹⁴ J.-P. Jacqué, « L'acte juridique : réflexions d'un internationaliste », *Droits*, vol. 7, 1988, p. 103.

¹¹⁵ G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, *op. cit.*, p. 172.

¹¹⁶ L. Cavaré, *Le droit international public positif*, Paris, Pedone, 3^{ème} éd., 1969, t. 2, p. 62.

¹¹⁷ K. Zemanek, « Unilateral Legal Acts Revisited », *op. cit.*, p. 210. Par ailleurs, on peut lire dans un manuel récent : « *[i]t is true that treaties can be very different one from another yet the category 'law of treaties' makes practical as well as analytical sense. It is possible that the same is true of unilateral acts, understood just not as any act of a single state but in some narrower (still to be determined) sense of 'acts implicating the good faith of the state', or more simply as*

23. Cependant, le renversement de perspective par un renvoi au droit conventionnel n'est malheureusement pas plus éclairant. La définition du traité en tant que mode de production autonome, c'est-à-dire en tant que catégorie particulière d'acte juridique, n'est pas d'une grande d'aide et ne peut permettre de formuler une définition négative des actes unilatéraux dans la mesure où elle renvoie à l'unique volonté des parties. En ce sens, comme l'a démontré F. Poirat :

« [s]i on admet qu'un ordre juridique doit déterminer les conditions d'existence à son égard des êtres, le traité doit pouvoir se distinguer des autres modes de production du droit. Or, tel n'est pas manifestement le cas. La conclusion est en effet simple, le principe discriminant unique, il peut se résumer par l'expression lapidaire suivante : l'intention des parties. (...) le traité est un acte consensuel. Soit. Il faut pourtant en accepter les conséquences. Il faut notamment admettre que l'acte conventionnel ne peut se distinguer de l'acte unilatéral ou du processus coutumier. Puisque aucune condition ne vient opérer de partage net entre l'ensemble de ces modes de production, il faut se résoudre à considérer le traité comme un mode de production indéterminé »¹¹⁸.

On retrouve le même type de remarque chez d'autres auteurs, comme J. d'Aspremont, qui s'attache à souligner le fait que la théorie des sources internationales ne repose sur aucun critère formel. En ce sens, il souligne que :

« [b]ien que [les traités] soient consignés, la plupart du temps, dans un instrument écrit (*instrumentum*), la détermination de leur caractère juridique – et donc leur appréhension par la science du droit – continue d'être tributaire d'un critère non formel : l'intention des parties. La théorie de la promesse unilatérale n'est pas fondamentalement différente. L'intention des parties étant un critère non-formel, l'identification des accords conventionnels et des promesses unilatérales relevant de la discipline juridique demeure une opération largement spéculative destinée à reconstruire un élément subjectif »¹¹⁹.

Ainsi, le débat relatif à l'identification des actes unilatéraux en tant que catégorie légale fait fond sur l'indétermination générale des sources et des actes juridiques du droit international. Il ne peut en réalité trouver de réponse abstraite. Et c'est également la raison pour laquelle il est si difficile d'en établir le régime juridique et de connaître à coup sûr quels comportements sont obligatoires ou non.

'commitments and representations implying commitment' », J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 8^{ème} éd., 2012, p. 416.

¹¹⁸ F. Poirat, *Le traité, acte juridique international : recherche sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 472. En fait il faudrait plutôt dire qu'il est difficile de distinguer entre un acte conventionnel et deux actes unilatéraux convergents.

¹¹⁹ J. d'Aspremont, « La déformalisation en droit international et l'abandon de la théorie des sources dans la doctrine contemporaine », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 30, 2011, n° 1, pp. 43-44. Plus généralement, v. du même auteur, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, OUP, 2011, not. pp. 154-157 et p. 173.

2. L'indétermination du « seuil » de déclenchement du caractère obligatoire des actes unilatéraux

24. Les limites du renvoi vers la volonté du sujet – F. Poirat a, là encore, clairement exprimé le problème de l'indétermination du régime juridique des actes conventionnels :

« la cohérence apparente de l'ensemble des dispositions [de la Convention de Vienne de 1969] est singulièrement altérée par les renvois récurrents à la volonté des sujets de droit. En effet, la plupart des dispositions de la convention est supplétive et ce caractère les rend parfois inefficaces dans la tâche qu'elles se proposent : établir le régime d'un acte juridique. Aux éléments participant de la définition et du régime qui lui donne corps se substitue ainsi l'expression de volonté des auteurs de l'acte, expression dont la manifestation demeure elle-même indéterminée »¹²⁰.

L'auteur fait alors le lien avec les problématiques liées à la normativité relative du droit international. Si, dans le système international, l'identification d'un seuil de normativité apparaît complexe, cela est en partie dû à l'inexistence d'actes juridiques clairement déterminés par le droit positif. Ainsi, souligne-t-elle, « si le droit international est malade de ses normes, il est aussi, peut-être plus gravement, malade de ses actes »¹²¹.

Le problème s'accroît d'autant plus si l'on sort du domaine conventionnel. En matière de traités, on recherche à tout le moins l'existence d'un échange de volontés manifestées par des instruments ou déclarations concordants et émis dans un laps de temps relativement court. En outre, la plupart des États tendent à privilégier les procédures formalisées, auxquelles s'ajoutent des variables constitutionnelles internes, afin de sécuriser au maximum leurs relations. Rien de tel en matière de comportements unilatéraux. Des prétentions peuvent se révéler en pratique et dans la durée, éventuellement se consolider jusqu'au jour où il est trop tard pour qu'un tiers puisse légitimement les contester sans remettre en cause une certaine idée de la sécurité juridique. De même, un État qui n'avait pas l'intention de s'engager peut par son comportement faire naître chez les tiers des attentes légitimes qui justifieraient la reconnaissance d'un engagement ou, au moins, d'une interdiction de revenir sur l'apparence créée. Ainsi, en l'absence de toute exigence formelle et plus généralement procédurale, tout apparaît ou peut apparaître plus diffus et difficile à saisir. Dès lors, l'idée d'un seuil uniforme et systématisable de déclenchement du caractère obligatoire des actes juridiques unilatéraux apparaît absurde. Le renvoi au critère exclusif de la volonté ne permet pas à l'observateur de procéder autrement que par une compilation des analyses *in concreto* des cas d'espèce qui se

¹²⁰ F. Poirat, *Le traité, acte juridique international : recherche sur le traité international comme mode de production et comme produit*, op. cit., p. 7.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 9-10.

présentent à lui, à la lumière des faits et des positions des tiers intéressés. Ce n'est que par une méthode inductive que la doctrine peut identifier la signification que le droit attribue aux comportements unilatéraux variés des États, tout en gardant à l'esprit qu'il peut exister autant de significations possibles que les sujets accepteront de se reconnaître mutuellement, d'où l'impossibilité d'établir un régime juridique au contours finis. On comprend ainsi que la CDI n'ait pu adopter à cet égard autre chose que des principes directeurs.

25. *Les causes de ces apories* – La tendance à la dissimulation de ces obstacles théoriques peut être expliquée par au moins deux types de considérations épistémologiques. D'une part, elle peut trouver son origine dans la transposition de concepts provenant des droits internes. Dans la plupart d'entre eux, la notion d'acte juridique recouvre des catégories de modes de production déterminées par le droit positif hiérarchiquement supérieur. Ainsi, par exemple, en matière d'obligations, la loi peut instituer différents types d'actes dont certains sujets pourront faire usage, comme le contrat et l'acte unilatéral, puis en définir le régime juridique. À l'inverse, en droit international, il n'existe aucun Code civil qui viendrait de cette façon déterminer *a priori* les modes de production existants. Le recours à la notion d'acte juridique intervient ainsi dans un contexte d'indétermination propre à l'ordre juridique international dont il faut tenir compte, en faisant remonter de la pratique les éléments systématisables permettant d'identifier des modes de production dont les contours ne sont pas nécessairement définis, ni en tant que catégories légales distinctes les unes des autres ni s'agissant de leurs régimes juridiques.

D'autre part, on tend à oublier que la notion d'acte juridique constitue, même pour la CIJ, une simplification de la réalité. Or, cette simplification à vocation didactique peut devenir un élément de régularité peu délibéré en doctrine. Le langage commun susceptible de s'imposer sous le poids des institutions et des recherches scientifiques risque dans ce cas de conforter un biais théorique. Ainsi, par exemple, enseigner l'existence d'actes unilatéraux purement autonomes, en invoquant quelques arrêts de principe (surtout un) de la Cour mondiale, peut revenir, en quelque sorte, à prouver le mouvement en marchant. Cela a un intérêt didactique dans la mesure où une approche simplifiée permet une présentation générale et cohérente. Cependant, cette simplification occulte la donnée essentielle du problème des actes unilatéraux qui a trait à l'indétermination de la catégorie dont ils ressortissent et de leur régime. On perd ainsi de vue les présupposés théoriques sur lesquels la présentation à vocation générale repose et les différents obstacles qu'elle implique, jusqu'à ce que la pratique et les interrogations doctrinales (en l'occurrence dans le cadre d'une tentative de codification) les

fassent largement ressurgir. En ce sens, on (re)découvre que l'acte juridique unilatéral, dans sa forme faussement déterminée, constitue un simulacre qui génère chez l'observateur un dilemme : soit poursuivre une entreprise de systématisation biaisée (bien que potentiellement utile et suffisante dans le cadre de certaines études), soit réinterroger son adéquation aux phénomènes qu'il entend normalement enserrer. Faire le choix de la seconde branche de l'alternative implique alors un retour aux fondamentaux théoriques qui permettront d'éclairer le problème posé.

§2. Le cadre théorique de l'étude

26. Les difficultés rencontrées à l'égard de l'analyse des comportements unilatéraux des États imposent d'en resituer les fondements dans un cadre théorique affermi. La démarche révèle alors l'obligation d'opérer un certain nombre de choix primordiaux. En effet, la question de savoir comment connaître de l'objet que l'on définit comme droit – et *a fortiori* des objets que constituent les normes et leurs procédés de production – soulève un enjeu méthodologique relatif à la représentation de l'objet de l'étude. En la matière, les théoriciens du droit s'accordent sur le fait qu'une telle représentation puisse et doive reposer sur une approche « conventionnaliste » (A) permettant de tenir pour utiles, pour heuristiques, un certain nombre de définitions purement stipulatives (B). Les formuler revient à faire preuve de transparence sur les fondements théoriques d'une recherche et sur les éléments et orientations que l'on prend éventuellement pour acquis¹²². Une fois exposées les structures logiques du système dans lequel on prétend représenter l'objet de cette étude, on verra alors que le point d'ancrage de celui-ci dans la science du droit réside dans la notion d'acte juridique (C).

A. Convention théorique initiale et représentation de l'objet de l'étude

27. ***Apports de la philosophie des sciences contemporaines*** – Les travaux offerts par les philosophes des sciences, inspirés par Kant, enseignent deux types de considérations. Premier enseignement : toute ontologie ne peut être que relative. Autrement dit, toute théorie, en tant qu'assertion sur ce qui « est », ne constitue qu'un outil de représentation du monde, qu'une « manière de voir les choses ». De ce constat découle une distinction importante entre

¹²² Pour un avertissement similaire, v. l'introduction de l'ouvrage de G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, spéc. pp. 38-45.

ce qui est connu *a posteriori* grâce aux données de l'expérience empirique et ce qui est connu *a priori*, c'est-à-dire les concepts et les catégories qui procèdent de l'entendement. En ce sens, prendre connaissance d'une chose impose de reconnaître l'existence de certains jugements synthétiques *a priori* à vocation schématique¹²³. La spontanéité de l'entendement (juger, par exemple, qu'un objet est rond, lourd, froid, chaud, *etc.*) révèle, d'un côté, la part d'inconscience et d'automatisme du sujet dans son activité de raisonnement et, de l'autre, la vanité d'une recherche visant à comprendre l'ensemble du fonctionnement de cette activité, sauf à remonter simplement à l'origine : la conscience de soi, la représentation « je pense » accompagnant toutes les autres¹²⁴. Là réside la « critique de la raison » menée par Kant afin d'appréhender les processus qui échappent à l'attention. Si l'entendement formule de lui-même des concepts (le temps, l'espace, la température, *etc.*), c'est bien lui qui, dès lors, les impose à l'expérience et non l'inverse. Le sujet constitue donc en partie, par lui-même, son objet de connaissance et, par extension, toute science devient aussi en partie constitutive de son objet¹²⁵.

Depuis cet éclaircissement apporté à l'épistémologie (ou théorie de la connaissance¹²⁶), la philosophie des sciences est largement dominée par des courants fondés sur le « conventionnalisme ». À l'inverse du « réalisme scientifique », qui considérerait que les lois scientifiques prétendaient révéler la nature réelle du monde, le conventionnalisme postule que toute théorie a une vocation instrumentale et est apposée, par le truchement d'une décision

¹²³ Kant permet à cet égard de replacer le sujet doué de raison au centre du processus assurant la connaissance d'un objet. Selon lui, il est impossible pour le sujet de connaître des choses telles qu'elles sont en elles-mêmes (les « noumènes »). Il ne peut que percevoir (littéralement, « prendre à travers » sa sensibilité) la réalité telle qu'elle lui apparaît sous la forme de « phénomènes ». V. *Critique de la raison pure*, 1787, reproduit dans F. Alquié (dir.), *Œuvres philosophiques. 1. Des premiers écrits à la "Critique de la raison pure"*, Paris, Gallimard, 1980, dans la préface de la seconde édition, le positionnement de l'auteur est décrit comme un véritable changement de référentiel, à la manière d'une révolution copernicienne, pp. 739-740. Sur la nécessité de distinguer entre connaissances pures *a priori* et connaissances empiriques *a posteriori*, v. en particulier l'introduction, pp. 757-780.

¹²⁴ Ce que Kant nomme « l'aperception originaire », *ibid.*, p. 853.

¹²⁵ C. Atias, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, p. 35 : « loin d'être simplement observé, contemplé, [l'objet] est produit d'une certaine façon (...) cette théorie préalable à toute connaissance soumet la raison à la critique, au jugement pour éclairer notre mode de connaissance des objets ». V. aussi M. Meyer, *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématologie*, Paris, Klincksieck, 1979, p. 78 : « [l]es choses ne peuvent jamais être connues comme telles, c'est-à-dire en soi, mais seulement comme elles sont une fois que nous les avons enserrées dans nos catégories ».

¹²⁶ L'épistémologie peut se définir *lato sensu* comme « l'étude critique des événements qui émaillent l'histoire du corps de connaissances qu'une collectivité alimente, corrige et travaille, et dont l'objet est relativement déterminé », C. Atias, *Épistémologie juridique*, *op. cit.*, p. 3. Pour une présentation de l'évolution historique de cette discipline et des questionnements qu'elle soulève, voir D. Lecourt (dir.), *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, Paris, PUF, 2006, pp. 428-432.

humaine, sur des phénomènes *a priori* indistincts¹²⁷. Ainsi, pour reprendre les mots de K. Popper, les théories scientifiques constituent autant de « filets destinés à capturer ce que nous appelons « le monde » ; à la rendre rationnel, l'expliquer, et le maîtriser. Nous nous efforçons de resserrer de plus en plus les mailles »¹²⁸. Par conséquent, selon les concepts retenus et diffusés, un même phénomène peut être appréhendé de différentes manières, sans que l'une d'elles puisse être considérée plus vraie ou plus fausse qu'une autre. Autrement dit, si le découpage du réel peut varier (par exemple, une « table » équivaut à une planche sur des pieds ainsi qu'aux molécules qui les constituent), les faits observables ainsi que le résultat des opérations formulées suivant ces différentes manières de voir les choses demeurent néanmoins identiques. Ainsi, plusieurs modes de représentation de la réalité peuvent être considérés comme empiriquement équivalents¹²⁹. En définitive, toute ontologie revêt un caractère éminemment stipulatif.

28. Second enseignement : que l'on constate un certain relativisme quant aux choix ontologiques opérés par les savants ou une certaine liberté dans la détermination d'un mode de découpage du réel n'implique pas, cependant, que toutes les ontologies soient interchangeable. D'une part, la détermination d'une ontologie doit être guidée par son pouvoir explicatif, son utilité, sa simplicité conceptuelle. D'autre part, il s'agit de découper le réel de manière à faciliter la prédiction d'évènements futurs en fonction de l'expérience

¹²⁷ Inspirée de la philosophie kantienne, la doctrine conventionnaliste est associée aux travaux de G. Milhaud, É. Le Roy, P. Duhem et H. Poincaré. Elle a pour fondement « une séparation de principe entre les données intuitives des sens et les constructions intellectuelles permettant d'élaborer le corps de la théorie scientifique », D. Lecourt (dir.), *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, op. cit., p. 287. Pour une présentation des différents courants épistémologiques, v. K. R. Popper, « Trois conceptions de la connaissance », in K. R. Popper, *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*, 1972, Paris, Payot, 1985, pp. 150-182. Pour une présentation succincte de l'approche conventionnaliste, v. aussi l'introduction de l'ouvrage de G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 38-40.

¹²⁸ K. R. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, 1968, Paris, Payot, 1973, p. 57 et « Trois conceptions de la connaissance », op. cit., p. 158. L'idée trouve écho, par exemple, auprès de P. Amserek, qui définit les lois scientifiques comme « des outils élaborés à partir d'observations et de descriptions, mais qui ne décrivent pas eux-mêmes le monde, qui ne constituent pas des tableaux de ce qui se donne à voir, mais des espèces de « clefs » ou « grilles de lecture » qui, mentalement surimposées au monde, permettent de se repérer dans ses productions », « La part de la science dans les activités des juristes », *Dalloz*, 1997, p. 340.

¹²⁹ K. R. Popper, « Trois conceptions de la connaissance », op. cit., p. 176 : ces modes de représentation constituent « des aspects ou des strates du monde réel doués d'une égale réalité (si, en observant au microscope, nous modifions le grossissement, différents aspects ou strates, également réels, d'une même chose s'offrent à nos regards) (...) Toutes ces hypothèses sont équivalentes dans leur effort pour décrire la réalité ». V. aussi, avec d'autres exemples de théories empiriquement équivalentes, K. R. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, op. cit., pp. 224-225 ; W.V.O. Quine, « Relativité de l'ontologie », in W. V. O. Quine, *Relativité de l'ontologie et quelques autres essais*, trad. J. Largeault, Paris, Aubier, 1977, p. 44. Du même auteur, *La poursuite de la vérité*, trad. M. Clavelin, Paris, Le Seuil, 1993, p. 60 ; et « Les deux dogmes de l'empirisme », in P. Jacob (dir.), *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique de 1950 à nos jours*, Paris, Gallimard, 1980, pp. 87-113.

passée¹³⁰. Ce double objectif du choix ontologique est à la fois permanent et variable suivant la position et l'objectif du sujet. D'un côté, le choix d'une ontologie stipulative a un caractère instrumental et peut se faire par commodité. Ainsi, il est possible de décrire à un enfant les éléments brillants dans le ciel comme, principalement, des étoiles dont le positionnement observé de nuit change suivant la rotation de la Terre. De l'autre, l'ontologie posée doit permettre la formulation de théories qui se rapprochent de la vérité¹³¹. C'est la raison pour laquelle l'astrophysicien, quant à lui, décrit la mécanique céleste en distinguant précisément les corps observés en fonction de leurs caractéristiques, tandis que leurs positions (peu importante celle de la Terre) varient suivant différents types de forces et de conditions. Dans un cas comme dans l'autre, commodité didactique et pouvoir explicatif du réel sont présents dans les choix ontologiques, à des degrés néanmoins différents¹³². En ce sens, l'approche conventionnaliste n'aboutit pas à dénier la recherche de la vérité. Le but de la science demeure, *in fine*, de « découvrir des *explications satisfaisantes* de tout ce qui nous étonne et paraît nécessiter une explication »¹³³. Ainsi, le caractère instrumental d'un choix ontologique doit également être fondé sur le fait qu'il offre une probabilité plus élevée de description exacte du réel par les lois scientifiques formulées sur son fondement¹³⁴. Ces enseignements de la philosophie des sciences ont largement éclairé la recherche juridique fondamentale.

¹³⁰ V. par ex., W. V. O. Quine, « On What There is », in W. V. O. Quine, *From a Logical Point of View. 9 Logico-Philosophical Essays*, Cambridge, Harvard University Press, 2nd ed., 1964, pp. 15-16 : « [o]ur acceptance of an ontology is, I think, similar in principle to our acceptance of a scientific theory, say a system of physics: we adopt, at least insofar as we are reasonable, the simplest conceptual scheme into which the disordered fragments of raw experience can be fitted and arranged » ; du même auteur, « Les deux dogmes de l'empirisme », *op. cit.*, p. 110.

¹³¹ K. R. Popper reconnaît qu'il est impossible de disposer d'arguments suffisamment bons pour prétendre avoir atteint la vérité. Mais « nous *pouvons* disposer d'arguments forts et raisonnablement bons pour prétendre qu'il est possible que nous ayons fait des progrès en direction de la vérité », « Les deux visages du sens commun : une argumentation en faveur du réalisme du sens commun et contre la théorie de la connaissance du sens commun », in K. R. Popper, *La connaissance objective*, 1979, Paris, Flammarion, 1991, p. 116, italique de l'auteur.

¹³² Une approche sociologique de l'épistémologie permet toutefois de souligner le fait que les choix ontologiques sont, au sein d'une communauté scientifique donnée, soumis à certains facteurs qui échappent en partie au sujet. Par exemple, une communauté linguistique pour S. Kripke, voire une organisation d'enseignement et de recherche pour M. Scheler, imposent leurs dynamiques et contraintes propres. V. S. Kripke, *La logique des noms propres*, 1972, Paris, Éd. de Minuit, 1982, 176 p. ; M. Scheler, *Problèmes de sociologie de la connaissance*, 1926, Paris, PUF, 1993, 283 p.

¹³³ K. R. Popper, « Le but de la science », in K. R. Popper, *La connaissance objective*, *op. cit.*, p. 297, italique de l'auteur.

¹³⁴ Cela traduit l'idée selon laquelle les théories scientifiques doivent pouvoir constituer d'« authentiques conjectures » selon K. R. Popper, qu'il définit comme « des suppositions d'un contenu informatif élevé ayant le monde pour objet et qui, bien qu'elles ne soient pas vérifiables (c'est-à-dire bien qu'on n'en puisse pas montrer la vérité), peuvent être soumises à des tests critiques rigoureux. Elles constituent des tentatives sérieuses pour découvrir la vérité », « Trois conceptions de la connaissance », *op. cit.*, p. 175.

29. Leur réception par la science du droit – La question du mode de connaissance du droit se pose en des termes similaires pour les juristes : l'objet-droit s'impose-t-il aux chercheurs ou la science du droit est-elle constitutive de son objet ? Autrement formulée : « les juristes savent-ils de quoi ils parlent ou parlent-ils de ce qu'ils savent ? »¹³⁵. À cet égard, la grande majorité des théoriciens contemporains du droit suit de près les préceptes du conventionnalisme scientifique en reconnaissant le caractère stipulatif et instrumental de l'ontologie juridique. Ainsi, l'impossibilité de définir l'objet de la science du droit – c'est-à-dire de formuler des propositions vraies sur ses caractéristiques essentielles – est souvent posée comme principe. Par exemple, selon O. Pfersmann, « aucune théorie ne peut prétendre révéler la « véritable » nature du droit, mais simplement démontrer certaines propriétés par rapport à un objet dont l'ontologie est préalablement et librement déterminée pour autant qu'elle ne soit ni vide ni inconsistante »¹³⁶. Selon une large part de la doctrine, la cause de ce constat réside dans la « nature intellectuelle » de l'objet soumis à la connaissance scientifique¹³⁷ ou dans la qualité « d'outils mentaux » des normes qui le composent¹³⁸. Le droit ne peut donc être défini à l'avance dans la mesure où il doit d'abord être ressenti comme tel ; il ne se définit que de l'intérieur ou *a posteriori*¹³⁹. Autrement dit, il est en partie construit par la théorie qui en traite¹⁴⁰.

Ce positionnement revêt un double intérêt. En premier lieu, il incite à considérer qu'un juriste, quelle que soit la nature théorique ou dogmatique de son discours, ne peut se passer de réflexions sur les fondements de celui-ci sans risquer de voir son raisonnement perverti d'une manière ou d'une autre¹⁴¹. Il convient, en effet, de garder à l'esprit qu'un argument

¹³⁵ C. Atias, *Épistémologie du droit*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1994, p. 29 ; M. Virally, *La pensée juridique*, 1960, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2010, p. 1. Pour une présentation d'ensemble des débats soulevés par la « connaissance juridique », v. V. Villa, *La science du droit*, Paris, LGDJ, 1990, 209 p.

¹³⁶ O. Pfersmann, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in O. Pfersmann, G. Timsit (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 14. V. aussi M. Troper, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, 1989, n° 10, p. 101, et « Système juridique et État », *APD*, vol. 31, 1986, pp. 35-36.

¹³⁷ M. Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. xxxvi et pp. 7-9 ; M. Troper, « Pour une définition stipulative du droit », *op. cit.*, p. 101.

¹³⁸ P. Amselek, « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits*, 1990, pp. 85-92, et « La teneur indécise du droit », *RDP*, 1991, n° 5, pp. 1199-1216.

¹³⁹ J. Carbonnier, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, 1990, p. 6 ; J. Combacau, « Une manière d'être des choses », *Droits*, 1990, pp. 11-14.

¹⁴⁰ M. Troper, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2005, p. 4 et p. 124.

¹⁴¹ P. Amselek, « L'étrangeté ontologique du droit », *op. cit.*, p. 86, et « Ontologie du droit et logique déontique », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, vol. 27, 1995, p. 115 : « [l]e fléau majeur qui menace la théorie dans le domaine du droit comme dans tout autre domaine d'investigation, c'est l'insuffisance de bases ontologiques, l'insuffisance d'élucidation de la structure propre des choses dont on veut parler : le manque de respect à leur identité même – à leur essence – fait inévitablement basculer la théorie vers l'irréalisme, pour ne pas dire les extravagances de pensée et le délire verbal ».

juridique est dépendant de l'ontologie sur laquelle il repose et non l'inverse¹⁴². Le risque, pour la doctrine, est de perdre de vue cet enseignement et de confondre une ontologie stipulative avec une vérité incontestable. Dans ces conditions, la (re)prise de conscience des constantes théoriques indélébiles constitue un progrès du savoir scientifique¹⁴³.

En second lieu, le fait de préciser explicitement une conception du droit a pour vertu de faciliter le débat et d'en tester la rigueur et les conséquences logiques. On l'a dit, le but de la science est de proposer des explications satisfaisantes des phénomènes qui se proposent à la connaissance ; un choix ontologique est guidé par son utilité et son pouvoir explicatif du réel. En conséquence, l'ontologie diffusée peut, sinon doit, être interrogée et détaillée. Son pouvoir explicatif mérite d'être corroboré ou révisé à l'aide d'une démarche expérimentale qui, dans le cadre de la science du droit, relève d'une confrontation avec la pratique¹⁴⁴. Un mouvement de va-et-vient est nécessaire entre les choix ontologiques opérés, leurs conséquences logiques et l'analyse des éléments de pratique, pour espérer aboutir à la relativisation ou à la précision des choix initiaux.

Ainsi, définir un certain nombre d'outils théoriques fondamentaux constitue un impératif, avant d'en venir à celui qui constitue précisément l'objet de cette étude.

B. Les définitions stipulatives au fondement l'étude

30. Définitions stipulatives sur le droit – Le droit peut être vu comme un système particulier de normes¹⁴⁵. Cette représentation invite à formuler plusieurs remarques. En

¹⁴² O. Pfersmann, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », *op. cit.*, p. 11.

¹⁴³ C. Atias, *Épistémologie juridique*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁴ M. Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. xli : « une théorie générale du droit doit, en toutes ses parties, présenter une valeur explicative du droit existant. Si elle est nécessairement neutre et désintéressée, elle ne présente pas, pour autant, un simple jeu de l'esprit. Elle ne mérite de prendre place dans la science du droit que si elle introduit de façon utile à l'étude et à la compréhension du droit positif ».

¹⁴⁵ Certains auteurs diraient que le droit n'est pas constitué uniquement de normes mais que, parmi les « êtres légaux », il existe des objets non normatifs comme des concepts légaux et des situations ou qualités légales, v. J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 18-19. Toutefois, dans ces hypothèses, on ne voit que l'identification, par des normes, des conditions devant être remplies pour que certains faits juridiques soient constitués et déclenchent l'application de régimes prévus par d'autres normes. Par exemple, la création, par une norme, de la catégorie de réfugiés prescrit les conditions de survenance du fait juridique « existence d'un réfugié » ayant pour conséquence le droit pour la personne répondant aux conditions prévues de se voir appliquer les règles de protection attachées à cette catégorie. À cela s'ajoute l'idée que l'une des conditions de survenance du fait juridique puisse être l'adoption d'un acte juridique. Ainsi, la création d'une personne morale doit généralement passer par l'adoption d'un acte volontaire. Si celui-ci est valide, alors le fait juridique « existence de la personne morale » apparaît et déclenche toutes les conséquences juridiques (même à venir et non anticipées par les auteurs de l'acte) prévues par le régime juridique de cette catégorie. Autrement dit, la réalisation concrète d'une norme peut être constitutive de faits nouveaux pertinents pour l'application d'autres normes. Selon cette représentation, logiquement

premier lieu, on le dit « particulier » car le critère de distinction du droit et du non-droit (moral, religieux, *etc.*) n'est pas parfaitement identifié¹⁴⁶. Par ailleurs, cette quête ne paraît pas constituer une fin en soi tant elle est dépendante de conditions propres à une société donnée, à un moment donné. Pour les besoins de cette étude, on peut se limiter à la considération que le droit est un système composé de normes reconnues comme juridiques par les acteurs qui y prennent part¹⁴⁷.

En deuxième lieu, dire que le droit s'organise en système revient à considérer que les objets qui le constituent entretiennent des relations qui dégagent une certaine idée de cohérence et de stabilité. Le droit n'est pas simplement une collection mais un « ensemble coordonné de normes »¹⁴⁸. En ce sens, l'utilisation du mot « système » peut révéler une vision purement formaliste et logique du droit¹⁴⁹. Certes, dans le cadre de ce travail, on pense en effet que le droit est passible d'une représentation systémique et que cette analyse revêt un intérêt heuristique. Néanmoins, cette représentation n'entraîne pas nécessairement un attrait pour la théorie pure, logiciste et fermée, quel que soit l'élément de clôture proposé (*i.e.* la norme hypothétique (ou divine) fondamentale kelsénienne ou, par exemple, un principe de « reproduction auto-créatrice des éléments par les éléments » inspiré de la théorie des systèmes biologiques, pour évoquer à titre d'exemple la thèse de N. Luhmann¹⁵⁰). Il s'agit plutôt d'admettre l'idée que le droit n'est pas imperméable aux règles sociales, qui agissent alors comme des forces correctives du mouvement quasi inertiel du système juridique (à la manière d'une horloge dont il faudrait parfois remonter le mécanisme ou réajuster la précision afin qu'elle continue son libre fonctionnement pour l'indication de la « bonne » heure).

équivalente à celle des auteurs cités et qui ne vaut que pour sa commodité, le droit demeure un système de normes seulement.

¹⁴⁶ Pour une présentation générale des interrogations soulevées, v. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2004, pp. 303-330 ; les numéros thématiques « Définir le droit » à la revue *Droits*, n° 10 et 11, 1989-1990 ; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 302 p.

¹⁴⁷ *In fine*, certains auteurs posent comme critère ultime du droit une simple convention de langage valant comme « norme constitutive » reconnue par ceux qui y prennent part. En ce sens, v. J. Combacau, « Une manière d'être des choses », *op. cit.*, p. 14 et « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *APD*, vol. 31, 1986, p. 91.

¹⁴⁸ N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, Giappichelli, 1960, p. 8, cité par M. Troper, « Système juridique et État », *op. cit.*, p. 30 ; A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., p. 595 ; M. Virally, « Le phénomène juridique », *RDP*, vol. 82, 1966, n° 1, pp. 32-33.

¹⁴⁹ A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 596 : en cas d'opposition à cette vision systémique, l'utilisation de l'expression « ordre juridique » peut être préférable. Sur l'intérêt limité d'une représentation systémique du droit, v. C. Grzegorzczuk, « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *APD*, vol. 31, 1986, pp. 282-301.

¹⁵⁰ N. Luhmann, « L'unité du système juridique », *APD*, vol. 31, 1986, p. 177.

Cette dernière idée est rattachable, en troisième lieu, à un jugement sur l'un des fondements du droit. Sans qu'il soit nécessaire de remonter au Déluge, il est permis d'affirmer que tout système de droit tend à satisfaire une attente sociale de sécurité juridique se traduisant par une exigence de stabilité et de prévisibilité des rapports de droit¹⁵¹. En ce sens, la sécurité juridique constitue à la fois une directive de l'ordre social envers le système juridique et une norme ayant régulièrement le statut de principe général de droit¹⁵². Par ailleurs, les exigences d'un tel principe ont tendance à progressivement se renforcer devant la complexification du système et l'effet d'accoutumance qu'il produit sur ses acteurs (*lato sensu* : sujets, juges, doctrine, etc.), l'expansion de la « culture » et du « langage » du droit produisant toujours de nouvelles attentes de stabilité et de prévisibilité.

31. Le droit international n'échappe pas à ces trois stipulations. D'une part, il est possible d'affirmer, comme le fait par exemple R. Rivier, que « le droit international existe parce qu'en « fait », il est traité comme « droit » par ceux qu'il a vocation première à régir »¹⁵³. D'autre part,

¹⁵¹ V. not. J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 9^{ème} éd., 1998, p. 194, qui parlait alors d'un besoin « animal », mais c'est peut-être au contraire l'un des éléments qui distinguent nettement les êtres humains des grands animaux, qui n'ont encore jamais montré d'aptitude à entretenir des rapports « juridiques » ; C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 4^{ème} éd., 1970, p. 213 : « [l]a continuité du droit, garantie de sécurité, est une exigence primordiale de l'ordre juridique. Dans le temps comme dans l'espace, elle tend à assurer la stabilité au moins relative des situations juridiques établies ». L'idée se retrouve de façon régulière, v. par ex. M. Virally, « Le phénomène juridique », *op. cit.*, p. 51 ; J. Boulouis, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in R. Lecourt (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 53 ; B. Pacteau, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, pp. 151-155 ; M. Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, 1996, pp. 178-184 ; J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1023. Pour une présentation des enjeux relatifs à la notion de sécurité juridique, en général d'une part et en droit international public d'autre part, v. R. Kolb, *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2013, pp. 659-689, et « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », *Annuaire africain de droit international*, vol. 9, 2001, pp. 103-142.

¹⁵² Par ex., en droit administratif français, CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres* ; en droit de l'Union européenne, CJCE, 6 avril 1962, *De Geus en Uitdenboger d/ Bosch*, aff. 13/61 ; en droit européen des droits de l'homme, CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, requête n° 6833/74. Par ailleurs, quand bien même la sécurité juridique n'est pas reconnue comme principe général de droit par une juridiction, un certain nombre de règles plus spécifiques ont pour fonction de satisfaire des exigences similaires. Ainsi, le Conseil d'État français déclarait en 2006, avant de rendre son arrêt *Société KPMG et autres*, que « [m]algré l'absence de reconnaissance solennelle d'un principe de sécurité juridique, de nombreuses règles en sont issues », Rapport public 2006, « Sécurité juridique et complexité du droit », Études et documents n° 57, Paris, La documentation française, p. 291. Pour ce qui concerne le droit constitutionnel, v. par exemple B. Mathieu, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in L. Favoreau, G. Lebreton, P. Fraisseix (dir.), *Droit constitutionnel. Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 301-305.

¹⁵³ R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 1 ; J. Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *op. cit.*, p. 90, « [c]'est évidemment poser l'éternelle question de la régression à l'infini du fondement des normes, et je me garderai de le faire d'un point de vue réellement théorique, me contentant de rapporter la réponse qu'implicitement y donnent les Etats. *Tout se passe comme si* les Etats admettaient que ce qui, structurellement, se présente comme une norme, c'est-à-dire ce qui peut se formuler

il n'est plus à démontrer que le droit international revêt les qualités d'un système juridique. Pour résumer la pensée de J. Combacau, le droit international est doté, d'un côté, d'une cohérence formelle : malgré l'indifférenciation hiérarchique de ses normes, elles ont un caractère obligatoire et il existe des mécanismes de rétribution des conduites s'en écartant¹⁵⁴. De l'autre, il jouit d'une cohérence substantielle, fondée pour l'essentiel, mais non exclusivement, sur une logique de validité subjective et relative des faits, actes ou normes considérés comme opposables aux États également souverains ayant consenti à en supporter les effets¹⁵⁵. Enfin, le droit international vise à satisfaire une exigence sociale de stabilité et de prévisibilité des rapports de droit qui unissent ses sujets. Cependant, en tant qu'ordre juridique décentralisé et relativiste, le droit international se caractérise logiquement par une certaine faiblesse de la sécurité juridique objective et *erga omnes* au profit d'une sécurité relative *inter partes* renforcée, reposant sur la protection de la confiance légitime et des apparences¹⁵⁶. Ainsi, sans nécessairement bénéficier d'une reconnaissance explicite en tant que principe général de droit, l'exigence de sécurité juridique irrigue des terrains connus du droit international et, surtout, tient un rôle cardinal pour la réglementation des effets des conduites unilatérales étatiques¹⁵⁷.

verbalement en termes de devoir-être, était en effet obligatoire, par application d'une exigence – je ne dis pas « d'une norme » – supérieure à celle qu'énonce la norme en question », italique de l'auteur.

¹⁵⁴ J. Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *op. cit.*, pp. 87-95. D'autres auteurs appuient particulièrement sur le critère de la justiciabilité, même minimale, pour démontrer l'existence d'un ordre juridique international, v. not., C. Leben, « La juridiction internationale », *Droits*, vol. 9, 1989, pp. 143-155.

¹⁵⁵ J. Combacau, *ibid.*, pp. 95-105.

¹⁵⁶ R. Kolb, *Théorie du droit international*, *op. cit.*, pp. 668-669. Sur toutes les raisons structurelles menant à un tel constat, v. pp. 669-687.

¹⁵⁷ En ce sens, sans aller jusqu'à évoquer un principe général de droit, la CIJ se réfère explicitement aux exigences qui découlent de la sécurité juridique, par exemple pour ne pas tenir compte de la disparition postérieure à l'introduction d'une instance d'un élément qui conditionne sa compétence (arrêt du 18 novembre 2008, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, *Rec.*, § 80), pour déclarer irrecevable certaines nouvelles demandes formulées en cours d'instance susceptibles de modifier l'objet du différend (arrêt du 8 octobre 2007, *Affaire du différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la Mer des Caraïbes*, (*Nicaragua c. Honduras*), *Rec.*, § 108), pour justifier le tracé d'une frontière internationale (par ex. arrêt du 12 juillet 2005, *Affaire du différend frontalier (Bénin/Niger)*, *Rec.*, § 144) ou encore pour soutenir la règle selon laquelle le retrait d'une réserve à un traité multilatéral ne prend effet, sauf convention contraire, à l'égard des autres États que dans la mesure où ceux-ci en ont reçu notification (arrêt du 3 février 2006, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, *Rec.*, § 41).

32. Définitions stipulatives sur les normes – À l'intérieur du système-droit, une norme peut être définie comme une signification attribuée à un énoncé ou à un fait selon laquelle quelque chose doit être ou doit se produire si certaines conditions sont réunies¹⁵⁸. Si l'on dit qu'il s'agit de la « signification » d'un énoncé (souvent contenu dans un acte) ou d'un fait (un fait coutumier peut par exemple devenir une norme si on lui attribue cette signification), c'est que l'ontologie de la norme doit être ramenée à sa nature d'outil mental. Selon P. Amselek, elle est constituée de purs contenus de pensée¹⁵⁹. Par conséquent, sa communication entre les acteurs passe par l'intermédiaire de signes de langage soumis à diverses opérations d'interprétation. La norme ne peut donc être envisagée comme un produit fini, aux contours parfaitement déterminés ; elle est un objet à « texture ouverte », dont la consistance dépend de l'interprétation qui en est faite par les acteurs¹⁶⁰.

Cette approche ouvre la voie vers une théorie « réaliste » de l'interprétation, développée en France par M. Troper. Elle permet de souligner que la signification de l'énoncé ou du fait leur est attribuée par les acteurs juridiques qui les interprètent. « Attribuée », dit-on, car il s'agit d'un acte de volonté et non de pure connaissance. L'acteur concerné ne prétend pas découvrir le sens objectif de la norme, il en « détermine » le sens, en tant que produit de son interprétation¹⁶¹. Cette définition des normes amène à formuler deux séries de remarques.

En premier lieu, une telle vision éclatée des normes (en fait, on pourrait parler d'éclatement des énoncés et faits en autant de normes qu'il existe d'interprétations livrées par les acteurs¹⁶²) ne génère pas pour autant dans un ordre donné une situation d'anarchie herméneutique. La théorie réaliste reconnaît au moins deux sources de régulation. La première, inspirée de la théorie kelsénienne, repose sur la reconnaissance d'une interprétation authentique : celle et la seule à laquelle l'ordre juridique attache des effets¹⁶³. Il s'agit là de l'expression d'une organisation hiérarchisée des rapports de droit. Si l'interprétation est un acte de volonté de détermination des normes, elle constitue l'exercice d'un pouvoir considérable ; dès lors, ce pouvoir peut et doit être attribué à un acteur donné (par exemple

¹⁵⁸ Pour remonter à l'origine de cette approche, v. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 12-13 ; du même auteur, *Théorie générale des normes*, 1979, trad. O. Beaud, F. Malkani, Paris, PUF, 1996, p. 2.

¹⁵⁹ P. Amselek, « L'étrangeté ontologique du droit », *op. cit.*, pp. 87-88. V. aussi D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 166 : « [u]ne norme ne se "voit" pas, elle se "comprend" ».

¹⁶⁰ P. Amselek, *ibid.*, p. 89, l'expression provient de H. Hart ; v. aussi du même auteur, « La teneur indécise du droit », *op. cit.*, pp. 1200-1201.

¹⁶¹ M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, pp. 69-84, not. pp. 72-73.

¹⁶² Ce sont d'autres débats qu'il semble inutile de développer ici pour les besoins de l'étude, v. *ibid.*, p. 74.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 79-84 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 335-342.

un juge, *a fortiori* une Cour suprême, mais pas exclusivement, surtout dans le système international), qui sera le seul à même de déterminer une interprétation à laquelle l'ordre juridique dans lequel il agit confèrera une autorité légale. L'interprète authentique est donc celui qui est habilité à livrer une interprétation valide, peu important son contenu. La seconde source de régulation herméneutique a trait à la théorie des contraintes. Celle-ci se résume dans l'idée que la liberté de l'interprète reconnue par la théorie réaliste ne lui permet pas en pratique de céder à ses fantaisies. Bien que l'on connaisse dans tout ordre des exemples d'interprétations authentiques contre-intuitives (qu'en droit international on voit parfois découler de coutumes modificatives ou pratiques subséquentes à un traité), le comportement des acteurs est en réalité déterminé – ou « contraint », dans un sens qui ne découle pas d'une obligation juridique – par différents types de causes¹⁶⁴. Certaines peuvent être politiques, sociologiques ou psychologiques¹⁶⁵. D'autres sont inhérentes au système juridique et intéressent plus particulièrement les théoriciens du droit. En ce sens, selon la définition proposée par V. Champeil-Desplats et M. Troper, « [l]a contrainte juridique est une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère »¹⁶⁶. Selon cette vision, le système juridique (pris comme un fait) impose à l'acteur-interprète de tenir compte de la position des autres, des pouvoirs qu'ils tirent de l'ordre juridique (et donc de leurs réactions potentielles) et plus généralement des normes et de leurs interactions susceptibles d'intervenir comme données de l'équation le poussant vers une interprétation plutôt qu'une autre¹⁶⁷.

33. En second lieu, la théorie réaliste et ses implications amènent à formuler plusieurs remarques directement liées au fonctionnement du droit international et à ses procédés de création normative. D'une part, elles présentent des aspects fort séduisants pour les internationalistes dans la mesure où elles permettent de mettre en lumière les spécificités de

¹⁶⁴ Le problème peut être schématisé en recourant à la différence entre les « règles d'un jeu » et les « contraintes dans le jeu ». Un joueur d'échec peut disposer d'une palette de plusieurs coups autorisés par les règles du jeu. Cependant, un seul peut lui éviter une défaite. Il est alors contraint par le jeu – il dira qu'il n'a pas le choix –, en raison de la position et des possibilités de son adversaire, tout ceci découlant des coups précédents, v. V. Champeil-Desplats, M. Troper, « Introduction », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-LGDJ, 2005, pp. 2-3.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 2 : « [l]es théories réalistes qui se sont développées aux États-Unis au milieu du XX^e siècle ont ainsi invité à prendre en compte des facteurs sociologiques ou psychologiques pour expliquer et prévoir les décisions des juges, depuis leur appartenance religieuse, jusqu'à la qualité de leur petit-déjeuner ».

¹⁶⁶ V. Champeil-Desplats, M. Troper, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *ibid.*, p. 12.

¹⁶⁷ V. Champeil-Desplats, M. Troper, « Introduction », *ibid.*, p. 3.

leur objet d'étude¹⁶⁸. Le droit international est peu formaliste ; ses sujets primaires sont des États souverains qui entretiennent des relations de pouvoir ; chacun est libre d'apprécier pour lui-même sa situation juridique. Dans ce contexte, les normes se déterminent au sein d'un flot d'interprétations unilatérales concurrentes, c'est un droit « en situation » diraient certains¹⁶⁹. Autrement dit, dans la société internationale, le « processus normatif » se présente comme un processus ouvert auquel s'agrègent un ensemble de comportements étatiques susceptibles d'être analysés en tant que prétentions interprétatives ou modificatives ou comme réactions à celles-ci¹⁷⁰.

Il faut toutefois reconnaître, d'autre part, que certains des intérêts de la théorie, notamment ceux liés aux deux sources principales de régulation herméneutique, se diluent dans l'indétermination globale générée par la nature propre de l'ordre juridique international. D'un côté, les relations interétatiques (cas de l'habilitation d'un tiers impartial excepté) sont marquées par l'absence d'interprète authentique (ou inversement par la reconnaissance à tous les États de cette qualité)¹⁷¹. En principe, la concurrence entre les interprétations au sein du processus normatif ne se résout donc pas par l'habilitation d'un acteur à émettre une interprétation objectivement valide pour les autres. Le problème se pose en termes d'opposabilité : l'interprétation authentique d'une règle qui les lie est en réalité celle sur laquelle

¹⁶⁸ D. Alland, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, vol. 55, 2012, n° 1, spéc. pp. 85-90. Sur ce point, l'auteur renvoie aussi à P. Brunet, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *RGDIP*, vol. 115, 2011, n° 2, pp. 311-327. Pour un aperçu des grands traits de l'herméneutique non-positiviste moderne, v. R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 80-121.

¹⁶⁹ V. not. A. Papaux et É. Wyler, « Le droit international public libéré de ses sources formelles : nouveau regard sur l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice », *RBDI*, vol. 46, 2013, n° 2, pp. 525-584, qui soulignent, en poussant la logique réaliste, que les normes se révèlent dans les cas et non dans leurs sources formelles (par analogie le mot n'est pas la chose ou encore la carte n'est pas le territoire). Lorsqu'ils sont nombreux et constants, ces cas révèlent des *social patterns* permettant de connaître la norme. Les auteurs procèdent alors à une inversion de la lecture de l'article 38 du Statut de la CIJ.

¹⁷⁰ Dans cette étude, on se focalise sur un « processus normatif » procédant de la recherche délibérée par les États de la production, en vertu de règles secondaires, de certains effets sur la définition, l'interprétation ou l'évolution du droit international. On ne nie pas, pour autant, qu'il existe dans les rapports internationaux d'autres « processus normatifs » *largo sensu* impliquant des comportements sous-tendus par l'intention d'obtenir certains effets de droit ; processus éventuellement ouverts à d'autres acteurs que les États et les organisations internationales et débouchant sur l'adoption d'instruments de *soft law* ou recourant à la technique du « standard ». Sur ce point, on peut par ex. renvoyer à l'étude récente de L. Chercheneff, *L'influence des standards financiers sur l'architecture du droit international public*, Thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2018, 547 p.

¹⁷¹ V. les remarques de D. Alland, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *op. cit.*, pp. 90-93. Avant la diffusion de la théorie réaliste, S. Sur avait déjà démontré que l'interprétation du droit international était essentiellement distribuée et multiforme, quel que soit le stade analysé du processus normatif (de l'élaboration de la règle à son application, sa modification ou sa terminaison), et constituait dès lors un élément d'incohérence de l'ordre juridique international, v. *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974, x-449 p.

les États s'accordent explicitement ou dans leur pratique respective. D'un autre côté, et pour les mêmes raisons, il est plus difficile en droit international que dans tout autre ordre juridique de séparer les contraintes spécifiquement juridiques des contraintes qui ressortissent aux domaines politiques ou sociologiques. Un comportement étatique peut en effet trouver des causes politiques et juridiques multiples. Le recours à la théorie des contraintes (même « juridiques ») comporte ainsi le risque de tomber dans une métaphysique de la causalité générale¹⁷². Cela dit, le constat demeure le même. Le processus normatif international se compose d'un ensemble de comportements tous révélateurs d'interprétations unilatérales ayant un effet plus ou moins déterminant sur l'énoncé ou le fait signifié. Or, à cet égard, les États se trouvent à tout le moins contraints par le système à en rechercher l'opposabilité et, dès lors, à formuler des justifications qui s'inscrivent au sein de marges d'appréciation « raisonnables » des énoncés ou faits pertinents s'ils espèrent obtenir le consentement des tiers. En somme, la théorie réaliste apparaît utile pour éclairer la pertinence des comportements unilatéraux à l'égard du processus normatif, en mettant en lumière des pistes de réflexions quant à leurs causes, leurs fonctions ou leurs justifications, bien qu'elle n'en donne pas, à elle seule, les clés pour en expliquer la dialectique relativiste.

34. Intérêts des typologies des normes – Devant une telle masse indifférenciée de significations normatives émises par les États, le découpage du genre en différentes espèces par la doctrine peut être opéré de bien des manières. À cet égard, il faut tenir compte d'au moins deux critères : la pratique des acteurs d'un côté et l'utilité descriptive du découpage du point de vue de la systématisation théorique souhaitée de l'autre. En ce sens, si l'on s'intéresse à l'objet des comportements unilatéraux étatiques et plus largement aux intentions normatives de leurs auteurs, il est possible de renvoyer à une typologie largement acceptée des normes, que l'on ne discutera pas plus, qui consiste à distinguer entre celles ayant une vocation prescriptive (qui obligent ou interdisent), permissive (par l'octroi de facultés légales) ou habilitative (par l'octroi du pouvoir d'adopter des actes opposables à d'autres sujets)¹⁷³.

¹⁷² D. Alland, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *op. cit.*, p. 94.

¹⁷³ V. not. A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 406 s'inspirant de la théorie kelsénienne ; J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.* p. 752 ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 19. La conceptualisation des normes habilitatives fut récemment renforcée par l'ouvrage de G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, *op. cit.* Une telle typologie peut encore être approfondie en fonction des cas offerts par la pratique et si le besoin théorique s'en fait sentir. Bobbio reconnaît ainsi l'existence de normes « attributives » (celles qui attribuent, par exemple, à certaines personnes données la faculté de s'asseoir à certaines places réservées dans les transports en commun) ou de normes « constitutives » qui ont lorsqu'elles sont énoncées un effet performatif (hypothèse, par exemple, de l'abrogation ou de la nomination d'une personne à une fonction). V. N. Bobbio, « La norme »

35. Les normes peuvent également être distinguées les unes des autres selon leurs divers degrés de force obligatoire. Les internationalistes sont à ce titre familiers de la distinction schématique entre le droit « dur » (*hard law*) et le droit « mou » (*soft law*)¹⁷⁴. Cependant, ce n'est pas là l'objet de l'étude. Celle-ci porte sur l'analyse des modes unilatéraux de production du droit et se situe dès lors en amont de la question de la valeur (ou de la « force normative » pour recourir à un concept en vogue¹⁷⁵), plus ou moins dure ou molle, du produit d'un processus normatif donné.

36. En revanche, lorsqu'il s'agit de traiter une question liée à la formation du droit, il est utile de se référer à la typologie qui consiste à distinguer selon les fonctions des normes au sein d'un système juridique. Une grande partie de la doctrine, inspirée en la matière par les propositions de Hart, différencie ainsi les normes « primaires » des normes « secondaires ». Les premières visent à régir directement la conduite des sujets de l'ordre juridique dont elles ressortissent en déterminant pour eux des modèles de comportement ou des marges d'action plus ou moins strictes. Les secondes, qu'on appelle aussi « normes (ou règles) constitutives », sont des normes de procédure qui organisent les modalités de production, d'extinction, de modification ou de sanction des normes primaires¹⁷⁶. De ces normes secondaires, considérées

(1980), in N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, Paris, Bruylant-LGDJ, 1998, spéc. pp. 124-133. Mais l'effet des actes juridiques n'est pas toujours assimilable à la création d'une norme, v. *infra*, § 45.

¹⁷⁴ On peut rappeler la controverse entre les partisans d'un « seuil » de normativité et les adeptes d'un « dégradé normatif ». Pour les premiers, v. not. P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, vol. 86, 1982, n° 1, pp. 5-47 ; pour les seconds, v. not. A. Pellet, « Le "bon droit" et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 465-493. Plus généralement, sur le « *soft law* », v. par ex. R. Kolb, *Théorie du droit international*, *op. cit.*, pp. 202-207 ; J. Cazala, « Le *soft law* international : entre inspiration et aspiration », in I. Hachez et al., *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthémis, 2012, vol. 1, pp. 17-55 et d'autres contributions relatives à la théorie des sources du droit et du *soft law* dans le volume 4 ; G. Abi-Saab, « Éloge du "droit assourdi" : quelques réflexions sur le rôle de la "*soft law*" en droit international contemporain », in G. Abi-Saab, M. Kohen, M. Langer, *Le développement du droit international : réflexions d'un demi-siècle*, Paris, PUF, 2013, vol. 1, pp. 137-144 ; F. A. Cardenas Castañeda, « A Call for Rethinking the Sources of International Law: "Soft Law" and the Other Side of the Coin », *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 13, 2013, pp. 355-403.

¹⁷⁵ Sans se limiter au champ du droit international, quant à l'ensemble des éléments internes et externes à la norme (les caractéristiques de sa « source », sa portée pour ses destinataires et les garanties fournies par le système juridique) qui lui attribueraient une certaine « force », on ne peut que renvoyer à l'ouvrage dirigé par C. Thibierge, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ-Bruylant, 2009, xiii-891 p.

¹⁷⁶ V. par ex., J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 755 ; P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 12-13 ; N. Bobbio, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, pp. 159-173, not. p. 165 : « [c]e qui caractérise la distinction entre normes primaires et normes secondaires, dans toutes les acceptions, est le fait de reconnaître (et d'aucuns vont jusqu'à le considérer comme étant le propre de l'ordre juridique) des normes dont l'existence est justifiée *parce qu'elles se réfèrent à d'autres normes* », italique de l'auteur. Pour les définitions et explications de H. L. A. Hart, v. *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint Louis, 1976, p. 105 et pp. 119-125. L. Duguit distinguait quant à lui les

comme inhérentes à l'existence d'un système juridique complexe, découlent ainsi l'existence et le fonctionnement des procédés de production du droit¹⁷⁷.

37. Existence objective des normes secondaires relatives aux modes de production du droit – Les règles que l'on situe au fondement de cette étude sont celles ayant vocation à déterminer les conditions de formation du droit international, celles que les États doivent suivre afin de générer des normes nouvelles. Chaque système juridique dispose pour ce faire de son propre ensemble de règles secondaires de création. En ce sens, Virally soulignait que :

« [l]e problème de la formation du droit est essentiel à tout ordre juridique puisqu'il s'agit de la constitution de sa propre substance. Ainsi, chaque ordre juridique dispose-t-il de son propre système de sources – de modes de formation du droit – qu'il détermine lui-même : l'ordre juridique est un système auto-régulé »¹⁷⁸.

Dès lors, pour qu'un mode de production de normes existe, et *a fortiori* pour que les concepts qui le constituent soient reconnus au sein d'un système donné, celui-ci doit prévoir les règles secondaires qui ont pour rôle de les définir. L'existence de telles règles apparaît comme une nécessité logique, tout comme les règles d'un jeu sont inhérentes au système qu'elles instituent. Celles-ci ont pour fonction de donner des noms et d'attribuer à certains événements des conséquences déterminées au préalable. Le droit est ainsi construit comme un système d'attribution de sens à des éléments factuels qui lui sont à l'origine extérieurs. Hart illustre cette idée en recourant à l'exemple de la promesse :

« règles constitutives » et les « règles normatives », v. *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. Boccard, 3^{ème} éd., 1927, pp. 106-108. Il a par ailleurs inspiré G. Scelle qui distinguait dans le même sens le « droit normatif » et le « droit constructif », *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, t. 1, 1932, pp. 14-15. D. de Béchillon a également opté pour une distinction entre les « normes de conduite » et les « normes de structure ». Par ces dernières, « l'État organise le système juridique, il régent la production ou la sanction du Droit. Il distribue les pouvoirs juridiques et chapeaute la fabrication des normes », *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, pp. 54-55.

¹⁷⁷ Hart reconnaissait, parmi la catégorie des règles secondaires, les règles de reconnaissance, les règles sur la création et les règles d'application ou de sanction du droit. Dans le prolongement de cette typologie, Bobbio considère que, par opposition aux systèmes simples ou primitifs composés essentiellement de normes primaires, les « systèmes complexes » sont ceux qui comportent des normes secondaires relatives à la sanction et d'autres relatives aux procédés de production, v. « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *op. cit.*, not. pp. 167-168. Mais contrairement à Hart, l'auteur voit dans le droit international un système complexe. Certains internationalistes se sont attachés à déconstruire la position, assez lacunaire en réalité, de Hart sur cette question. V. par ex. C. Leben, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées. Recherche sur les sanctions internationales et l'évolution du droit des gens*, Bruxelles, Bruylant, 1979, pp. 74-80 ; P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000) », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 74-77.

¹⁷⁸ M. Virally, « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 183, 1983, p. 167. V. aussi, « Le phénomène juridique », *op. cit.*, p. 48 : l'ordre juridique « ne se contente pas de réglementer les comportements individuels ; il procède en même temps à une définition et à une distribution rationalisée des rôles sociaux, dont certains sont très spécifiques, par la place qu'ils occupent dans l'ordre juridique lui-même. C'est le cas, en particulier, des rôles de création et d'application des normes juridiques ».

« [p]romettre consiste à dire quelque chose qui crée une obligation à la charge du promettant : pour que ces mots aient ce type d'effet, il doit exister des règles qui disposent que si certains mots sont employés par les personnes appropriées en des circonstances appropriées (...), ceux qui utilisent ces mots seront obligés d'accomplir ce qu'ils ont visé »¹⁷⁹.

Les règles secondaires (ou constitutives) sont ainsi la condition en même temps que les garantes de l'existence d'un procédé de production du droit. Les acteurs – ici les États – habilités à produire des normes (ou « libres de » le faire, ce qui ne change pas le résultat quelle que soit la conception fondamentale adoptée¹⁸⁰) sont par conséquent tenus, le cas échéant, de s'y conformer.

La conséquence de ce constat est que les règles constitutives portant sur les modes de production ont une existence objective et opposable à tous les acteurs. Elles ne sont en rien affectées par l'inexistence d'une autorité centralisée ni plus généralement par le relativisme du droit international, qui ne joue qu'au niveau des règles primaires. L'affirmation trouve dans la pratique différentes preuves empiriques. Si l'on prend, par exemple, l'hypothèse d'un contentieux relatif à l'existence et au sens d'une promesse formulée par un État à l'endroit d'un ou plusieurs autres, on constate que la règle constitutive sur le mode de production du droit ne peut faire l'objet de prétentions qui viseraient à en court-circuiter la mise en œuvre. Ainsi, dans l'affaire des *Essais nucléaires* (1974), le fait qu'aucune des parties à l'instance ne voyait dans les déclarations françaises un acte contraignant n'a pas empêché la CIJ de constater l'existence d'une promesse. Le concept comme sa conséquence existent donc en dehors de la volonté souveraine des États et la Cour a profité de l'affaire pour en déterminer les éléments constitutifs, en se faisant en quelque sorte la « bouche de la règle secondaire » non écrite (même si on peut éventuellement relativiser certains des aspects de ses affirmations compte tenu de la pratique ultérieure). De la même manière, la pratique tend à montrer que la transformation d'une règle secondaire par un groupe d'États ne peut valoir à l'égard des tiers. Libre à certains de s'accorder entre eux sur un nouveau procédé de production du droit (on pense notamment à la création d'une organisation internationale dotée du pouvoir d'adopter du droit dérivé contraignant pour ses membres). Le résultat ne peut cependant pas être opposé aux tiers. Un traité (ou l'acte d'une organisation) qui tenterait ainsi d'imposer à des États non parties (ou non membres) certaines obligations ne peut déployer ses effets à leur égard que

¹⁷⁹ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 62.

¹⁸⁰ On reviendra sur les deux conceptions traditionnelles du pouvoir de l'État et du domaine de ses compétences, v. *infra*, § 131.

dans l'hypothèse où ils l'auraient explicitement accepté ou à raison d'un phénomène politique autoritaire¹⁸¹.

Le caractère objectif de ces règles secondaires relatives aux modes de production du droit international permet ainsi de partir à la recherche d'une systématisation de leurs contenus. Or, de ces règles découle la possibilité pour les États de générer du droit nouveau par des procédés complexes et étalés (la coutume) et d'autres plus ponctuels et volontaires, que la doctrine essentiellement européenne et parfois les juridictions qualifient d'actes juridiques.

C. Le point d'ancrage de l'étude dans la science du droit : la notion d'acte juridique

38. L'acte juridique est régulièrement défini d'une manière très schématique en tant que manifestation de volonté destinée à produire conformément à celle-ci des effets de droit¹⁸². Trois éléments classiques s'articulent ainsi les uns aux autres : une manifestation de volonté, des effets de droit et un certain lien entre les deux. Chacun peut néanmoins être analysé sous des angles variés¹⁸³. Ainsi, « [d]ans la vaste demeure du droit, souligne J. Combacau, l'acte juridique occupe une pièce obscure, et l'on y entre plus aisément qu'on n'en ressort. (...) »

¹⁸¹ M. Virally, « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 198, où l'auteur évoque certaines décisions historiques des conseils de puissances générant des situations de fait importantes et potentiellement irréversibles : « [c]ette situation de fait ne se transformera en situation de droit, comportant des droits et des obligations de droit international pour d'autres États, que par les modes habituels de formation du droit, notamment le traité, ou la reconnaissance, ou la tolérance (résultant parfois de l'impuissance à modifier le fait accompli, et de la résignation) ». Sur le caractère objectif des règles secondaires de production du droit, il convient aussi de renvoyer au raisonnement très étayé de F. Poirat dans sa thèse dactylographiée (et non sa version publiée dans laquelle le passage n'apparaît plus), *Le traité comme acte juridique international. Essai de décomposition de la notion d'acte*, thèse Paris II, 1997, vol. 1, pp. 49-61 et plus généralement tout le Titre 1, pp. 20-108.

¹⁸² V. par ex. A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 4 : « manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit » ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2018, p. 19 : « [o]pération juridique (*negotium*) consistant en une manifestation de la volonté (publique ou privée, unilatérale, plurilatérale ou collective) ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique (établissement d'une règle, modification d'une situation juridique, création d'un droit, etc.) » ; J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 31 : « [m]anifestation de volonté ayant pour but de produire un effet juridique ».

¹⁸³ La littérature qui a le plus influencé ces pages est celle qui est citée dans les notes suivantes, auxquelles on peut not. ajouter : L. Duguit, « Théorie générale de l'acte juridique », *RDP*, vol. 36, 1919, pp. 313-337 ; du même auteur, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 316-367 ; J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, contribution à une théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p. ; P. Reuter, « Principes de droit international public », *op. cit.*, pp. 531-582 ; J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.* ; M.-L. Mathieu-Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, 499 p. ; B. Seiller, « Acte administratif (I – Identification) », *Dalloz – Répertoire de contentieux administratif*, janvier 2010, n° 26 ; A.-L. Girard, *La construction historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Paris, Dalloz, 2013, x-620 p.

chaque spécialité adapte à ses besoins à elle un instrument conceptuel emprunté au fonds commun du droit »¹⁸⁴. L'avertissement permet de garder à l'esprit la nature purement abstraite de la notion. Si les acteurs du droit positif peuvent adopter dans leur pratique des actes juridiques, la notion, elle, constitue d'abord un outil scientifique. Par conséquent, son utilisation par les chercheurs emporte avec elle le risque de tomber dans le piège de la confusion épistémologique. Les besoins de chaque spécialité ne sont pas les mêmes et ne se situent pas nécessairement à un même niveau de recherche systématique. C'est donc sa fonction qu'il faut identifier (1) avant de préciser les éléments essentiels de sa définition du point de vue de la science du droit (2).

1. Les fonctions de la notion

39. *L'acte juridique comme outil du droit positif et/ou comme outil de la science du droit* – Deux situations sont à distinguer lorsqu'on recourt à la notion d'acte juridique. En premier lieu, elle peut renvoyer par assimilation aux actes prévus et déterminés par le droit positif, qu'il s'agisse d'une catégorie d'actes donnée (les contrats, les actes de l'administration, *etc.*) ou d'une catégorie à vocation englobante destinées à en régir plusieurs espèces. En ce dernier sens, par exemple, une ordonnance du 10 février 2016 introduit une nouvelle série d'articles dans le Code civil français selon lesquels « [l]es obligations naissent d'actes juridiques (...) » (article 1100) ; ces derniers « sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux » (article 1100-1, alinéa 1^{er}) ; « [i]ls obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats » (article 1100-1, alinéa 2). Dans ce genre de cas, la réflexion portant sur la notion d'acte juridique ne peut avoir lieu que dans le vase clos du système dans lequel le chercheur se place. Le sens et le régime de la catégorie dépendent logiquement de la norme secondaire qui l'institue en mode de production du droit. Si tous les éléments n'y apparaissent pas suffisamment clairement, alors l'analyse doctrinale se fondera sur la pratique des acteurs du système pour les préciser. La définition et le régime ainsi « peaufinés » ne peuvent dans cette hypothèse s'écarter des jalons initialement posés par la norme secondaire de référence. L'acte juridique apparaît dès lors comme un outil déterminé par le droit positif.

En second lieu, la notion peut être utilisée comme outil de réflexion façonné par la science du droit. Dans ce cas, le raisonnement ne se situe pas dans un rapport de

¹⁸⁴ J. Combacau, « L'acte juridique – Ouverture », *Droits*, vol. 7, 1988, p. 3.

détermination à l'égard d'une règle secondaire donnée. Au contraire, il la prend (elle ou plusieurs d'entre-elles) pour objet d'étude en ce sens qu'il vise à décrire le jeu des règles objectives qui nomment et déterminent le régime des comportements factuels des sujets aptes à créer du droit. La notion est alors plaquée *a posteriori* sur le droit positif pour systématiser du point de vue de la science du droit une catégorie de mode(s) de production ou plusieurs, au sein d'un seul système déterminé par des règles secondaires ou de plusieurs, selon les choix et la démarche privilégiés par les chercheurs. Dans ce cas, l'acte juridique est le fruit d'une pure conceptualisation en tant qu'il constitue une catégorie *sur* le droit, et non *du* droit, dont l'objet est d'offrir une systématisation acceptable et utile des éléments communs à l'ensemble des procédés considérés. C'est en ce sens que G. Rouhette a pu affirmer « [o]n ne doit pas dire : l'acte juridique est ceci ou cela mais : par acte juridique j'entends ceci ou cela »¹⁸⁵. Et c'est d'ailleurs aussi pour cette raison, a-t-il souligné, que les anglo-saxons ne connaissent pas la notion ; elle n'apparaît ni dans leur droit positif, ni dans leurs constructions théoriques¹⁸⁶.

Cette distinction emporte au moins trois types de conséquences. D'une part, la transposition de la notion d'un système à l'autre apparaît plus que périlleuse et implique de tenir compte de ces deux registres de réflexion. L'idée transparaît dans les mots de J.-P. Jacqué :

« [L]a théorie de l'acte juridique, même si la notion est commune aux différents systèmes juridiques, ne peut être saisie *in abstracto*, elle s'insère dans un ordre juridique. (...) Pour qu'un acte juridique puisse accomplir sa fonction, il faut qu'il tire sa validité formelle et matérielle de l'ordre juridique existant. Il n'existe pas de théorie des actes sans théorie de la validité »¹⁸⁷.

Par conséquent, il ne faut pas s'y tromper, toute réflexion consistant à tirer des éléments d'un autre ordre de référence (par exemple le droit international) pour concourir à la définition d'une catégorie du droit positif d'un autre (comme celle posée en droit civil français) reposerait sur des bases logiques incorrectes, quand bien même le résultat serait similaire¹⁸⁸.

¹⁸⁵ G. Rouhette, « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents », *Droits*, vol. 7, 1988, p. 29.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public », *RCADI*, vol. 227, 1991, p. 369.

¹⁸⁸ Par ex. dans sa thèse, B. Moron-Puech évoque la jurisprudence internationale pour démontrer que l'élément volontaire de l'acte juridique devrait être envisagé dans une perspective objective (comme construction du droit) et non subjective (fondée sur l'intention réelle du sujet). Sa démarche consiste cependant à préciser la définition d'une catégorie déterminée par le Code civil français. Le résultat apparaît *in fine* cohérent (la pratique française suit une logique objective) mais le raisonnement consistant à évoquer la jurisprudence internationale est périlleux. C'est comme si un comparatiste affirmait « telle règle du droit français devrait être analysée de telle manière car la jurisprudence allemande va en ce sens ». V. *Contrat ou acte juridique. Étude à partir de la relation médicale*, thèse Paris 2, 2016, not. pp. 127-128.

D'autre part, en l'absence de norme constitutive instituant l'acte juridique comme concept du droit positif, ou si l'on ne recourt pas à la notion dans un cadre de réflexion purement dogmatique en l'assimilant à un certain mode de production donné, alors on ne peut poser de définition *a priori* de celle-ci. Si, du point de vue de la science du droit, on était amené à poser une définition catégorique, dans le vide, sans d'abord tenir compte des divers procédés spécifiques qu'elle pourrait englober, le risque serait de suivre une démarche faussement déterminante. Par exemple, dire que tout acte juridique est nécessairement normateur (comme l'ont fait C. Eisenmann dans ses *Cours de droit administratif* ou J.-P. Jacqué dans ses premiers écrits¹⁸⁹) aboutit à jeter dans l'ombre de l'analyse ceux qui en pratique ne le sont pas tout en ayant d'autres types d'effets juridiques¹⁹⁰. Dans la même veine, en droit international, dire qu'est acte juridique unilatéral celui qui crée des obligations de manière purement autonome a un effet faussement déterminant sur un mode de production par nature indéterminé et entraîne le rejet en dehors de la catégorie de tous ceux qui n'ont pas cette qualité selon la grille de lecture décidée. Dans ce genre de raisonnement, c'est l'observateur qui pallie l'indétermination de la règle secondaire en posant une affirmation arbitraire du type suivant : « selon telle définition adoptée, tels comportements constituent des actes juridiques unilatéraux ; les autres dépendent du droit des traités ou du droit coutumier ».

Enfin, troisième conséquence, qui constitue le corollaire de la précédente, lorsqu'on traite de l'acte juridique en tant que pur élément de la science du droit, comme notion sur le droit, sa définition devient malléable. On revient en effet dans le seul domaine des théories scientifiques ; toute énonciation d'une définition a valeur de description, ni vraie ni fausse, et reste susceptible de précision constante, dans une perspective phénoménologique, au gré des cas observés qu'elle tend à englober. C'est encore une fois l'utilité et la puissance explicative de la théorie aux fins d'une représentation systématique qui doivent guider son élaboration. C'est aussi pour cette raison que la définition livrée peut varier selon les différentes systématisations empiriquement équivalentes choisies.

¹⁸⁹ Cette prise de position revient fréquemment et structure la pensée de C. Eisenmann à bien des égards dans ses *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, t. 1, par ex. p. 375 et 1983, t. 2, par ex. p. 512. C'est aussi la position de J.-P. Jacqué dans *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, par ex. p. 26, p. 52 ou p. 70 ; ainsi que dans « L'acte juridique : réflexions d'un internationaliste », *op. cit.*, p. 95. L'auteur reconnaît toutefois par la suite avoir été trop influencé par les thèses normativistes et considère que tous les actes juridiques ne sont pas nécessairement normateurs, « Acte et norme en droit international public », *op. cit.*, p. 383.

¹⁹⁰ C'est le reproche formulé par plusieurs auteurs, dont P. Amselek ou J. Combacau, qui considèrent qu'il existe des actes juridiques non normateurs, v. *infra*, § 45.

40. Les différentes fonctions descriptives de la notion – Lorsque l'on se place dans le domaine de la science du droit, l'utilisation de la notion d'acte juridique aux fins de représentation des procédés de production du droit peut intervenir de deux façons distinctes. Dans un premier cas, l'acte juridique peut être assimilé à un mode de production donné, autrement dit à l'ensemble du processus aboutissant à la constitution d'une norme. C'est la logique vers laquelle tendent ceux qui optent pour une définition de l'acte juridique comme nécessairement normateur. Une telle conception de l'acte comme produit d'une opération complexe (un « acte-opération juridique » ou « acte juridique complet » dirait C. Eisenmann¹⁹¹) empêche de considérer que ses éléments constitutifs, pris isolément, puissent eux-mêmes être définis comme des actes juridiques ; ils ne seraient que des fragments d'acte¹⁹². On voit ainsi apparaître le lien entre une théorie normativiste des actes juridiques et la considération, comme ce fut le cas dans la thèse d'E. Suy, que seuls des actes purement autonomes puissent en droit international être qualifiés d'actes juridiques unilatéraux¹⁹³.

Selon une seconde représentation, plus détachée des thèses normativistes, certains modes de formation du droit peuvent être vus comme constitués d'une série d'actes juridiques ayant chacun une valeur et un régime propres. À ce propos, comme l'a souligné J. Combacau, il est certes permis de considérer que le produit fini d'une opération assure à l'ensemble de la procédure sa signification structurelle, « mais, s'interroge-t-il, en quoi l'analyse juridique devrait-elle méconnaître l'autonomie des effets opératoires propres à chacun des moments de l'opération globale, et lui refuser la qualité d'acte juridique à laquelle elle a un titre égal ? »¹⁹⁴. L'exemple du traité international illustre parfaitement cette idée. L'auteur précise ainsi sa pensée dans une note en ces termes :

« [c]onsidérer exclusivement le processus conventionnel comme une opération unique dont l'adoption, l'authentification, l'acceptation par les États, etc., ne sont que des éléments conjoints (chacune de ces opérations ou parties d'opération comportant elle-même un ensemble de « gestes » qu'on refuse d'analyser comme des actes spéciaux), c'est finalement réduire les effets légaux des opérations conventionnelles à l'effet du traité lui-même pour les États parties et négliger les effets, intermédiaires ou définitifs et souvent étrangers au mécanisme conventionnel, qu'engendre chacune des phases conduisant à leurs acceptations individuelles ; c'est aussi, bien sûr, refuser de tenir compte de l'effet opératoire propre de l'acte d'acceptation : la ratification, p. ex., est l'acte-condition par lequel *s'opère* l'acquisition du statut de partie au traité, tel qu'il est défini par des règles qui ne résultent ni de cet acte ni du traité lui-même »¹⁹⁵.

¹⁹¹ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, t. 1, p. 400, ou t. 2, pp. 186-187.

¹⁹² J. Combacau, « L'acte juridique – Ouverture », *op. cit.*, p. 9.

¹⁹³ Pour une présentation et une critique de la théorie des actes unilatéraux autonomes, v. *supra*, §§ 15-16.

¹⁹⁴ J. Combacau, « L'acte juridique – Ouverture », *op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁵ *Ibid.*, note 18, italique et abréviations de l'auteur.

Pareille réflexion sur la fonction descriptive de la notion d'acte juridique ouvre alors la voie vers une théorie de « l'acte complexe », que J. Moreau a pu définir comme un :

« ensemble d'actes juridiques dont chaque élément conserve sa propre individualité, mais dont les liens qui les unissent sont tels que leur somme constitue un « ensemble », doté d'un régime juridique spécifique. L'acte complexe se caractérise donc par la multiplicité des éléments qu'il englobe et par l'unité qu'il crée »¹⁹⁶.

On voit bien qu'entre « l'acte-opération » évoqué par C. Eisenmann d'un côté et la théorie de « l'acte complexe » de l'autre, il existe une certaine proximité, sinon une certaine équivalence empirique dans la description utile de modes de formation des normes. Néanmoins, la seconde approche offre plus de flexibilité et de précision à la science du droit, lui permettant à la fois de prendre en compte une plus grande diversité d'espèces d'actes juridiques tout en envisageant les différentes interactions susceptibles de les lier les uns aux autres, surtout lorsqu'ils interviennent au sein de processus normatifs peu déterminés. C'est par ailleurs cette démarche qui semble aujourd'hui la plus favorisée par les éléments admis de définition de la notion d'acte juridique.

2. Les éléments de définition de la notion dans la science du droit

41. *Fondements philosophiques : les actes juridiques envisagés comme des actes de langage* – Un certain nombre de théoriciens du droit s'inspirent depuis au moins quatre décennies de la philosophie des actes de langage (ou des actes de parole) pour approfondir leur définition de la notion d'acte juridique¹⁹⁷. Selon une telle approche, inspirée principalement par les écrits d'Austin et Searle, les actes de langage doivent être envisagés du point de vue de leur auteur comme de véritables actes d'action¹⁹⁸. Ils constituent en ce sens des énoncés « performatifs » destinés à influencer sur l'environnement social du locuteur. Pour

¹⁹⁶ J. Moreau, « À la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public français », *Droits*, vol. 7, 1988, p. 75. Dans une logique similaire mais moins explicite, certains ont utilisé l'expression « opération à procédure », comme P. Reuter, *Droit international public*, Paris, PUF, 5^{ème} éd., 1976, p. 167 ou J. Combacau, *Le droit des traités*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1991, p. 106. V. aussi P. Reuter, « Traités et transactions, réflexions sur l'identification de certains actes complexes », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de R. Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. 1, pp. 399-415.

¹⁹⁷ V. not. C. Grzegorzczuk, « Le rôle du performatif dans le langage du droit », *APD*, vol. 19, 1974, pp. 229-241 ; G. A. Legault, *La structure performative du langage juridique*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977, 524 p. ; P. Amselek, Z. Bankowski, J. Bouveresse, G. Cornu (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, 252 p. ainsi que les références citées dans les notes suivantes.

¹⁹⁸ V. J. L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, trad. G. Lane, Paris, Seuil, 1991, 202 p. (publié en 1962 sous le titre *How to Do Things with Words*) ; J. R. Searle, *Les actes de langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, Paris, 2008, 261 p. (publié en 1968 sous le titre *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*) ; P. Bourdieu, *Ce que parler veut dire*, Fayard, Paris, 1982, rééd. 1995, 244 p. ; B. Ambroise, *Qu'est-ce qu'un acte de parole ?*, Paris, J. Vrin, 2008, 128 p.

en identifier tous les aspects, la théorie décompose ces actes selon trois fonctions distinctes. La *fonction locutoire* correspond au « dire » : la manifestation, le message signifiant exprimé par le locuteur. La *fonction illocutoire* renvoie au « faire » ou à l'action induite par la parole (l'affirmation, la qualification, le constat, la promesse, *etc.*). C'est là que se situe son effet pratique, dans le fait qu'il accomplit quelque chose qui modifie l'état du monde. La *fonction perlocutoire*, quant à elle, décrit la conséquence obtenue sur le récepteur, que le locuteur l'ait ou non effectivement prévue (comme le fait de rassurer ou effrayer un ami par sa promesse, ce qui peut dépendre du contexte, de la psychologie ou des rapports entre les interlocuteurs). Contrairement à l'effet illocutoire recherché, la perlocution n'est pas déterminée à l'avance par une règle systématisable ; sans connaître l'intention intime et la stratégie éventuelle du locuteur, il est difficile de constater si l'action souhaitée a réussi ou non¹⁹⁹.

42. Assimiler l'acte juridique à un acte de langage offre aux théoriciens du droit divers bénéfices. D'une part, cela permet de renseigner sur sa nature. L'acte juridique peut ainsi être appréhendé en tant qu'il constitue un acte de nature sociale doté d'une signification relevant de l'ordre juridique, en tant qu'il est un acte de langage spécifiquement juridique car institué par le droit. En ce sens, si l'on veut se représenter l'acte juridique, explique P. Amselek, il faut envisager « l'acte même accompli par son auteur en l'énonçant » et non seulement l'instrument (écrit ou oral) permettant de l'exprimer, sa procédure, ni même ce qui est simplement énoncé (son aspect strictement locutoire)²⁰⁰. Selon ce point de vue, il s'agit de « montrer par la parole »²⁰¹ que l'on prescrit certains effets de droit. C'est ainsi la fonction illocutoire de l'acte qui apparaît déterminante : ce que l'auteur « fait ». Une telle idée peut par exemple être illustrée aisément par l'image du Maire d'une commune qui déclare solennellement que deux individus sont mariés et qui par la même occasion accomplit l'opération ; ou encore par l'État qui nomme l'un de ses représentants auprès d'un État étranger ou d'une organisation

¹⁹⁹ On distingue ainsi « l'intention » et la « volonté ». La première est un élément de la seconde. L'intention correspond aux dispositions psychologiques, intimes, du sujet impliquant que son comportement est tourné vers les buts qu'ils se donnent. L'intention ne détermine ni l'effet illocutoire d'un acte (qui dépend, on le verra, d'une règle secondaire plus ou moins déterminée), ni son effet perlocutoire (qui dépend de facteurs sociaux et des dispositions psychologiques du récepteur). La volonté, quant à elle, correspond à la traduction de l'intention en un comportement effectif. Elle découle d'une « aptitude de fait à comprendre la portée d'un acte (conscience) et à se décider (...) ». On la rapporte alors à la volonté extériorisée, autrement dit à l'élément locutoire de l'acte de langage ou juridique. V. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 562 (« intention ») et p. 1084 (« volonté »). On trouve aussi la distinction dans le cours de M. Kamto, « La volonté de l'État en droit international », *RCADI*, vol. 310, 2004, p. 44 et, plus généralement, sur le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte juridique, pp. 40-54.

²⁰⁰ P. Amselek, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in P. Amselek (dir.), *La pensée de Charles Eisenman*, Paris, Economica, 1986, p. 45.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 46.

internationale. Cela dit, même si cela est moins visible, l'action existe aussi dans le fait de promettre, de refuser ou de reconnaître, qui modifie l'état d'une situation interactionnelle.

D'autre part, l'approche éclaire le fonctionnement des actes juridiques et notamment le schéma normatif duquel ils tirent leurs effets. Selon les enseignements de la philosophie du langage, l'effet illocutoire d'un acte découle du fait qu'une communauté attribue un sens à une certaine énonciation. Autrement dit, dans les termes de Searle, l'effet découle du jeu d'une règle constitutive se présentant sous la forme : « X vaut comme Y dans un contexte C » ; cette transformation de X en Y s'opère donc en raison de la reconnaissance sociale des membres de la communauté linguistique²⁰². Ainsi, comme pour les actions résultant d'actes de langage, l'acte juridique déploie son effet en vertu de la signification intersubjective qui lui est octroyée. L'idée est clairement exprimée par C. Grzegorzczuk :

« [p]ar ce côté significatif, ils sont susceptibles de compréhension, de communication et d'interprétation. Leur théorie globale, et donc leur définition complète, exigent en conséquence une double démarche : d'un côté la saisie de leur finalité (appelée explication intentionnelle comme opposée à l'explication causale des phénomènes physiques), et de l'autre la saisie de leur signification conventionnelle (appelée compréhension) »²⁰³.

Les deux critères évoqués (finalité intentionnelle et signification conventionnelle) impliquent, précise l'auteur, que comme pour les actes de langage il peut logiquement exister autant de types d'actes juridiques que le droit en institue comme tels, comme « significations intersubjectives » ; d'où « une certaine vanité à chercher une définition unique de l'acte juridique valable pour l'ensemble du droit »²⁰⁴.

43. La signification objective de la volonté instituée par le droit – Comparer l'acte juridique à un acte de langage permet de prendre du recul tout en renseignant sur le rôle tenu par la volonté dans sa définition et sur ce qui le distingue du fait juridique. Voir dans l'acte juridique un acte d'action socialement déterminé revient à admettre qu'il tire sa « signification conventionnelle » du droit objectif. Or, une telle représentation éclaire le concept de volonté à un double titre, relativement à son sens et à sa nature. Quant à son sens, d'abord, la manifestation de volonté, élément premier de l'acte juridique, peut être vue comme un acte intersubjectif d'autorité. Elle relève, selon P. Amselek, de l'exercice d'une fonction sociale de commandement (au sens large) instituée par le droit :

²⁰² B. Ambroise, *Qu'est-ce qu'un acte de parole ?*, op. cit., pp. 36-37.

²⁰³ C. Grzegorzczuk, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits*, vol. 7, 1988, p. 52.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 57.

« [d]es autorités expriment des commandements à des sujets en vertu d'une habilitation juridique, leur manifestant leur volonté de diriger leur conduite. (...) L'extériorisation de cet acte par du dire constitue un acte social d'autorité (...). C'est cet acte social de volonté que les auteurs classiques essayaient d'exprimer en parlant de « manifestations de *volonté* » »²⁰⁵.

C'est ainsi parce que le sujet est « habilité » par le droit objectif que sa volonté peut être assimilée à un acte de commandement. L'acte juridique n'intervient donc pas en l'air ou par la magie d'une volonté autonome et toute puissante²⁰⁶. Il opère en vertu d'un « droit-pouvoir », pour reprendre une expression de Virally²⁰⁷. En ce sens, parmi la catégorie des normes secondaires évoquée auparavant, il en existe un type particulier qui a pour fonction de régir les actes juridiques (qui organisent leur reconnaissance comme tels et leur permettent de déployer certains effets). Ces normes peuvent être envisagées, plus précisément, en tant que « normes d'habilitation ». En prenant pour référence la définition dégagée par G. Tusseau, celles-ci désignent un certain acteur et déterminent la procédure à suivre ainsi que le champ d'application (les sujets, les phénomènes ou activités, l'espace, la durée) et le champ de réglementation (le type d'effet pouvant être accompli) lui permettant d'adopter un certain acte juridique²⁰⁸. Or, dans un tel cadre théorique, l'expression « manifestation de volonté » correspond en réalité à une représentation (anthropomorphiste d'ailleurs, dans le cas d'un État

²⁰⁵ P. Amselek, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *op. cit.*, p. 47, italique de l'auteur, et p. 61.

²⁰⁶ On peut remonter sur ce point jusqu'à D. Anzilotti, *Cours de droit international public*, *op. cit.*, p. 339 : « [c]es manifestations de volonté (...) ne sont possibles et ne produisent des effets juridiques que dans la mesure où il existe un ordre juridique international : ici, comme toujours, vaut la règle que ce n'est pas la volonté comme telle qui produit des effets juridiques, mais que c'est le droit qui, étant donné une déclaration de volonté correspondant à certaines conditions, y rattache la naissance ou l'extinction de droits et d'obligations des sujets en cause ».

²⁰⁷ M. Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 92 : « [l']acte juridique est pris dans l'exercice d'un droit-pouvoir. Dès lors, les conséquences juridiques qui en résulteront dépendront à la fois de la nature spécifique de ce droit, telle qu'elle est déterminée par la norme qui l'a établie, et de l'utilisation qui en sera faite par son titulaire » ; v. aussi par ex. R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 191 : « [p]our qu'elle devienne du droit, la disposition du sujet doit être instituée en mode de production du droit par une règle de cet ordre ». L'auteur s'appuie par ailleurs sur un extrait de la décision rendue dans l'affaire de l'*Arabian American Oil Company (Aramco) c. Gouvernement de l'Arabie Saoudite* : « [i]l est certain qu'un contrat quelconque ne peut pas exister *in vacuo*, mais doit reposer sur un droit ; ce n'est pas une opération pleinement abandonnée à la libre volonté des parties. (...) La volonté ne peut engendrer un rapport conventionnel que si le droit dont elle relève lui en donne préalablement le pouvoir », SA du 23 août 1958, *Revue critique de droit international privé*, vol. 52, 1963, p. 312. L'approche est aussi progressivement reprise en droit privé, domaine dans lequel les auteurs sont longtemps restés attachés au mythe de l'autonomie de la volonté, v. par ex. P. Jestaz, « Une révolution inaperçue, à propos de l'acte juridique », *RTD civ.*, 2014, p. 67 ; B. Moron-Puech, *Contrat ou acte juridique. Étude à partir de la relation médicale*, *op. cit.*, spéc. pp. 126-147.

²⁰⁸ G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, spéc. pp. 306-308 pour une synthèse de la structure du concept de norme d'habilitation. On en reprend ici les quatre éléments, sur lesquels on reviendra *infra*, §§ 130 et s. Cependant, l'auteur considère qu'une habilitation a nécessairement pour objet le pouvoir de produire une norme alors que l'on considère que la définition est valable et constitue un outil adéquat pour décrire le fondement de tout type d'acte juridique.

ou d'une autre institution) de la « prétention d'un sujet à user d'un pouvoir » qui lui serait reconnu par une certaine règle objective ; les deux expressions sont en ce sens synonymes.

44. Quant à sa nature, ensuite, l'approche permet de mieux appréhender le débat classique entre conception subjective (ou réaliste) de l'acte juridique et conception objective. La première met en avant les intentions psychologiques réelles du sujet. La seconde, au contraire, envisage la volonté comme une construction du droit qui ne coïncide pas nécessairement avec les dispositions psychologiques de l'auteur de l'acte²⁰⁹. Or, à cet égard, si la théorie du droit inspirée de la philosophie du langage admet aisément que l'acte juridique tire sa valeur du droit objectif, il en découle assez logiquement que la reconnaissance par celui-ci des éléments factuels « valant comme » manifestations de volonté (*i.e.* par l'attribution de valeur effectuée par une norme d'habilitation) soient l'objet d'une reconstruction objective qui ne tienne pas compte des intentions intimes du sujet²¹⁰. Ainsi, la finalité juridique intentionnelle de l'acte s'analyse, elle-aussi, comme une « intention conventionnelle », c'est-à-dire admise objectivement comme telle dans l'ordre juridique²¹¹. L'idée transparait également des mots employés par A. Marie au seuil de son étude sur le silence de l'État :

« [L]e terme doit alors être bien compris. La manifestation de la volonté est essentielle dans la théorie de l'acte juridique, non pas en ce qu'elle est l'*extériorisation* d'une insaisissable volonté psychique, mais en ce qu'elle est érigée en *moyen de communiquer* la volonté de produire tel effet et qu'elle est comprise en tant que telle par les tiers »²¹².

Cela explique qu'en pratique le silence puisse tantôt être vu comme un rejet, tantôt comme un acquiescement, selon la règle de droit objectif dont il tire son sens ; de même lorsque certains agissements intentionnels sont traités par le droit en tant que faits, comme c'est le cas de ceux qui sont susceptibles d'engager la responsabilité.

In fine, parmi l'ensemble virtuellement illimité des événements que le droit tient pour pertinents au titre du déclenchement de l'application des normes existantes, les actes juridiques apparaissent comme ceux qui sont réputés découler de l'exercice d'un pouvoir légal, exercice dont la condition s'analyse comme une manifestation de volonté (que le sujet l'ait ou non réellement voulu) ; et par « condition », il faut comprendre que la validité des actes (ou

²⁰⁹ Le débat fut notamment soulevé à l'égard des travaux de la CDI sur les actes unilatéraux, v. *supra*, § 19 et not. C. Santulli, « Travaux de la Commission du droit international » (2000), *op. cit.*, pp. 416-418.

²¹⁰ Sur ce point, v. not. J. Combacau, « L'acte juridique – Ouverture », *op. cit.*, p. 5 ; C. Grzegorszyk, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *op. cit.*, p. 56, s'inspirant lui aussi de Searle et fondant son raisonnement sur le rôle des règles constitutives. V. en outre le rejet de l'approche intentionnaliste des actes de langage et not. les réflexions de Searle autour des promesses non-sincères, B. Ambroise, *Qu'est-ce qu'un acte de parole ?*, *op. cit.*, pp. 38-46.

²¹¹ C. Grzegorszyk, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *op. cit.*, p. 56.

²¹² A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 26, italique de l'auteur.

leur « réussite » diraient les philosophes du langage) dépend de la conformité des événements « valant comme » expression de la volonté aux exigences de la règle leur attribuant pareille valeur. Ainsi, la conséquence de cette approche est que les actes juridiques constituent une catégorie bien déterminée de faits juridiques ; tandis que la conception subjective ne permettait pas de distinguer clairement, parmi la somme de comportements intentionnels des sujets aux effets juridiques réellement souhaités, entre ceux qui devaient être vus comme des actes et ceux qui constituaient de simples faits²¹³.

45. Les différents objets des actes juridiques : actes normateurs et actes-conditions –

Que le caractère d'acte juridique attribué au comportement de l'acteur soit le résultat d'une norme (d'habilitation), il n'en découle pas cependant que tous les actes peuvent être assimilés à des modes de production de normes primaires. Aucune raison théorique ne permet en effet d'en déduire que les significations conventionnelles potentielles d'une manifestation de volonté se limitent à celles ayant pour objet de créer des normes. Selon J. Combacau :

« [i]l ne s'agit certes pas de nier que les actes juridiques aient un ancrage normatif : ils s'insèrent dans l'univers du devoir-être, et un comportement ne tire sa qualité d'acte juridique que de ce qu'une norme la lui attribue, déterminant les conditions de sa validité et le contenu de ses effets. Mais de ce que tout acte juridique est ainsi immergé dans un système de normes qui lui donne son sens, et est ainsi normatif par son mode d'être, il ne résulte pas que son objet soit nécessairement une norme : il y a des actes qui ne créent pas des normes et qui n'en produisent pas moins des effets de droit »²¹⁴.

Autrement dit, si la fonction illocutoire de l'acte juridique (« dire, c'est faire ») découle de la signification que lui attribue le droit objectif, il ne doit pas être considéré que le « faire » corresponde forcément à l'établissement d'une norme. Les significations attribuées aux comportements dans lesquels le droit voit des manifestations de volonté peuvent être diverses. Les théoriciens en distinguent généralement au moins deux catégories²¹⁵.

D'un côté, on trouve les actes « normateurs », ceux que les normativistes comme C. Eisenmann ont consacrés. Ils visent effectivement à formuler de nouvelles normes, établies dans les limites de l'habilitation en vertu de laquelle l'acteur prétend agir, c'est-à-dire qu'elle

²¹³ La conception subjective était en effet critiquée car elle impliquait un certain relativisme dans la distinction entre les actes et les faits. Par exemple, le comportement intentionnel d'un vagabond dans le but d'être condamné à passer l'hiver en prison était tantôt analysé comme un fait, tantôt comme un acte. Sur ce point, v. not. P. Amselek, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *op. cit.*, pp. 35-36 ; J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public », *op. cit.*, pp. 372-374.

²¹⁴ J. Combacau, « L'acte juridique – Ouverture », *op. cit.*, pp. 7-8.

²¹⁵ On peut éventuellement évoquer M. Virally qui en distingue trois sortes : les actes « constitutifs », qui sont des actes créateurs, les actes « déclaratifs » qui constatent l'existence d'une norme ou d'une situation de fait entraînant des conséquences juridiques et les actes « attributifs » qui attribuent à des droits ou obligations préexistantes un titulaire ou encore un objet concret, *La pensée juridique*, *op. cit.*, pp. 102-103.

ne peut se voir attribuer une autre valeur que la signification prévue. Ces actes normateurs déterminent en ce sens des modèles de conduites destinés à leurs auteurs ou d'autres sujets et dont l'analyse et la classification ressortissent à une théorie (stipulative) des normes déjà évoquée (on peut en ce sens distinguer les actes prescriptifs, permissifs ou habilitatifs)²¹⁶.

De l'autre, il existe une multitude de comportements que le droit traite aussi comme des manifestations de volonté – et pour lesquels l'attribution d'une signification exige la reconnaissance d'une telle manifestation de volonté – dont les effets ne sont pas de créer des normes nouvelles mais simplement de déclencher le jeu de normes existantes. Par ce type d'actes, les sujets manifestent un consentement ou un refus, déclarent, reconnaissent ou encore attribuent ou retirent une qualité ou une qualification. La philosophie du langage y voit des actes « déclaratifs » ; il ne s'agit pas d'obéir à leur contenu, ils instaurent un état de choses qui se réalise par le simple fait de le dire et n'appelle dès lors pas d'exécution ultérieure²¹⁷. Ils constituent, pour employer une formule proposée par Duguit, des « actes-conditions » pour lesquels, selon P. Amselek, « [l]e locuteur établit un certain type de situation bien répertorié, auquel nos institutions sociales attachent conventionnellement une portée précise, qu'elles lient à un certain statut, à un certain régime spécifique »²¹⁸.

46. Le rapport entre la volonté et l'obtention des effets : les conditions d'existence (ou de « réussite ») des actes juridiques – S'arrêter à ce qui a été dit reviendrait à admettre une théorie parfaitement déterministe des actes juridiques : un acte et ses effets adviendraient dans la mesure où un comportement serait reconnu comme l'expression d'une volonté à laquelle serait attribuée la signification d'un tel acte par le jeu d'une norme d'habilitation. Autrement dit, le rapport de détermination entre la volonté d'un côté et l'effet accompli de l'autre serait complet. Tout serait en ce sens réglé à l'avance par le droit objectif. Toutefois, cela impliquerait une approche universaliste des actes juridiques et purement causale du rapport entre la manifestation de volonté (*i.e.* l'usage d'un pouvoir reconnu) et les effets créés. Or, d'une part, il peut exister dans l'ordre juridique, comme dans l'ordre du langage, des « décrochages pragmatiques », lorsque deux ou plusieurs sujets s'accordent, s'ils en ont la possibilité, sur une signification différente de celle reconnue par la communauté et qui ne vaudrait qu'entre eux (le constat permet la prise en compte d'un relativisme culturel ; deux groupes n'attribuent pas nécessairement la même signification à un même type d'énoncés). La

²¹⁶ V. *supra*, § 32.

²¹⁷ P. Amselek, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *op. cit.*, p. 58 et v. les exemples évoqués dont on s'inspire p. 57.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 58.

remarque est plus que valable en droit international, dans lequel les États ont la possibilité de déroger facilement aux règles générales. Ainsi, si dans un cas typique donné (celui des demandes) un silence vaut généralement rejet, il peut en aller autrement entre deux ou plusieurs États dans leur pratique mutuelle²¹⁹. D'autre part, il serait difficile de contester la validité et l'efficacité des actes juridiques si leur détermination était totale. Or, une telle conception ne correspond pas à la réalité pratique des relations internationales, marquées par un fort relativisme.

Ainsi, il faut tenir compte du fait que le rapport de détermination entre la volonté et les effets accomplis par un acte est en réalité variable selon les cas, surtout dans un ordre où les sujets disposent d'une grande liberté quant au fond et à la forme de leurs relations juridiques. À cet égard, la théorie des actes de langage est encore une fois éclairante. Elle tend largement à reconnaître que les significations conventionnelles dont découlent les effets illocutoires de la parole ne sont jamais parfaitement déterminées. Dans de nombreux cas, leur détermination est très élevée et la reconnaissance d'une signification est accordée immédiatement et implicitement (on imagine l'ordre donné par un supérieur hiérarchique dans l'armée dans un contexte parfaitement approprié). Dans d'autres, cependant, cela est moins évident et la signification se révèle pragmatiquement en fonction des interactions entre les sujets. Ainsi, une promesse n'est réussie que si l'interlocuteur admet que la parole a valu comme promesse. En ce sens, B. Ambroise souligne que « l'acte de parole est intrinsèquement social, relationnel, ou s'avère être une « activité conjointe » »²²⁰. L'interlocuteur peut toujours faire « rater » un acte, s'il ne reconnaît pas la légitimité du locuteur, s'il le rejette (comme on rejette des excuses), s'il répond par de l'ironie et ne le prend pas au sérieux, *etc.* Le même auteur précise par conséquent que :

« l'acte illocutoire n'est pas un donné préalable de l'échange discursif à partir duquel ce dernier s'élabore, [il] se construit et se stabilise à travers des interactions situées, (...) c'est toujours dans l'interlocution que se décide finalement la détermination du caractère actif de l'énoncé : celui-ci est « négocié » entre le locuteur et l'interlocuteur (ou l'ensemble des interlocuteurs potentiels), en fonction des conventions définitionnelles, mais également du contexte, des personnalités de chacun, des attentes contextuelles, des objectifs, etc. Un acte de parole n'est alors que le « résultat », relativement aléatoire, d'un échange discursif au sein duquel le locuteur doit parvenir à faire reconnaître par

²¹⁹ V. *supra* § 37, cela revoie à l'hypothèse de la modification collective d'une règle secondaire d'habilitation. À cet égard, on peut citer l'article 252 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qui prévoit qu'un projet de recherche scientifique marine sur le plateau continental peut être réalisé si l'État côtier n'a pas refusé de donner son consentement à l'issue d'un délai de quatre mois à compter de la réception des renseignements exigés par l'article 246.

²²⁰ B. Ambroise, *Qu'est-ce qu'un acte de parole ?*, *op. cit.*, p. 66.

l'interlocuteur sa légitimité à utiliser sa parole pour faire telle ou telle chose et donc entraîner telle ou telle conséquence (étant données les conventions définitionnelles) »²²¹.

Pour en revenir à l'univers du droit, l'approche permet de distinguer entre les actes juridiques dans les rapports d'autorité et les actes juridiques adoptés dans des rapports égaux de production juridique. Le premier cas peut être illustré par le modèle de l'acte administratif unilatéral en droit français. Sa détermination est élevée, l'auteur est identifié, il dispose d'une compétence d'attribution et agit selon une procédure réglée. Dès lors, son acte est directement opposable aux sujets-destinataires et présumé valide ; c'est le privilège du préalable (*i.e.* de l'usage d'un pouvoir « préalablement » reconnu et déterminé). Le second représente les domaines où les sujets sont aptes à produire du droit de manière plus libre et informelle, ce qui est particulièrement le cas en droit international. En dehors des hypothèses de compétences attribuées par le droit conventionnel ou coutumier (qui se rapprochent du premier modèle), la détermination de leurs actes est faible, leur signification conventionnelle doit être précisée par l'interaction. Par conséquent, l'effet généré ne se situe pas dans un rapport de causalité directe vis-à-vis de la volonté initiale ; il naît de l'échange qui débouche sur une signification reconnue entre les sujets, ou autrement dit sur un « état interactionnel significatif ». L'effet de l'acte dépend ainsi de l'interaction ; il s'identifie comme une pratique commune et par là contribue à l'objectivisation et la détermination progressive d'une fonction réutilisable à l'avenir. Ainsi, la détermination de l'effet pratique d'un acte peut lui octroyer dans le même temps un effet constitutif sur l'existence et la consistance d'une règle d'habilitation.

47. *Considérations de synthèse* – Rassemblant l'ensemble des réflexions précédentes, la notion d'acte juridique apparaît ainsi utile, en tant qu'outil de la science du droit, pour la description des comportements pouvant être analysés comme des actes de dire correspondant à l'exercice d'un pouvoir légal, plus ou moins déterminé par des règles secondaires d'habilitation, de prescrire des effets juridiques plus ou moins déterminés par celles-ci. Ces effets consistent à faire advenir des règles nouvelles ou les conditions appelant l'application de règles préexistantes. Le degré de détermination des règles d'habilitation, et *a fortiori* de détermination des effets d'un acte, varie selon l'état interactionnel des sujets. Plus cet état est significatif en amont de l'exercice du pouvoir – autrement dit, plus leur relation est structurée par des règles objectives qui les habilitent à agir et attribuent une valeur à leur « dire » –, plus la signification reconnue à cet exercice entraînera les effets prévus (la relation entre le « dire »

²²¹ *Ibid.*, pp. 67-68.

et le « faire », entre le locutoire et l'illocutoire, étant alors presque causale). À l'inverse, moins l'état interactionnel des sujets est significatif, plus l'effet attribué à l'exercice du pouvoir relèvera d'une activité conjointe des sujets, d'une interaction débouchant sur une signification mutuellement reconnue comme telle. En droit international, c'est essentiellement pour représenter et inscrire la pratique dans la première hypothèse, celle des actes plus ou moins conditionnés par les règles existantes, qu'une théorie des compétences (territoriales, personnelles, réelles, universelles) des États fut élaborée. Tandis que pour la seconde la doctrine internationaliste a plutôt tendance à se référer au « pouvoir » inconditionné des États souverains²²². Les deux domaines ne doivent cependant pas être déconnectés l'un de l'autre dans la mesure où ils ne représentent que deux pôles de détermination des normes habilitant les États (qu'on envisage celles-ci comme le résultat de reconnaissances ou d'attributions) à adopter des actes considérés comme juridiques et susceptibles d'emporter des effets.

Selon une perspective réaliste, actes et normes sont ainsi particulièrement intriqués. Si l'effet d'un acte dépend de la signification que lui attribue une norme d'habilitation, cette norme se concrétise et se constitue pragmatiquement au moyen d'actes. On l'a dit, une norme se définit elle-même comme la signification attribuée à un énoncé ; « attribuée » par les acteurs et leurs actes qui en interprètent le sens²²³. Il faut donc envisager un schéma circulaire entre actes et normes. D'un côté, la norme d'habilitation joue ainsi pour l'acteur comme ressource et comme contrainte²²⁴. De l'autre, l'acte réussi, opposable, rétroagit sur la norme d'habilitation, en déterminant son sens pratique et *a fortiori* la « signification conventionnelle » des actes à venir qui la prennent pour fondement.

Il en va de même au niveau inférieur, lorsque le contenu d'un acte est lui-même normatif, lorsqu'un acte vise à créer une norme nouvelle (primaire). La signification de l'acte « valant comme créateur d'un certain type de norme primaire » dépend de la reconnaissance d'une telle signification par les acteurs. Soit cette reconnaissance préexiste (hypothèse de la

²²² Les règles de compétence sont ainsi généralement envisagées comme celles qui régissent (par attribution ou limitation selon l'élément mis en avant) l'exercice du pouvoir de l'État. Sur ce point, v. not. les contributions de G. Cahin, « Rapport » sur les notions, spéc. pp. 23-26, F. Poirat, « Rapport » sur l'exercice des compétences, spéc. pp. 205-207 et J. Combacau, « Conclusions générales », spéc. pp. 305-307, in SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, op. cit., où les trois auteurs optent surtout pour l'aspect limitatif des règles internationales de compétence des États souverains. On y trouve ici ou là des renvois vers une définition générale de la notion proposée par O. Beaud, selon laquelle « la compétence est le titre juridique qui fonde un individu à exercer un pouvoir, et donc indirectement une action. La compétence est donc le titre de pouvoir, tandis que le pouvoir est l'attribution ou la somme d'attributions autorisées par le droit de la compétence », *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 169.

²²³ V. *supra*, §§ 32-33 sur la présentation d'une définition réaliste des normes.

²²⁴ Sur les normes d'habilitations envisagées comme ressources et comme contraintes, v. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, op. cit., pp. 477-632.

détermination élevée de la signification conventionnelle), soit elle se construit au moyen d'une interaction contextuelle (hypothèse de la détermination faible). Lorsqu'une signification spécifique est alors admise, elle rejaillit sur la définition progressive d'une règle secondaire d'habilitation réutilisable, selon le schéma précédent. Apparaît ainsi une certaine dialectique entre les actes et les normes consistant à emporter l'adhésion des acteurs intéressés.

§3. La position du problème et la délimitation de l'étude : existence et fonctionnement d'un mode unilatéral de production du droit

48. Analyser le mode unilatéral de production du droit international revient à déterminer les conditions dans lesquelles les actes unilatéraux étatiques engendrent des effets sur les rapports normatifs (A). La question de la délimitation de l'étude se pose alors. Si la catégorie des actes unilatéraux s'avère indéterminée, certains critères permettent à tout le moins d'opérer un tri entre les éléments de pratique afin de ne retenir que ceux susceptibles d'être *a priori* présumés unilatéraux (B).

A. La position du problème : la dialectique indéterministe des actes unilatéraux étatiques

49. Si les effets d'un acte dépendent de la signification conventionnelle que lui octroient les sujets qui interagissent, leur identification suppose de rechercher les conditions dans lesquelles les interactions entre ces sujets débouchent sur la définition pragmatique de leurs rapports normatifs. Le problème du rôle des actes unilatéraux des États vis-à-vis de la production du droit peut dès lors être posé de la manière suivante : dans la mesure où le processus normatif international fonctionne selon une logique partiellement indéterminée et relativiste (1), une théorisation du mode de production unilatéral du droit international est forcée d'en tenir compte et se doit d'être elle-même indéterministe et probabiliste (2).

1. La soumission des actes unilatéraux à la systématique relativiste du droit international

50. *Principe : l'affrontement des prétentions unilatérales étatiques* – Du caractère égalitaire de la société internationale, composée de pairs souverains qui entretiennent des relations de pouvoir, découle un fort relativisme des procédés de production et de réalisation

du droit²²⁵. Malgré, quoi qu'on en dise, des mutations modernes de ces derniers encore cantonnées à certains domaines²²⁶, l'idée renvoie au « code génétique » de l'ordre juridique international et particulièrement à l'absence d'autorité supérieure qu'elle soit législative, exécutive ou juridictionnelle. Comme le soulignait particulièrement C. Chaumont, selon une telle interprétation, le droit international :

« n'est pas destiné à planer au-dessus des réalités, et par là même à les camoufler, et en fin de compte à permettre aux États d'agir librement à l'abri d'une façade de généralités. Il est une tentative continue de mutation des contradictions réelles, et il accomplit la double tâche de traduire ces contradictions et en même temps de les surmonter »²²⁷.

Le relativisme illustre ainsi la nature particulière d'un processus normatif qui se réalise au moyen d'interactions désordonnées, où chacun des États dispose du pouvoir de déterminer sa propre position tout en espérant obtenir en retour l'approbation des autres²²⁸. Il traduit la dialectique de l'unilatéral et du général et le potentiel de « double détente » des actes unilatéraux clairement exprimés par S. Sur. Pour reprendre sa présentation du processus, lorsqu'un État adopte un acte unilatéral, il exprime d'un côté sa position juridique à l'égard d'une situation concrète et de l'autre sa position à l'égard de la règle générale pertinente. Dans ce cas, soit il applique cette dernière et participe de sa consolidation et de sa précision ; soit il s'en détache, en se présentant comme une simple dérogation ou en la rejetant totalement avec pour prétention de se fonder sur une règle de substitution dont l'acte serait l'illustration. La réussite de ces actes dépend des réactions émises par les autres sujets. Là encore, ces dernières entretiennent avec les actes initiaux (et la règle générale) une relation alternative : soit elles les rejettent, soit elles les acceptent ; et dans ce dernier cas, l'acceptation peut porter sur une situation dérogatoire et se limiter à la situation concrète ou s'étendre à l'interprétation (ou au remplacement) de la règle générale impliquée par l'acte auquel elle répond²²⁹. Ainsi, la concordance des actes et des positions des États débouche sur des règles particulières ou, par

²²⁵ V. par ex. J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 24.

²²⁶ On ne peut certes nier le développement des techniques du droit international, notamment du point de vue d'une théorie classique de ses sources formelles. Néanmoins, elles sont pour l'instant vouées à coexister avec les techniques classiques et n'existent *in fine* que dans la mesure où les États les tolèrent. V. par ex. E. Tourme-Jouannet, *Le droit international*, Paris, PUF (coll. Que sais-je ?), 2013, pp. 48-56.

²²⁷ C. Chaumont, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 129, 1970, p. 363.

²²⁸ V. par ex. R. Kolb, *Théorie du droit international*, *op. cit.*, pp. 211-212 : « [l]a création juridique s'inscrit dans un tissu d'interactions multiples où des actes divers se croisent et se rencontrent, avec une promiscuité à peine voilée, aux fins de la production d'effets de droit. Ces actes et situations ne peuvent, sauf exception, faire l'objet de l'appréciation d'une instance pourvue d'attributions obligatoires. C'est aux sujets de droit eux-mêmes que revient le pouvoir de la qualification, de l'interprétation et de l'appréciation de leur validité. D'où l'importance particulière de la reconnaissance et d'autres actes unilatéraux en droit international ».

²²⁹ S. Sur, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », 1985, reproduit in S. Sur, *Les dynamiques du droit international*, Paris, Pedone, 2012, pp. 63-64.

accumulation, générales ; tandis que dans d'autres cas leurs contradictions peuvent persister et éventuellement coexister. Cette dialectique « confirme le caractère hypothétique de la généralité de nombre de règles, en même temps qu'elle traduit la tension entre l'application et le changement du droit »²³⁰.

51. Conséquence : l'indétermination a priori des effets des actes unilatéraux étatiques constituant des « prétentions normatives » – Le caractère relativiste du droit international a pour conséquence logique que les actes unilatéraux des États ne produisent pas nécessairement tous leurs effets de manière automatique mais via une validation spécifique émanant des sujets qui les reçoivent et qui sont susceptibles d'en tirer des droits et des obligations. Cette validation débouche sur un « état interactionnel significatif », pour les théoriciens du langage, permettant à un acte de déployer des effets déterminés, état qui du point de vue du droit équivaut à la cause de son opposabilité. Autrement dit, les actes étatiques ayant pour objet d'agir sur les rapports de droit constituent avant tout des « prétentions normatives unilatérales » dont la valeur et les effets demeurent, dans un premier temps, partiellement indéterminés. Néanmoins, ces prétentions prennent part, en l'activant ou en s'y agréant, à un processus de formation et d'évolution du droit international. C'est en ce sens que l'on peut distinguer, à l'opposé de certains droits hautement déterminés (ceux des ordres internes ou des organisations internationales pouvant adopter des actes contraignants pour leurs membres), les deux temps de la production du droit international, celui de la « fabrication » et celui de l'opposabilité²³¹. C'est aussi en ce sens que l'on peut distinguer les processus et leurs résultats normatifs. Selon D. Alland, par exemple :

« [L]e traité et la coutume sont des processus et le résultat de ces processus ; comme processus, on les voit hérissés d'actes unilatéraux, comme résultats, la coutume et le traité sont des engagements, parce qu'au terme de ces processus on est en mesure de considérer qu'un État a consenti à être lié. Or tel n'est pas toujours le cas d'un acte unilatéral, tant s'en faut »²³².

²³⁰ *Ibid.*, p. 66.

²³¹ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op. cit.*, p. 24 : « en droit international il faudra toujours distinguer deux temps, deux paliers, deux modes d'existence des êtres que sont les normes et les situations ou qualités légales. Le premier temps est celui de la « fabrication » de cet être ; s'il est bien fabriqué (s'il est valablement produit), il existe en tant que tel, selon un premier mode ; c'est à ce stade un objet inerte, qui fait partie de l'ordre juridique mais dont l'existence n'y produit que des effets virtuels. Le second temps est celui où, presque toujours par le jeu d'un acte par lequel un État particulier accepte pour son compte les effets de cet être légal, ses virtualités s'actualisent, et son existence lui devient alors opposable, comme elle le devient à tous les États qui les ont eux-mêmes acceptés ».

²³² D. Alland, *Manuel de droit international public, op. cit.*, p. 187.

Cela dépend en réalité d'abord du degré de détermination du droit objectif, *i.e.* de la règle d'habilitation, que l'État prend pour fondement de son pouvoir d'adopter un acte, ensuite des réactions contextuelles des tiers concernés par ses effets.

52. Problématique : identification des « prétentions normatives unilatérales » et des conditions de leur opposabilité – Le problème posé par l'appréhension d'un mode unilatéral de production du droit international revient ainsi à identifier les actes unilatéraux étatiques susceptibles de se voir attribuer la valeur de « prétentions normatives » aptes à appeler et entraîner, en vertu d'une règle secondaire, des interactions à vocation significative. Plus généralement, le raisonnement suppose alors, d'une part, d'identifier dans la somme de comportements unilatéraux des États ceux qui, en vertu du droit international, véhiculent de véritables « prétentions normatives » ayant pour fonction et pour effet d'engager ou de participer à un processus d'interprétation ou de transformation des rapports de droit. D'autre part, il s'agit de déterminer les conditions de réussite de ces prétentions ; autrement dit, les conditions de leur opposabilité en tant que prétention normative d'abord, et d'opposabilité de leur contenu normatif ensuite.

Cependant, comme on l'a vu, le cadre théorique d'une telle étude constitue en lui-même une difficulté. La science du droit apparaît en effet dépourvue devant l'indétermination *ad infinitum* des actes unilatéraux et de leurs effets. Toute théorie les prenant pour objet est vouée à ne jamais en apprécier objectivement la valeur sans renvoyer à des cas concrets où cette valeur se révèle saisissable car toute prétention unilatérale est en attente d'une forme de « désambiguïsation contextuelle »²³³ qui préciserait ses effets tout en permettant leur déploiement. Autrement dit, plus on essaie d'isoler un certain type d'acte et de préciser la règle objective qui en régirait les effets (comme ce fut le cas, par exemple, avec la promesse « purement autonome »), plus on se heurte à des renvois vers des exceptions qui en amenuisent la portée (comme des contextes particuliers qui agissent sur la précision de son contenu ou qui la font échouer). Ainsi, plus l'observateur « zoome », plus il creuse une réalité sans fond que seule une théorie probabiliste peut englober. Le traitement de la problématique suppose alors d'analyser chaque acte étatique susceptible de se voir reconnaître la valeur d'une prétention normative *au sein d'un processus intersubjectif* de production du droit international.

²³³ U. Eco, *Dire presque la même chose*, Paris, Grasset, 2006, p. 33, cité par A. Papaux et É. Wyler, « Le droit international public libéré de ses sources formelles : nouveau regard sur l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 531.

2. La possibilité d'élaborer une théorie indéterministe et probabiliste

53. Les enseignements des sciences physiques – La physique moderne, et surtout la physique quantique, enseigne que l'indétermination des propriétés d'une particule (comme sa vitesse et sa position) n'entraîne pas l'impossibilité mathématique de prédire son comportement et *a fortiori* de prédire les résultats d'une expérience donnée. Historiquement, l'idée fut notamment mise en évidence par le physicien allemand W. Heisenberg en 1927, lorsqu'il formula son « principe d'incertitude », devenu par la suite « principe d'indétermination » (pour ne pas le confondre avec une incertitude subjective de l'observateur), selon lequel il existe une limite fondamentale à la mesure simultanée de deux propriétés d'une particule. Autrement dit, par exemple, plus on tend à déterminer sa vitesse, plus sa position précise nous échappe et inversement. Les prédictions formulées par la théorie quantique reposent alors sur des formules statistiques qui tiennent compte de l'ensemble des résultats possibles.

Dans cet objectif et selon l'approche la plus classique ou dite « orthodoxe »²³⁴, la théorie requiert avant tout de préciser le « système » physique considéré (qui vaudra comme « référentiel ») tenant compte de toutes les informations nécessaires à l'expérience (le nombre de dimensions, la (ou les) particule(s), sa position, son énergie, *etc.*). Elle attribue alors à ce système un « état » mathématique. Or, la particularité de cette approche est que les états peuvent se superposer, si bien qu'une seule équation pour un système donné peut parfaitement tenir compte des propriétés indéterminées de la particule et ainsi, par exemple, de la possibilité qu'elle se situe « ici » ou « là ». Dans ce cas, plus il y a d'états possibles pris en compte, plus le caractère probabiliste des résultats augmente :

« la théorie donne seulement la chance que tel ou tel résultat soit obtenu, et il n'y a que dans certains cas que la prédiction fournie est certaine. À la question : « quelle sera la position de l'atome à tel moment ? », la mécanique quantique pourra répondre par exemple qu'il y a 2 chances sur 3 qu'il se trouve ici et 1 chance sur 3 qu'il se trouve là »²³⁵.

²³⁴ On se fonde ici sur l'interprétation dite « orthodoxe » de la mécanique quantique. Les différentes interprétations sont en réalité empiriquement équivalentes dans la mesure où elles parviennent toutes aux mêmes résultats. Ainsi, d'un point de vue purement instrumentaliste, le fait de n'évoquer que l'interprétation orthodoxe ne change rien. Les théories varient en revanche dans leur fonction essentialiste, c'est-à-dire à l'égard de la description du monde qu'elles proposent, mais cet aspect n'intéresse pas notre raisonnement. Pour une présentation des trois interprétations majeures de la mécanique quantique, v. T. Boyer-Kassem, *Qu'est-ce que la mécanique quantique ?*, Paris, J. Vrin, 2015, 128 p.

²³⁵ *Ibid.*, p. 36.

L'intérêt de cette approche est qu'elle parvient ainsi à englober les propriétés indéterminées des particules pour prédire avec certitude certains résultats (car dire que le résultat sera à coup sûr « celui-ci » ou « celui-là » correspond bien à une certitude statistique).

En outre, la mécanique quantique permet aussi de prédire l'évolution dans le temps de l'état d'un système. Elle formule à cet égard deux lois d'évolution distinctes. La première consiste à poser une équation purement abstraite et probabiliste de cette évolution en dehors de toute mesure concrète ; c'est l'équation dite « de Schrödinger ». Celle-ci énonce l'état d'un système à un instant donné en fonction des forces qui agissent sur lui. Ainsi, « [c]onnaissant l'état initial du système et les interactions qu'il subit au cours du temps, le physicien peut résoudre l'équation et connaître l'état à chaque instant »²³⁶. Par un tel calcul, le physicien « connaît » l'état du système dans son entièreté et toutes ses possibilités. La seconde concerne les hypothèses où une mesure est réalisée. Dans ces cas, l'état du système peut changer brusquement. Par exemple, lorsqu'un état est superposé et que la mécanique quantique prévoit que le résultat peut être « ici » ou « là » (50% de chance pour chaque résultat), le nouvel état mathématique attribué au système après la mesure sera l'un ou l'autre en fonction du résultat obtenu. La mesure aboutit donc à une « réduction » de l'état. Dans cette hypothèse, la théorie ne considère pas que la mesure a révélé l'état du système mais, au contraire, qu'elle l'a modifié, de façon aléatoire car rien dans celui-ci ne prédéterminait le résultat. *In fine*, ce qu'il faut retenir, c'est que les probabilités mathématiques élaborées à l'aide de cette théorie ne reflètent pas l'ignorance du physicien mais, à l'inverse, que « l'état » mathématique décrit le système dans son intégralité²³⁷.

54. *Leur application à la théorie du droit international* – L'analogie avec les sciences physiques est utile du point de vue du mode de connaissance du processus de production unilatéral du droit. Cependant, elle n'est pas parfaite dans la mesure où les propriétés des particules sociales que sont les actes unilatéraux ne sont pas, contrairement aux particules physiques, dans une situation de totale indétermination à l'égard des règles sur lesquelles elles se fondent ; car même une règle de liberté n'offre à l'État qu'une possibilité d'action dans le respect des droits des tiers, qui peuvent dès lors éventuellement en contester le bien-fondé²³⁸. Autrement dit, il n'y a pas dans ce cas de hasard fondamental ; dans le système international, l'indétermination existe mais elle est variable, plus ou moins élevée mais jamais totale.

²³⁶ *Ibid.*, p. 38.

²³⁷ *Ibid.*, p. 39.

²³⁸ Sur ce point, v. les réflexions de R. Kolb à propos de la règle résiduelle selon laquelle « ce qui n'est pas interdit est permis », *Théorie du droit international*, *op. cit.*, pp. 315-342. V. *infra*, §§ 202 et s.

À cette exception près, le mode de connaissance de l'expérience est comparable à celui de la mécanique quantique. En ce sens, pour le chercheur en droit international, il est d'abord utile de définir un référentiel d'étude (les physiciens disent « système » mais pour éviter toute confusion avec le système juridique dans son ensemble, on préfère le mot « référentiel »). Celui-ci doit comporter les données essentielles de l'expérience : les relations entre tels et tels sujets, la règle objective invoquée plus ou moins déterminée, l'acte unilatéral adopté et les interactions à l'œuvre à un instant donné. Une fois ce référentiel établi, l'observateur peut ensuite lui attribuer un « état », ou une certaine valeur, pour l'évolution duquel les deux lois évoquées peuvent être reprises et se vérifient.

Ainsi, en premier lieu, il est tout à fait possible de construire un raisonnement parfaitement abstrait et probabiliste qui consiste à prédire les résultats possibles de chaque acte juridique unilatéral dans un référentiel donné à un moment donné. Par exemple, si la règle d'habilitation invoquée est assez déterminée (comme dans le cas d'une règle de délimitation de la mer territoriale), qu'un État A adopte sur son fondement un acte X et que les États B et C n'ont jamais objecté, alors la possibilité que l'acte soit entre eux opposable et incontestable tend progressivement vers 100%. Si l'acte n'est pas manifestement licite à l'égard des conditions posées par la règle, alors, si un laps de temps très court s'est écoulé, on peut dire qu'il a 50% de chance d'être (in)contesté et *a fortiori* (in)opposable ; tandis que si un long laps de temps s'écoule sans protestation, la probabilité de son opposabilité définitive augmente. Autre exemple : si la règle d'habilitation est peu déterminée, qu'un État A adopte sur son fondement un acte X, qu'un État B y acquiesce explicitement, alors il y a 100% de chance (en laissant de côté l'hypothèse d'une règle de *jus cogens* contraire) que l'acte soit entre eux opposable. Si le même acte X est contesté par un État C, alors l'acte est dans un état superposé « opposable pour B » et « non opposable pour C ». Si encore un État A adopte un acte X, que plus de 100 autres États ont agi de la même façon que lui pendant une période T, qu'aucun autre n'a objecté ni opté pour une pratique contraire, alors il y a de grandes chances que le processus débouche sur la reconnaissance d'une coutume générale et, par conséquent, qu'une règle objective devienne plus déterminée dans le domaine considéré. Les hypothèses peuvent de cette façon être multipliées. L'idée principale est que l'indétermination n'entraîne pas l'impossibilité pour l'observateur de connaître l'état du référentiel qu'il prend pour objet d'étude car il a toujours le moyen de poser une affirmation du type : « en l'état actuel du référentiel défini, il y a telle ou telle chance que le processus normatif aboutisse à tel ou tel résultat ; et s'il se produit telle ou telle interaction entre les sujets, alors les chances évoluent

de telle façon ». La doctrine peut se satisfaire d'une telle prédiction probabiliste tenant compte d'une indétermination réelle sur laquelle elle n'a de toute façon aucune influence.

En second lieu, la loi de la mesure s'applique aussi par analogie, c'est-à-dire que l'état d'un référentiel peut changer brusquement, à ceci près que la mesure à l'intérieur du système juridique international provient d'un juge habilité à trancher un contentieux entre les parties considérées (d'un « interprète authentique » pour employer un terme propre à la théorie réaliste). Dans ce cas, si un État A adopte un acte X et que B l'a rejeté, C n'a pas objecté et D l'a même accepté (le référentiel considéré admettant ainsi une superposition), le juge peut « réduire » l'état en attribuant pour ce référentiel une valeur objective à l'acte, sa décision étant opposable à tous les États qui prennent part à la procédure contentieuse.

Ces réflexions n'ont qu'une valeur de comparaison mais visent à démontrer que le relativisme et l'indétermination du processus normatif international n'empêchent pas l'observateur d'en connaître « l'état » complet à un moment donné, pour un référentiel choisi et en vertu des données interactionnelles disponibles. Il convient simplement d'accepter que la théorie représentative du processus soit elle aussi indéterministe et probabiliste. C'est en l'occurrence une manière de voir les choses qui prétend prendre en compte une manière d'être des choses ; et c'est la méthode sur laquelle la thèse proposée repose pour aboutir à une description du mode unilatéral de production du droit international.

B. Le problème de la délimitation d'une étude portant sur une catégorie indéterminée d'actes juridiques

55. Compte tenu de l'indétermination déjà présentée des actes juridiques unilatéraux en tant que catégorie du droit positif (notamment de l'absence de distinction nette avec les actes susceptibles de ressortir au domaine conventionnel)²³⁹, il apparaît difficile de poser une délimitation *a priori* des éléments de pratique potentiellement pertinents dans le cadre de cette étude. Cependant, cela n'implique pas qu'une délimitation puisse être opérée de manière parfaitement arbitraire. Plusieurs précautions permettent de l'éviter. À cet égard, deux problèmes doivent être distingués. Le premier a trait à l'unilatéralité à proprement parler : quels sont les comportements que l'on peut *a priori* envisager comme unilatéraux ? Sur ce point, une présomption peut à tout le moins être établie sur la base d'un double critère matériel

²³⁹ V. *supra*, §§ 22-23.

et procédural (1). Le second porte sur l'unilatéralisme collectif : comment distinguer le comportement d'un groupe d'États de celui imputable à une entité tierce apte à les représenter ? Là aussi, au-delà du critère classique de la personnalité juridique internationale, des « institutions » variées existent en pratique et certaines zones d'ombre persistent en raison de l'absence d'une catégorie déterminée par le droit positif (2).

1. L'unilatéralité présumée à partir d'un double critère matériel et procédural

56. *Non pertinence des critères formel et du nombre d'auteurs* – Afin d'éviter toute confusion potentielle, deux remarques préalables doivent être formulées. D'une part, il convient d'écarter un critère purement formel : le nom donné aux comportements d'un ou plusieurs États ne détermine en rien leur éventuel caractère unilatéral. « Déclarations », « déclarations communes » ou « conjointes », « actes concertés », *etc.*, tous ces termes relèvent du langage diplomatique et ne renseignent pas sur la nature des actes en cause. Ainsi, une déclaration commune peut très bien n'emporter d'effets qu'entre ces auteurs et constituer dès lors un accord. Selon une logique inversée, l'utilisation du terme « traité » n'exclut pas automatiquement une étude sous l'angle des actes unilatéraux. Un traité peut être considéré comme une prétention unilatérale collective du point de vue des tiers à l'égard de qui il peut chercher à emporter certains effets. Tout dépend en ce sens du référentiel depuis lequel l'analyse est menée. Dans la même veine, du point de vue du processus de formation des coutumes, même un traité quasiment universel peut être vu comme une prétention unilatérale collective pour les tiers éventuellement tenus d'objecter s'ils ne souhaitent pas se voir un jour opposer la coutume en formation à laquelle le traité contribue.

D'autre part, il faut rejeter fermement tout critère s'appuyant sur le nombre d'auteurs (ou de volontés) à l'origine d'un acte unilatéral. Certains auteurs comme E. Suy ou M. Virally en ont fait un élément de définition des actes unilatéraux²⁴⁰, d'autres continuent de l'évoquer aujourd'hui²⁴¹. Toutefois, comme les exemples précédemment évoqués tendent à le montrer,

²⁴⁰ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 33 ou p. 44. M. Virally définissait « en première approximation » l'acte unilatéral comme émanant d'un seul auteur avant d'évoquer plus loin l'hypothèse des actes collectifs unilatéraux, notamment des traités créant des situations objectives, v. « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 194 puis p. 198. Pour une présentation de la controverse doctrinale autour du nombre d'auteurs d'un acte unilatéral, v. par ex. P. Saganek, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, *op. cit.*, pp. 67-70.

²⁴¹ V. not. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 31 ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 394 ; S. Sur, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 363, 2013, p. 173.

aucune raison ne semble faire objection au fait de considérer que certains actes collectifs puissent être analysés en tant qu'actes unilatéraux.

57. Pertinence d'un critère fondé sur la production d'effets juridiques à l'égard de sujets n'ayant pas pris part à l'élaboration de l'acte – Au contraire, la majorité de la doctrine tend aujourd'hui à considérer comme unilatéraux les actes visant à déployer des effets à destination de sujets n'ayant pas participé à leur procédure d'élaboration. Le critère mêle ainsi des considérations tant matérielles que procédurales. D'un côté, c'est la nature de la relation instituée qui apparaît déterminante, le ou les auteurs d'un acte cherchant à influencer sur les relations juridiques qu'ils entretiennent avec des tiers à celui-ci. De l'autre – et c'est là qu'on aperçoit l'interdépendance des deux considérations –, les sujets tiers intéressés par l'acte sont nécessairement ceux qui n'ont pas participé à sa procédure d'élaboration et qui, *a fortiori*, ne se définissent pas comme ses auteurs ni comme ses parties²⁴². Le raisonnement apparaît certes circulaire mais permet à tout le moins, d'un point de vue purement scientifique, de poser une présomption d'unilatéralité des actes soumis à l'étude. On la retrouve plus ou moins explicitement formulée chez les auteurs qui s'inspirent des écrits de C. Eisenmann : partant de l'étymologie du terme « unilatéral », renvoyant à l'idée d'un seul côté (d'un *unus latus*), ils tracent une ligne imaginaire entre les auteurs d'un acte d'un côté et les tiers-destinataires de l'autre. En ce sens, selon J. Dehaussy, est unilatéral l'« acte juridique par lequel une seule 'partie' crée des normes ayant pour objet de régir des rapports juridiques intéressants d'autres sujets de droit que celui ou ceux qui composent cette partie »²⁴³. Dans le même sens, R. Kolb estime que :

« [l']unilatéralité est plutôt une question de perspective. Une interprétation coordonnée entre plusieurs sujets peut être unilatérale quand on considère les effets externes qu'elle a sur un groupe d'États n'ayant pas adhéré au processus d'élaboration de cette interprétation. Le point capital est dès lors celui de savoir si l'interprétation en cause s'applique aux rapports juridiques d'autres personnes que ses auteurs. Dans ce cas, il y a unilatéralité dans le sens que l'acte relève d'un *unus latus* en relation avec un *alterius latus* lui restant étranger. Cela signifie que même des interprétations coordonnées se décomposent, selon les cercles personnels qu'ils concernent, en actes concertés

²⁴² En droit conventionnel, par ex., selon l'article 2, § 1, h) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, « [l']expression « État tiers » s'entend d'un État qui n'est pas partie au traité ». En matière contractuelle, le « tiers » est une « [p]ersonne n'ayant été ni partie ni représentée à un contrat qui n'est pas touchée par son effet obligatoire (...) et peut tout au plus se le voir opposer », G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 1026.

²⁴³ J. Dehaussy, « Les actes juridiques unilatéraux en droit international. A propos d'une théorie restrictive », *op. cit.*, p. 52 ; v. aussi par ex. J.-D. Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *op. cit.*, p. 640 ; F. V. Kramer, « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 141.

(interprétations authentiques *inter se*) et en actes unilatéraux (interprétations constituant des *res inter alios acta* envers les sujets qui n'y participent pas) »²⁴⁴.

58. Conditions de confirmation ou de renversement de la présomption –

L'indétermination laissée par la présomption posée – qui reflète celle de la catégorie légale des actes juridiques unilatéraux – ne peut se régler qu'au cas par cas. Ce n'est qu'une fois le processus normatif achevé et déterminé, c'est-à-dire au stade de l'opposabilité définitive d'un rapport de droit entre les États intéressés, qu'une assertion sur l'unilatéralité du mode de production devient possible.

Si l'on imagine un *continuum* aux extrémités duquel on placerait d'un côté le traité en tant qu'acte juridique/mode de production le plus déterminé possible qui soit (auquel on attribuerait une valeur qui tend vers 1 sans jamais l'atteindre parfaitement compte tenu de son caractère lui aussi indéterminé) et de l'autre la coutume en tant que « non-acte »/mode de production indéterminé, établie simplement par l'intermédiaire d'un raisonnement fondé sur l'observation de la pratique récurrente et significative des États (ce qui correspondrait à une valeur tendant vers 0), alors les actes unilatéraux peuvent générer des rapports de droit selon un processus/mode de production plus ou moins proche de 1 ou de 0. Ainsi, le schéma offre-acceptation (ou demande-acceptation) se rapprocherait de la figure du traité, renversant potentiellement la présomption d'unilatéralité posée au départ. On serait alors en présence d'un mode de production proche de l'accord et peut-être authentiquement interprété comme tel par les États concernés ou par un juge. Tandis que les comportements qui s'inscrivent dans le temps, auxquels un ou plusieurs États intéressés répondent éventuellement par un silence, se rapprochent d'une forme de création coutumière du droit, confirmant par la même occasion la présomption initiale d'unilatéralité. Dans ce processus, la volonté intervient à divers degrés : elle doit être expresse et non viciée si on se rapproche du modèle de l'accord ; elle se dilue largement dans la pratique répétée dans le temps et dans une simple condition de connaissance si l'on se rapproche du processus coutumier. Ainsi, la question de la délimitation *a priori* de l'étude rejaille sur l'un des objectifs de la thèse qui vise à interroger la fonction de la notion d'acte juridique unilatéral dans la description d'un processus complexe de production du droit.

59. Délimitation – Pour en revenir à la délimitation proprement dite, elle peut dès lors être guidée à tout le moins par la présomption selon laquelle est *a priori* considéré comme unilatéral

²⁴⁴ R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, op. cit., p. 293.

tout acte d'un ou plusieurs États, agissant conjointement, destiné à produire des effets juridiques à l'égard d'autres sujets que leurs auteurs, c'est-à-dire ceux n'ayant pas participé à leur procédure d'élaboration. L'approche emporte la conséquence logique selon laquelle on ne traitera pas dans le cadre de cette étude du traité en tant que résultat d'un processus, c'est-à-dire en tant qu'acte juridique plus ou moins formalisé. Par conséquent, sont *a priori* exclus de l'étude tous les actes qui permettent d'identifier *manifestement* le traité comme tel (car il reste toujours d'autres moyens de preuve de la volonté des parties d'adopter entre elles un accord). Ces actes relèvent de la procédure conventionnelle classique : la signature, les échanges formels d'instruments constituant un traité, l'acceptation, l'approbation, la ratification, l'adhésion de même que les actes découlant des procédures formalisées d'amendement partiel ou général dans la mesure où elles peuvent être analysées comme aboutissant à l'adoption d'accords nouveaux.

En revanche, il est permis d'inclure dans l'étude les actes qui participent au processus de création, interprétation ou modification de rapports de droit individualisés entre leurs auteurs et les autres parties à un traité (les réserves, les déclarations interprétatives, les pratiques subséquentes ou les prétentions au retrait ou à la suspension) ou entre les parties au traité et les tiers à celui-ci (hypothèse de la stipulation pour autrui). Ces actes sont *a priori* unilatéraux et constituent autant d'illustrations d'actes juridiques pris sur le fondement de normes d'habilitation plus ou moins déterminées émanant soit du traité lui-même lorsqu'il permet à ses parties de les réaliser, soit du droit coutumier codifié par la Convention de Vienne de 1969. L'analyse de ces actes pris sur le fondement du droit *des traités* ou du droit *d'un traité* offre, par analogie, des clés de compréhension du phénomène plus global des prétentions normatives unilatérales qui fait l'objet de cette étude.

2. La distinction des actes unilatéraux collectifs d'États et des actes imputables aux institutions personnifiées aptes à les représenter

60. *Pertinence et limite du critère de la personnalité juridique des institutions* –

Dès son premier rapport sur les actes unilatéraux des États, V. Rodríguez-Cedeño décida d'exclure de son étude les actes des organisations internationales, au motif qu'il était nécessaire de distinguer « entre les actes unilatéraux dans les relations de coordination et les actes unilatéraux dans les relations de société » ; les actes d'une organisation, précise-t-il, produisent des effets « dans la mesure où les États membres, dans l'exercice de leur souveraineté, [lui]

ont conféré certaines compétences »²⁴⁵. En filigrane, c'est ainsi la personnalité distincte de l'organisation instituée par les États qui apparaît. En tant que sujet personnifié, elle est titulaire de droits et obligations relevant de l'ordre juridique international. Faisant usage des compétences qui lui ont été octroyées, les actes qui en découlent lui sont logiquement imputés. Personnalité juridique et imputation sont ainsi deux notions intrinsèquement liées, en dépendance mutuelle quant au constat de leur réalité dans un cas donné. *A fortiori*, si ces actes sont imputables à l'organisation, en suivant à ce titre le régime qui en organise l'adoption, alors ils ne sont pas juridiquement ceux de ses États membres²⁴⁶. Le critère apparaît donc *a priori* pertinent pour distinguer entre les actes d'un groupe d'États et ceux d'une entité tierce qui les regroupe, les représente et à laquelle ils ont attribué certaines compétences.

Cela dit, il ne se suffit pas à lui-même et ne permet pas de poser une délimitation nette entre les phénomènes pratiques. À ce propos, deux remarques méritent d'être formulées. Premièrement, les États tendent largement à s'émanciper du modèle classique de l'organisation intergouvernementale, potentiellement lourd et coûteux, et développent pour satisfaire les nécessités de la coopération internationale (en demande d'efficacité, de souplesse et de diversification) des institutions variées non personnifiées : des clubs, *fora*, réseaux, *etc.* comme les G7, G8, G20, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire ou encore les conférences des parties aux traités multilatéraux, parmi lesquelles on peut aussi distinguer entre celles qui sont plus ou moins organisées²⁴⁷. Parmi cette masse d'« institutions » *lato sensu*, l'organisation internationale-sujet de droit ne constitue qu'une méthode de coopération parmi d'autres. Toutefois, en matière d'imputation des actes adoptés par les organismes non personnifiés, que certains qualifient d'« organes communs » à leurs membres, la solution demeure relativement classique dès lors qu'ils sont généralement réputés imputables simultanément à chacun des participants²⁴⁸.

²⁴⁵ CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, § 32.

²⁴⁶ C'est par ex. le sens de la présomption d'imputation posée par l'article 6 des articles de la CDI de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales selon lequel : « 1. Le comportement d'un organe ou agent d'une organisation internationale dans l'exercice des fonctions de cet organe ou agent est considéré comme un fait de l'organisation d'après le droit international, quelle que soit la position de l'organe ou agent dans l'organisation. 2. Les règles de l'organisation s'appliquent pour déterminer les fonctions de ses organes et agents ». Pour le texte complet, v. CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs », doc. A/66/10, 2011, § 88.

²⁴⁷ E. Lagrange « La catégorie « organisation internationale » », in E. Lagrange, J.-M. Sorel, *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, p. 38 sur la remise en cause du modèle classique et p. 43 sur les conférences des parties aux traités multilatéraux.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 45, évoquant not. le cas des actes juridictionnels de la Cour du Bénélux, qualifiée de « juridiction commune à plusieurs États membres » par la CJCE dans un arrêt du 4 novembre 1997, *Parfums Christian*

Deuxièmement, le modèle de l'organisation intergouvernementale classique ne correspond pas à une catégorie légale à laquelle correspondrait un statut donné et duquel on pourrait automatiquement déduire l'existence d'une personnalité²⁴⁹. Par conséquent, en l'absence d'un énoncé stipulant celle-ci (par exemple dans une disposition du traité instituant l'organisation), il est difficile de déterminer un « seuil » de personnification morale. Soit, comme l'a démontré E. Lagrange, il existe « un mécanisme représentatif assurant la réduction de la multitude à l'unité par la synthèse des volontés individuelles » des membres²⁵⁰. Soit, à défaut, l'analyse théorique recourt à la méthode du faisceau d'indices : l'intention des parties (si elle n'est pas explicitement opposée à l'établissement d'un sujet nouveau), les compétences octroyées à l'institution ou certains de ces organes, les rapports entre ces derniers, le traitement national réservé aux actes qu'elle adopte, les qualifications retenues dans certains accords (de siège ou sur les privilèges et immunités notamment)²⁵¹.

En somme, c'est encore une fois l'acceptation d'une certaine indétermination qui constitue un gage de rigueur et non l'inverse. Une délimitation nette *a priori* entre les actes unilatéraux d'un groupe d'États et les actes d'une institution personnifiée apparaît difficile. La seule délimitation possible se réduit à l'affirmation selon laquelle on ne traitera pas des actes *manifestement* imputables à une organisation personnifiée²⁵².

61. La question des actes non dument formalisés adoptés au sein d'une organisation personnifiée – Si le critère de la personnalité offre un discriminant *a priori* utile, il reste que certains auteurs ont mis en évidence l'existence d'une pratique consistant pour les États membres d'une organisation internationale personnifiée à utiliser celle-ci comme le *forum* de leurs discussions et d'adoption d'actes collectifs qui ne lui soient pas imputables²⁵³. Ces actes se distinguent de ceux classiquement attribués à l'organisation dans la mesure où ils ne

Dior et al., aff. C-337/95 ; aussi, R. Rivier, « L'utilisation d'autres formes d'"organisation internationale" », *RGDIP*, vol. 116, 2012, n° 3, not. pp. 487-488.

²⁴⁹ R. Rivier, « L'utilisation d'autres formes d'"organisation internationale" », *op. cit.*, p. 483.

²⁵⁰ E. Lagrange « La catégorie « organisation internationale » », *op. cit.*, p. 47, renvoyant sur ce point vers son ouvrage *La représentation institutionnelle dans l'ordre international*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, 608 p.

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 55-56.

²⁵² On fera une seule exception pour ce qui concerne certains actes de l'Union européenne ayant des conséquences sur les relations qu'elle entretient avec les États tiers (par exemple lorsqu'elle édicte des règles de portée extraterritoriale) car les problématiques qu'ils soulèvent peuvent se poser en des termes similaires à ceux qui portent sur des relations interétatiques.

²⁵³ V. en particulier, R. Rivier, « L'utilisation d'autres formes d'"organisation internationale" », *op. cit.* ; C. Santulli, « Retour à la théorie de l'organe commun : réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas de l'Alba et de la Celac, comparées notamment à l'Union européenne et à l'ONU », *RGDIP*, vol. 116, 2012, n° 3, pp. 565-578.

suivent pas nécessairement le champ des compétences qui lui sont reconnues ni les procédures prévues pour leur adoption. Dans ce genre d'hypothèses, l'organisation apparaît alors comme « l'organe commun » de ces membres. Une telle approche complète ainsi celle axée sur la personnification. Néanmoins, il est inutile d'entrer ici dans ses détails théoriques. C'est à toute fin logique, pour la délimitation de l'étude, qu'elle apporte un complément relativisant le critère choisi. Il suffit de retenir que dans certains cas précis, même un acte adopté au sein d'une organisation personnifiée peut *in fine* être imputable à tous ou partie de ses membres. Ainsi, par exemple, il a pu être relevé que les États membres de l'UE, réunis en Conseil européen les 18 et 19 juin 2009, avaient promis à l'Irlande que le contenu du Traité de Lisbonne tel que ratifié serait pour elle différent. Il s'agissait alors d'une promesse collective des États membres sauf un, à l'intention de l'Irlande, adoptée dans le cadre de l'organisation (concrètement dans ses locaux et durant la réunion de l'un de ses organes) mais non imputable à celle-ci²⁵⁴.

62. Le caractère unilatéral de l'acte collectif: retour au critère matériel et procédural – Une fois identifiés les auteurs d'un acte collectif, c'est-à-dire une fois que l'on a admis qu'il s'agissait d'un groupe d'États et non d'une organisation personnifiée, cela ne fait pas automatiquement de celui-ci un acte unilatéral, comme certains semblent parfois le suggérer²⁵⁵. L'acte d'un groupe d'États réunis au sein d'une certaine institution, peu important ici le nom qu'on lui attribue, n'est pas unilatéral par nature. S'il n'a vocation qu'à régir les rapports entre ses membres, il relève de la catégorie des accords (s'il est contraignant) ou des actes concertés non conventionnels (s'il ne l'est pas). À l'inverse, s'il tend à régir des rapports juridiques entre ces auteurs et d'autres sujets n'ayant pas pris part à son élaboration, c'est-à-dire des sujets extérieurs au groupe de ses auteurs, alors il peut être présumé unilatéral selon le critère précédemment défini²⁵⁶.

²⁵⁴ L'exemple est évoqué par C. Santulli, qui considère notamment que la preuve que le Conseil ne fonctionnait que comme l'organe commun de ses membres réside dans le fait que l'acte n'a pas été adopté selon les procédures prévues par le droit de l'UE, et que s'il avait été considéré comme un acte de droit dérivé imputable à l'Organisation, il aurait très bien pu être annulé, pour cette même raison, par la Cour de Justice, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 128. Pour l'ensemble des garanties, v. Conseil de l'UE, « Conseil européen de Bruxelles, 18 et 19 juin 2009 – Conclusions de la présidence », doc. 11225/2/09 REV 2, 10 juillet 2009, pp. 2-4.

²⁵⁵ Parmi les auteurs précédemment cités, il arrive ici ou là que la qualification des actes des « organes communs » soit directement celle d'actes unilatéraux collectifs, sans plus de distinction entre les cas, ce qui peut parfois prêter à confusion.

²⁵⁶ V. *supra*, § 57.

§4. Thèse proposée et plan de la démonstration

63. *Récapitulation des enjeux* – Les enjeux de l'étude constituent les différents fils tressés de ce travail et apparaîtront plus ou moins visibles ou plus ou moins sous-jacents selon chaque étape du raisonnement proposé. En premier lieu, d'un point de vue pratique, les comportements unilatéraux des États sont susceptibles d'agir de multiples manières dans l'ensemble des processus relatifs à la formation et à l'évolution du droit international. Ils participent et s'insèrent, en outre, dans un contexte d'accroissement et d'approfondissement des relations internationales, au sein d'une société internationale en mutation sur le plan technologique comme sur le plan de ses acteurs et de leurs activités, qui se diversifient. Dans ces conditions, le poids de l'unilatéralisme étatique sur la production du droit international ne peut être minimisé dans la mesure où il constitue pour les États l'un des leviers principaux leur permettant de faire coïncider les sphères du droit et de leurs intérêts.

En second lieu, d'un point de vue théorique, le phénomène décrit ne peut seulement faire l'objet d'analyses éparpillées, propres à chaque domaine ou chaque régime spécifique. L'enjeu central de ce travail consiste ainsi à envisager une représentation théorique commune à l'ensemble des effets produits par les comportements unilatéraux étatiques sur la formation et l'évolution du droit international. Au cœur de cette représentation se situe la problématique de la détermination du degré d'autonomie d'un mode unilatéral de production du droit international vis-à-vis des processus normatifs traditionnels coutumier et conventionnel.

64. *Formulation de la thèse* – Il peut exister autant d'actes juridiques que le droit en institue comme tels, en vertu des « significations intersubjectives » ou « conventionnelles » (*i.e.* des règles secondaires) reconnues par les sujets qui interagissent. Dans ce cas, si la notion n'est utilisée que comme outil de la science du droit et non comme concept renvoyant à une catégorie légalement déterminée, alors il n'y a aucun obstacle à l'utiliser chaque fois qu'un État fait usage d'un pouvoir qui lui est reconnu par une règle de droit et attribuant à son acte (selon son degré de détermination) une signification débouchant sur des effets donnés. La question ne porte donc pas sur l'utilisation de la notion d'acte juridique mais sur la systématisation des rapports qu'entretiennent les actes juridiques unilatéraux des États avec le processus de création, d'interprétation et d'évolution des normes internationales.

À cet égard, la présente thèse soutient que les actes unilatéraux étatiques ne constituent pas, pris isolément, un mode de production du droit international. Ils en constituent néanmoins des éléments de formation. Parmi les actes adoptés par les États, certains participent d'un processus normatif international régi de telle façon que soit assurée la sécurité

intersubjective des rapports de droit. L'analyse de la pratique permet de systématiser les modalités de ce processus.

L'identification de ces actes d'une nature particulière repose sur le raisonnement suivant. En tant que titulaires d'un pouvoir de définition du droit international, les États peuvent émettre divers types de prétentions visant à agir sur la formation et l'évolution de leurs rapports normatifs. Parmi ces prétentions unilatérales, il convient de distinguer entre les prétentions normatives *lato sensu* et *stricto sensu*.

- Les prétentions normatives *lato sensu* constituent des comportements n'ayant *a priori* qu'une valeur politique ou celle de faits juridiques. Il peut s'agir, en particulier, d'offres de (re)négociation ou d'adhésion à un traité ou de comportements manifestement illicites impliquant le rejet d'une règle établie. Du point de vue des rapports normatifs, ces comportements sont présumés inopposables. Ils ne peuvent influencer l'état du droit sans l'acceptation expresse des tiers intéressés. Si acceptation il y a, ce type de processus se rapproche du modèle de l'accord explicite.
- Les prétentions normatives *stricto sensu*, quant à elles, constituent des actes juridiques unilatéraux dans la mesure où elles sont adoptées dans le cadre des marges d'appréciation et contraintes déterminées par des règles secondaires d'habilitation. Ces actes peuvent être qualifiés de « prétentions » dès lors qu'ils ne sont pas manifestement réguliers, soit parce que les habilitations sur lesquelles ils sont prétendument fondés ne sont pas déterminées en tout point, soit parce qu'une pratique suffisamment cohérente des États peut faire émerger une prétention relative à l'existence même d'une habilitation (visant la modification d'une règle établie ou l'émergence d'une règle nouvelle). Ce sont ces prétentions normatives unilatérales *stricto sensu* qui assurent une fonction essentielle dans l'interprétation et l'évolution des normes internationales.

Dans la mesure où elles sont fondées, au moins en apparence, sur des règles d'habilitation, les prétentions *stricto sensu* ont, en tant qu'actes juridiques, une existence objective. À ce titre, elles sont présumées opposables à l'égard des tiers liés par les mêmes règles secondaires. Pour autant, en tant que prétentions non manifestement régulières, elles peuvent être contestées ; les tiers intéressés ont la faculté de soulever d'éventuels motifs d'irrégularité afin d'en remettre en cause l'opposabilité présumée. Selon pareille représentation, les prétentions *stricto sensu* constituent des actes-conditions dont il découle un effet autonome consistant à requérir de la part des tiers intéressés des réactions en vue d'en déterminer la signification et l'(in)opposabilité. L'effet de ces prétentions unilatérales reflète

ainsi l'exercice par leurs auteurs d'un véritable *pouvoir de sommation*. Elles véhiculent des invitations impératives à réagir destinées aux tiers directement intéressés par celles-ci, sous peine d'un effet futur à l'égard de la définition d'un rapport de droit²⁵⁷. L'existence objective de ces prétentions et leur effet de sommation permettent en ce sens, à l'issue d'un certain délai, d'attribuer à l'absence éventuelle de réaction des tiers une conséquence donnée équivalant, dans la majorité des cas, à la reconnaissance d'un acquiescement débouchant sur leur opposabilité définitive.

La mise en valeur de ces prétentions normatives *stricto sensu* révèle l'influence considérable de l'unilatéralisme sur le processus de définition et d'évolution du droit international. Chaque État, sinon chaque acteur de la société internationale, se voit en conséquence soumis à une obligation accrue de vigilance à l'égard des comportements susceptibles de se voir attribuer la valeur de prétentions normatives et d'emporter ainsi des effets sur leurs droits et obligations. Par ailleurs, il découle de cette représentation théorique du processus que l'existence et la signification des rapports de droit produits par des actes unilatéraux étatiques reposent sur des accords informels relatifs à leurs effets.

Plan – Tenant compte de ces considérations, le processus peut être rationalisé de manière à le réduire à ses deux aspects fondamentaux. Le premier a trait à la fabrication des prétentions normatives unilatérales et consiste à se placer du point de vue de leurs auteurs. Il s'agit, sans préjuger à ce stade de l'issue éventuelle du processus dans chaque situation étudiée, d'identifier les prétentions émises par les États en poursuivant un double objectif : d'un côté, cerner le concept en isolant ses différentes caractéristiques et, de l'autre, déterminer les hypothèses pratiques dans lesquelles le droit international attribue à certains comportements pareille valeur (**Partie 1**). Le second aspect du processus porte sur l'opposabilité des prétentions normatives unilatérales et suppose de se placer du côté des sujets tiers intéressés par leur contenu. Cette perspective permet alors de déterminer leurs différents effets autonomes (en tant que prétentions) et hétéronomes (selon les réactions des tiers vis-à-vis de leur contenu) ainsi que les conditions de leur déploiement (**Partie 2**).

²⁵⁷ Dans cette étude, l'effet de sommation des prétentions normatives est envisagé dans un sens commun et non juridique. Si l'on se réfère à la définition proposée par le *Trésor informatisé de la langue française*, la sommation correspond au fait d'enjoindre ou d'intimer à quelqu'un de faire quelque chose (<http://atilf.atilf.fr/>). Dans un sens juridique, elle constitue une injonction réglementaire sous la menace d'une sanction éventuelle, ce qui n'est pas le cas dans le processus décrit ici. V. par ex. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 979 : « [i]nvitation comminatoire avant exécution ; appel pressant adressé à une personne déterminée (acte réceptice) afin de la décider à se conformer à l'invitation qui lui est faite, en lui indiquant les suites fâcheuses auxquelles l'exposerait son refus d'obtempérer (...) ».

<p style="text-align: center;">PARTIE 1</p> <p style="text-align: center;">L'IDENTIFICATION DES PRETENTIONS</p> <p style="text-align: center;">NORMATIVES</p>
--

65. Caractère dualiste des prétentions normatives unilatérales stricto sensu – L'objet de cette étude consiste à proposer une définition unifiée du concept de prétention normative unilatérale *stricto sensu*. La première étape du raisonnement poursuit en ce sens un double objectif : d'une part, exposer les conditions de formation de ce type d'actes juridiques et, d'autre part, isoler les hypothèses dans lesquelles ces derniers déclenchent le processus normatif décrit en produisant les effets considérés comme relevant d'un régime de sommation. À ce double titre, il convient de souligner que le concept retenu permet de mettre en lumière le caractère dualiste des prétentions normatives unilatérales des États. Ce caractère réside dans l'idée que tout acte de cette nature révèle, d'un côté, une prétention à l'exercice d'un pouvoir juridique préexistant et, de l'autre, une prétention à la réalisation d'un effet normatif ayant pour objet la création, l'interprétation ou l'évolution du droit international. Toute prétention normative unilatérale *stricto sensu* reflète ainsi une certaine tension entre ce que son auteur *veut* faire (du point de vue de son intention subjective) et ce qu'il *peut* faire (du point de vue des effets objectifs attribués à son comportement).

Cette dualité des prétentions normatives *stricto sensu* peut être exprimée en recourant à la notion de cause. D'une manière générale, celle-ci renvoie à l'origine d'un effet²⁵⁸. Un comportement humain trouve sa cause dans la raison, le mobile, qui le motive, autrement dit dans l'intérêt recherché. De la même façon, en droit, la cause se rapporte à « l'intérêt de l'acte juridique pour son auteur »²⁵⁹, c'est-à-dire ce qui importe pour lui, un avantage matériel ou moral²⁶⁰. La notion peut alors être subdivisée afin de distinguer ce qui relève de l'intention, d'un côté, et de l'effet juridique recherché, de l'autre²⁶¹. Ainsi, la cause dite « subjective » d'un

²⁵⁸ V. les définitions proposées au *Trésor informatisé de la langue française* (<http://atilf.atilf.fr/>). Le constat est partagé par D. Alland et S. Rials qui se fondent sur le *Dictionnaire de la langue française* de Littré, v. *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 172.

²⁵⁹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 152. Bien qu'il soit moins précis à l'égard de ce terme, v. aussi J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, pp. 154-155.

²⁶⁰ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 596 ; v. aussi G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 560.

²⁶¹ Sur l'évolution historique de la notion et de ses deux aspects, v. D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 172-178 ; J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, pp. 864-871. Sur la définition, le rôle et la critique de la notion en droit privé, voir par exemple, M. Fabre-

acte a trait aux mobiles individuels et variables qui motivent tel État ou tel groupe d'États à agir. La cause « objective », quant à elle, renvoie à des considérations relatives à la contrepartie attendue, autrement dit à l'effet juridique invariable produit par un même type d'actes²⁶². La première permet de mettre en exergue le rôle de l'unilatéralisme comme véritable outil d'une politique normative extérieure. En formulant des prétentions normatives unilatérales, les États poursuivent des objectifs politiques révélant une lutte pour le droit, son développement et sa définition conformément à leurs intérêts. La seconde permet de dresser une typologie des effets normatifs susceptibles d'être produits par les prétentions étatiques, selon qu'elles découlent d'actes isolés ou de pratiques répétées et selon leur caractère novateur, interprétatif ou modificatif. Or, le passage de l'un à l'autre, de l'intention subjective à la volonté objective apte à générer certains effets sur le processus de définition et d'évolution des rapports de droit, dépend du degré d'encadrement des conduites étatiques. Les États prétendent généralement agir dans le cadre des marges d'appréciation et contraintes déterminées par les règles secondaires d'habilitation. De ce point de vue, ces règles d'habilitation constituent à la fois le fondement des pouvoirs permettant aux États d'adopter des actes susceptibles d'avoir la valeur de prétentions normatives (un État délimite ses zones maritimes ou formule une promesse en vertu de règles secondaires de droit international sur lesquelles il se fonde et qu'il interprète) et l'objet de ces prétentions (en se fondant sur ces règles établies ou sur celles qu'il

Magnan, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2012, pp. 426-450 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Paris, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, pp. 245-262.

²⁶² Le vocable permet de s'émanciper de l'usage de certains termes dont l'objet est autre ou la définition peu claire. Ainsi des « motifs » d'une part, et de « l'objet » et du « but » d'autre part. Pour reprendre les mots de C. Eisenmann, les motifs sont des « justifications normatives » au sens où ils transcrivent un lien de prémisses à conclusions entre une règle et la décision adoptée sur son fondement., v. *Cours de droit administratif*, spéc. cours de 1949-1950, « Les actes de l'administration », *op. cit.*, t. 2, p. 285. S'agissant des notions d'objet et de but, elles ont souvent été utilisées pour décrire des éléments psychologiques proches ou similaires à ceux englobés par les causes. Il en va ainsi des « buts » et des « objets médiats » ou « immédiats » dans les réflexions de C. Eisenmann (*Ibid.*, surtout pp. 270-285), des « motifs impulsifs » et « buts déterminants » chez L. Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Éditions de Boccard, 3^{ème} éd., 1927, not. pp. 316-322), ou encore des « motifs déterminants » chez G. Jèze (*Principes généraux de droit administratif*, p. 210) ; pour une vue d'ensemble sur ces débats, voir G. Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Paris, Sirey, 1934, 510 p. En droit international public, les deux termes sont consacrés par le droit positif mais manquent toutefois de clarté. Dans la Convention de Vienne de 1969, la notion d'objet d'un traité renverrait plutôt à un critère matériel lié à l'ensemble des normes établies aux fins de réalisation de l'objectif poursuivi. Le but ferait quant à lui appel à un critère fonctionnel soulignant la finalité du même traité ou, autrement dit, le résultat recherché. Ni les travaux de la CDI, ni la jurisprudence de la CIJ n'apportent de réelles précisions à cet égard, v. not., L. Boisson de Chazournes, A.-M. La Rosa, M. MBengue, « Article 18 », *op. cit.*, pp. 613-618 ; dans le même sens, A. Pellet, « Article 19 », in O. Corten, P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp. 731-740 ; J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, p. 142. Pour une typologie des actes unilatéraux étatiques fondée sur les critères de l'objet et du but, v. le chapitre de F. Poirat, in D. Alland (dir.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 315-320.

estime en voie de formation, l'État les interprète et contribue à la détermination de leur statut normatif et de leur signification). Ainsi, pour ceux qui entendent peser sur le processus normatif, ces règles jouent à la fois comme ressources et comme limites dans la formulation de leurs prétentions.

Dès lors, en suivant un raisonnement en entonnoir, seront analysés successivement les intentions des auteurs de prétentions normatives unilatérales ou leurs causes subjectives (**Titre 1**), le degré d'encadrement de ces prétentions (**Titre 2**) et les effets normatifs susceptibles d'en découler ou causes objectives (**Titre 3**).

TITRE 1

**L'INTENTION : LES CAUSES SUBJECTIVES
DES PRETENTIONS NORMATIVES**

66. L'intention subjective du sujet n'est pas déterminante pour l'attribution à son comportement de la valeur d'un acte ni pour le déploiement de ces effets. Les effets illocutoires d'un acte donné dépendent du jeu d'une règle secondaire²⁶³. Cependant, dans le cadre de l'identification des prétentions normatives des États dans les relations internationales, l'analyse de leurs intentions constitue un point de départ utile. Elle éclaire en effet les finalités, les moyens et les justifications envisagés par les États en vue de faire pression sur la définition et l'évolution du droit international.

Parmi la somme virtuellement illimitée de causes subjectives poursuivies par les États, celles qui caractérisent les prétentions étudiées sont politico-normatives. Autrement dit, le développement du droit international et les significations qui lui sont attribuées sont ici analysés en tant qu'ils constituent des objectifs de nature politique. Les relations dialectiques qui animent le droit et la politique au sein de la société internationale font depuis longtemps l'objet d'une dense littérature²⁶⁴. Au-delà des approches extrémistes et autres « excommunications stériles »²⁶⁵ (négation du droit international au profit des seuls rapports

²⁶³ V. *supra*, § 41.

²⁶⁴ Pour ne citer que les plus célèbres, v. Q. Wright, « Law and Politics in the World Community », in G. A. Lipsky (ed.), *Law and Politics in the World Community. Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1953, pp. 3-14 ; E. Giraud, « Le droit international public et la politique », *RCADI*, vol. 110, 1963, pp. 419-809 ; C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 4^{ème} éd., 1970, 450 p. ; G. de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, 236 p. ; I. Brownlie, « The Relation of Law and Power », in *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger on his Eightieth Birthday*, London, Stevens, 1988, pp. 19-24 ; M. Byers, *The Role of Law in International Politics: Essays in International Law and International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2000, xvi-354 p. ; S. D. Krasner, « International Law and International Relations: Together, Apart, Together ? », *Chicago Journal of International Law*, vol. 1, 2000, n° 1, pp. 93-99 ; Y. Onuma, « International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society », *EJIL*, vol. 14, 2003, n° 1, pp. 105-139 ; C. Reus-Smit (ed.), *The Politics of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, xiv-324 p. ; M. Koskeniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, 423 p. ; O. Corten, *Le discours du droit international – Pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009, 350 p. ; R. Kolb, *Réflexions sur les politiques juridiques extérieures*, Paris, Pedone, 2015, 138 p.

²⁶⁵ A. Pellet, « Art du droit et "science" des relations internationales », in B. Badie, A. Pellet (dir.), *Les relations internationales à l'épreuve de la science politique. Mélanges Marcel Merle*, Paris, Economica, 1993, p. 354.

de force entre États pour certains, analyse juridique « pure » et indépendante du phénomène politique pour d'autres), ces études croisées ont démontré le besoin de décloisonner l'analyse des deux domaines dans la mesure où les faits politiques agissent sur le système juridique. Le droit traduit en effet les équilibres sociaux atteints sur une période de temps donnée²⁶⁶. À ce titre, les prétentions normatives unilatérales des États participent d'une lutte pour le droit (ou contre lui pour un nouveau droit) et au sein du droit (pour son interprétation, son application, sa sanction). Comme l'explique S. Sur, « [c]haque État tend naturellement à projeter et à universaliser ses intérêts, et pour cela sa conception du droit »²⁶⁷. Or, les relations entre droit et politique apparaissent complexes, multiples, protéiformes, tendant parfois vers une certaine symbiose, parfois vers un antagonisme cinglant, au sens où les comportements étatiques confortent le droit positif ou, au contraire, le repoussent en cherchant à s'appuyer sur un droit autre qu'ils souhaiteraient voir consacré²⁶⁸. En formulant des prétentions normatives unilatérales, les États cherchent à se positionner comme autorités aptes à exercer et justifier l'exercice de pouvoirs juridiques tout en poursuivant, au prix de l'instauration plus ou moins assumée de rapports de force, certains objectifs normatifs. À cette fin, les marges d'appréciation laissées par les règles internationales en vigueur ou en formation constituent autant de ressources permettant aux États de peser sur la définition et l'évolution du droit et de pousser les tiers à se rallier à leur position²⁶⁹.

La nature politique des causes subjectives recensées implique qu'elles ne peuvent être envisagées comme des catégories étanches les unes des autres. Il faut en effet garder à l'esprit qu'une seule et même prétention peut poursuivre des objectifs très variés. Cela n'empêche

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 354 et p. 357. L'auteur s'appuie également sur les réflexions de O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 3 : « [a]ccordingly, if we are to understand the significance of international law and how it works and evolves, it is essential to look outside of the law itself ». Plus généralement, on peut renvoyer aux critiques du formalisme juridique et notamment à celle de l'aveuglement aux contextes socio-politiques, par ex. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 151-157.

²⁶⁷ S. Sur, *Relations internationales*, Paris, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2011, p. 244.

²⁶⁸ R. Kolb, *Théorie du droit international*, *op. cit.*, p. 436. L'auteur définit par ailleurs le pouvoir comme « l'ensemble des facteurs expliquant la faculté de quelqu'un d'influer sur ou de déterminer la conduite d'autrui » (p. 417) et la politique comme « l'activité visant à organiser la vie sociale et harmoniser les intérêts concurrents en vue d'un bien commun d'une société, tel que perçu par son auteur » (p. 418), sachant que la politique recherche naturellement l'appui du pouvoir en tant que facteur de sa réussite. V. également les réflexions de M. Virally sur l'intrication des ordres politique et juridique, « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 183, 1983, spéc. pp. 29-33.

²⁶⁹ Dans cette veine, il a pu être noté que l'aspect de « *policy-forging* » de l'unilatéralisme est le plus prégnant lorsque les comportements unilatéraux des États interviennent dans les zones grises laissées par le droit en vigueur, L. Boisson de Chazournes, « Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues », *op. cit.*, p. 317 ; dans le même ordre d'idée, v. P.-M. Dupuy, « The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law », *EJIL*, vol. 11, 2000, n° 1, p. 20.

pas, néanmoins, d'en proposer une typologie²⁷⁰. À cet égard, l'un des tris possibles, déterminé ici par l'opportunité didactique, repose sur la distinction entre les causes propres à chaque État, rapportées à ses seuls intérêts individuels, et celles qui lui sont externes et l'incitent à agir (ou jouent en tant que justifications de ses actions) en tenant compte d'intérêts partagés avec d'autres sujets ou avec la Communauté internationale dans son ensemble. Autrement dit, il s'agit de ranger les causes endogènes des comportements unilatéraux d'un côté (**Chapitre 1**) et les causes exogènes de l'autre (**Chapitre 2**).

²⁷⁰ Selon V. Champeil-Desplats, « [à] la différence de la classification qui vise à intégrer les données de la réalité dans des classes établies sur un mode logique, la construction de types aborde ces données avec souplesse ». Un nombre restreint de types se substituent ainsi à une multiplicité indéfinie de cas, v. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 338 et en général pp. 338-340.

CHAPITRE 1

LES CAUSES ENDOGENES

67. Lorsqu'un État (ou éventuellement un groupe d'États) décide d'agir de sa propre initiative et en vertu de mobiles qui lui sont propres, l'unilatéralisme apparaît doublement présent, autant dans l'action qu'il décide d'entreprendre (aspect procédural) que dans les intérêts avancés (aspect matériel), les siens primant sur ceux de tout autre sujet intéressé. Dans ce genre d'hypothèses, les prétentions normatives de l'État visent soit à peser sur le développement du droit international en vue d'accentuer son influence sur le cours des relations internationales, soit, au contraire, à s'extraire du droit existant ou en formation afin de s'en préserver. Pour faire écho à une typologie générale de l'unilatéralisme proposée par S. Sur²⁷¹, ces causes politico-normatives endogènes peuvent être distinguées selon qu'elles ont pour objet la « projection » des intérêts étatiques (**Section 1**) ou leur « protection » (**Section 2**).

Section 1. L'unilatéralisme de projection

68. Le temps et l'espace constituent les deux champs possibles de projection des intérêts étatiques. L'État peut d'abord chercher à influencer la consistance future du droit en s'engageant dans un processus normatif qui devrait, *in fine*, lui être favorable (§1). Il peut en outre revendiquer une extension du domaine de ses compétences et de leurs effets dans l'espace et ainsi accentuer le rayonnement de sa puissance, de sa vision du droit et de ses valeurs vers les autres acteurs des relations internationales (§2).

§1. La projection dans le temps

69. Selon les mots de J. Combacau, « [t]raiter de l'écoulement du temps, c'est (...) parler de la vie du droit, de la dynamique juridique »²⁷² ; c'est observer « le *travail du temps* dans la

²⁷¹ V. not. S. Sur, *Relations internationales*, *op. cit.*, pp. 294-295 ; du même auteur, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *op. cit.*, pp. 179-180.

²⁷² J. Combacau, « L'écoulement du temps », in SFDI, *Le droit international et le temps. Colloque de Paris*, Paris, Pedone, 2001, p. 77

constitution et dans le sort des phénomènes juridiques internationaux »²⁷³. Cet écoulement du temps ne constitue pas *a priori* une condition de production d'effets de droit pour les comportements unilatéraux des États. C'est néanmoins dans le temps, envisagé comme une dimension, comme une durée, et non comme fait-condition, que peuvent s'agréger les éléments probatoires qui permettent la détermination juridique de certains des effets susceptibles d'en découler²⁷⁴. La conduite d'un État peut en ce sens être motivée par une stratégie qui tienne compte de cet écoulement pour la réalisation de processus normatifs qui, littéralement, demandent ou prennent du temps. Elle traduit dans ce cas une projection des intérêts de son auteur vers l'avenir²⁷⁵. Par cette technique, l'État entend initier ou peser sur la création ou l'évolution du droit et inciter les tiers à réagir en conséquence. En la matière, la pratique révèle deux procédés principaux, selon que l'État a l'intention de voir son comportement constituer un précédent (A) ou d'établir une situation effective (B).

A. L'intention d'établir un précédent

70. Le concept de précédent vise à illustrer le rapport s'établissant entre le comportement d'un acteur juridique, pris comme fait brut (quand bien même il s'agirait d'un acte juridique), et la constitution d'une certaine règle ou à tout le moins la prévisibilité relative des conséquences de l'application du droit. En droit international, la doctrine attribue au précédent une certaine valeur qui est fonction de la perspective qu'elle adopte et de l'objet de son analyse. Tantôt il s'agit de traiter des précédents juridictionnels servant de référence dans la détermination d'une solution²⁷⁶. Il n'existe cependant aucune « règle du précédent » dans l'ordre international, comme ce peut être le cas dans les systèmes de *Common Law*. Ce n'est par ailleurs pas l'objet de la présente étude. Tantôt des précédents sont évoqués dans le cadre du processus de formation des coutumes. Ces précédents-là ressortissent en premier lieu, mais pas exclusivement, à la pratique des États²⁷⁷. Selon cette approche, le terme inclut les « [a]ctes,

²⁷³ *Ibid.*, p. 78, italique de l'auteur.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 85. Ou selon M. Kohen qui s'inspire des mots de Grotius, « tout se fait dans le temps, rien ne se fait par le temps », « L'influence du temps sur les règlements territoriaux », in SFDI, *Le droit international et le temps*, *op. cit.*, p. 157.

²⁷⁵ Considérant que l'État peut aussi tenir compte d'intérêts plus larges que les siens propres. Sur l'unilatéralisme tourné vers le développement du droit international, v. *infra*, §§ 103 et s.

²⁷⁶ « Précédent jurisprudentiel », J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 866.

²⁷⁷ Il apparaît difficile d'aborder le concept de « précédent » selon une démarche qui inclurait à la fois le précédent juridictionnel et le précédent issu de la pratique et contribuant aux processus d'élaboration et d'interprétation des rapports de droit. C'était l'ambition de l'ouvrage proposé par la SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2016, 498 p. Il parvient à ce titre à élaborer utilement une certaine « théorie du précédent » dans l'ordre international. Néanmoins, la plupart des aspects

faits juridiques et comportements concourant à créer, par leur répétition, l'élément matériel du processus coutumier »²⁷⁸. Il illustre en ce sens l'attribution d'une valeur à un acte ou un fait, valeur de référence pour l'identification d'une « pratique » plus large, composée elle-même d'une somme de comportements orientés par lui. Pour cette raison, le précédent peut constituer l'enjeu d'une politique normative extérieure des États axée sur la formulation de coutumes contribuant à la satisfaction de leurs intérêts. Le pouvoir, au sens politique du terme, de détermination d'un précédent permet à l'État qui entend l'exercer en tout ou en partie d'imprimer sa vision de l'éventuelle règle en formation. Par quelle voie et quelle(s) stratégie(s) ? Il faut pour le comprendre porter la lumière sur quelques problématiques complexes et distinctes : la fonction du précédent vis-à-vis de la formation de la règle coutumière (1), les conditions de son établissement (2) et les éléments, en particulier les formes, de sa constitution (3). Les réflexions qui suivent se limitent, par commodité, au phénomène coutumier. On verra cependant à un stade ultérieur de ce travail qu'elles paraissent également valables, *mutatis mutandis*, en droit conventionnel pour tout ce qui a trait à la valeur interprétative ou modificative de la « pratique subséquente » des parties à un traité²⁷⁹.

1. La fonction du précédent

71. La doctrine des deux éléments et la place du précédent – Comme l'a justement affirmé P.-M. Dupuy, « [q]u'on le veuille ou non, ce qui constitue l'âme de la coutume, c'est qu'elle demeure un processus social dont on cherche en vain à faire une procédure juridique »²⁸⁰. La formation du droit international coutumier soulève en effet d'insondables débats relatifs à l'étrangeté du processus permettant la transformation du fait en droit ainsi qu'au fondement du caractère obligatoire des normes qui en découlent²⁸¹. La réponse à ce type d'interrogations est éminemment doctrinale et ne peut être formulée que par le truchement des présupposés philosophiques (volontaristes ou objectivistes notamment, pour reprendre une opposition séculaire) des auteurs qui choisissent de décomposer le phénomène.

pratiques de la question amène à retrouver la division entre les deux formes classiques évoquées. V. not. N. Aloupi, C. Kleiner, « Rapport introductif. Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », pp. 15-46, qui affiche certaines ambitions en introduction mais dont les conclusions demeurent mitigées quant à l'existence d'une catégorie homogène.

²⁷⁸ « Précédent », J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 866.

²⁷⁹ V. *infra*, §§ 242 et s.

²⁸⁰ P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000) », *op. cit.*, p. 198.

²⁸¹ Sur les fonctions du droit coutumier et les difficultés inhérentes à sa théorisation, v. not. R. Kolb, *Théorie du droit international*, *op. cit.*, pp. 176-184.

Il ne s'agit pas ici d'y prendre part mais plutôt d'envisager la coutume sous son aspect fonctionnel car du point de vue des États, le processus coutumier est un outil d'une nature particulière dont la manipulation peut constituer l'une des causes d'un comportement intentionnel. Les États peuvent ainsi chercher à ce que leurs comportements unilatéraux revêtent la valeur de précédents, en visant soit à initier la création d'une coutume par la proposition d'un modèle de conduite, soit à concourir à sa formation tout en orientant sa trajectoire. Au moins deux séries de remarques classiques et mutuellement dépendantes permettent de confirmer cette analyse.

En premier lieu, si le processus coutumier est « à la fois malaisément saisissable et omniprésent »²⁸², l'unité et la stabilité de la méthode (comme idéal-type) permettant de constater l'existence d'une règle coutumière sont incontestables et celle-ci tient compte à un double titre de la position exprimée par ou imputée aux États. Il n'est pas utile d'en faire une présentation détaillée ici. On peut se limiter à renvoyer aux travaux de synthèse élaborés par la CDI et son Rapporteur spécial M. Wood sur le thème de la formation et de l'identification du droit international coutumier depuis 2012. Constatant une très large adhésion de la part des États, de la jurisprudence et de la doctrine, M. Wood consacra aisément l'approche classique fondée sur la recherche de deux éléments cumulatifs inspirés de la formule retenue par les rédacteurs de l'article 38, § 1 b) du Statut de la CIJ. Selon son projet de conclusion 3, « [p]our déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier et son contenu, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit »²⁸³. Pour être « générale », le projet de conclusion 9 souligne que la pratique doit être « suffisamment répandue et représentative, sans être forcément universelle » ; elle doit par ailleurs être « constante » bien qu'il ne soit « prescrit aucune durée précise » ; enfin, selon l'expression consacrée par la Cour de La Haye, il convient de prendre « dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés »²⁸⁴. Quant à l'élément psychologique, l'*opinio juris*, il signifie que la pratique doit « s'accompagne[r] d'un sentiment d'obligation juridique » (projet de conclusion 10)²⁸⁵, autrement dit, de la conviction qu'ont les États de se conformer par leur action à une règle de droit. Ces deux éléments doivent

²⁸² J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 60.

²⁸³ CDI, « Deuxième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », 22 mai 2014, doc. A/CN.4/672, 2014, p. 15, § 31 pour le projet de conclusion 3 et pp. 7-15, §§ 21-30 pour les références permettant de souligner l'existence d'un consensus sur cette question.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 45, § 59 s'appuyant, en particulier, sur l'arrêt de la CIJ du 20 février 1969, *Affaire du plateau continental de la Mer du Nord*, préc., §§ 73-74.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 56, § 69.

apparaître dans tous les cas et dès lors être analysés séparément ; leur existence est nécessaire et suffisante à l'établissement d'une règle coutumière²⁸⁶. Cette dualité – séduisante pour l'esprit – ne doit pas, néanmoins, être exagérée. Les deux critères évoqués constituent les deux faces d'une seule et même pièce ou, selon les mots de B. Stern, « deux aspects d'un même phénomène : une certaine action qui est subjectivement exécutée ou perçue d'une certaine façon ». En pratique, le juge s'appuie donc sur un large faisceau de preuves susceptibles de participer à la satisfaction du premier comme du second, l'objectif étant d'identifier de façon effective l'opinion juridique des États.

En second lieu, les représentants étatiques reconnaissent l'existence et l'efficacité des règles du jeu relatives à la formation de la coutume. Dès lors, celles-ci obligent à une certaine cohérence mais, surtout, permettent (par effet d'anticipation) l'élaboration de « stratégies coutumières » comme partie intégrante de la politique juridique extérieure des États²⁸⁷. Leur intention peut en ce sens consister à exercer une influence sur le processus afin de faire coïncider dans l'avenir la sphère du droit et celle de leurs intérêts, surtout s'ils parviennent à se positionner comme des États « particulièrement intéressés ». Le processus coutumier repose donc sur un jeu de pouvoir auquel les États se prêtent volontiers et les règles coutumières sont par conséquent le résultat de rapports de force²⁸⁸.

72. Dans ce magma normatif complexe, le précédent offre un point de référence à l'égard d'un certain domaine ou d'un certain objet. Il unifie la pratique en lui donnant une certaine cohérence, celle-ci s'élaborant à l'image de celui-là. En ce sens, si la pratique, générale et constante, des États constitue le matériau principal du maçonnerie d'une coutume, le précédent est l'armature de cette pratique. L'*opinio juris*, quant à lui, apparaît notamment lorsque la reprise du précédent laisse entrevoir le sentiment d'une obligation de s'y conformer. Ainsi, le concept de précédent ne se comprend que si l'on considère la relation qu'il entretient avec les éléments d'une certaine séquence temporelle²⁸⁹. Pour reprendre la définition proposée

²⁸⁶ CDI, « Troisième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », 27 mars 2015, doc. A/CN.4/682, 2015, p. 8, § 17.

²⁸⁷ V. G. de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, *op. cit.*, p. 27.

²⁸⁸ V. surtout, R.-J. Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage », in *La communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, selon qui même dans le temps long, la coutume « sage » tend à « camoufler[r] en règle d'intérêt général ce qui fut – et parfois demeure – inspiré par l'intérêt de Puissances dominantes » (p. 78) ; tandis que dans le temps court, la coutume dite « sauvage », celle qui « puise sa racine plus dans les volontés alertées que dans des esprits assoupis par une longue habitude », reflète le résultat de l'action d'une majorité active, sinon d'une minorité habile et puissante, qui parvient à imposer aux autres ses vues (p. 76). V. aussi B. Stern, « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », *op. cit.*, p. 498.

²⁸⁹ J. Combacau, « Notes conclusives », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, *op. cit.*, p. 480.

par N. Aloupi et C. Kleiner, le terme peut désigner « une très large gamme d'actes, faits et comportements passés, c'est-à-dire d'*antécédents*, mais qui sont « *qualifiés* » de « précédents » [et] ont donc une certaine *valeur* (qui reste pour l'instant indéterminée) »²⁹⁰. Les auteurs en dégagent alors deux caractéristiques principales. D'abord, le précédent est nécessairement un fait passé, antérieur à la règle qui s'appuie sur lui. L'antécédent ne devient précédent que de façon rétrospective et pour l'avenir uniquement²⁹¹. Autrement dit, avec les mots d'une autre auteure, c'est la règle coutumière qui « institue rétrospectivement le précédent, alors que paradoxalement lui-même « antécède » la règle : celle-ci n'est que la représentation, dans l'ordre juridique, de la prétention normative que portait le comportement initial »²⁹². Le précédent est en ce sens un antécédent qui a réussi, si du moins il apparaissait comme comportement intentionnel. Ensuite, le précédent se construit à raison de la similarité des situations factuelles à l'égard desquelles il est invoqué. Cette similarité est forcément évaluée de façon subjective et soumise à l'interprétation des acteurs amenés à se prononcer. *A contrario*, la méthode du *distinguishing* est connue pour permettre à ces derniers de s'en départir²⁹³. L'intention de différents acteurs peut donc jouer à différents stades de l'établissement du précédent.

2. L'établissement du précédent

73. *Rôle de l'intention de l'auteur de l'antécédent et phénomènes d'« anticipation constructive »* – L'intention à laquelle on se réfère ici n'est pas la « volonté » au sens de l'exercice du pouvoir d'adopter un acte juridique quand bien même les précédents peuvent se

²⁹⁰ N. Aloupi, C. Kleiner, « Rapport introductif. Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, p. 23, italique des auteurs.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 25.

²⁹² A. Hamann, « L'autorité du précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, *op. cit.*, p. 157. On ne souscrit pas, cependant, à toutes les réflexions de l'auteure, qui ne distingue pas clairement le rôle de la « pratique » et celui du « précédent » dans le processus coutumier et, plus généralement, qui raisonne à propos d'une certaine autorité du précédent et va même jusqu'à ne voir que des précédents obligatoires (en remettant explicitement en cause la distinction entre précédents obligatoires et persuasifs et *a fortiori* entre systèmes de *Common Law* et de *Civil Law*), alors que les conséquences juridiques dont il s'agit semblent plutôt découler de l'autorité de la règle qui institue le précédent et non de celui-ci directement. Si la règle coutumière a un effet obligatoire, cela ne revient pas à établir une « règle du précédent ».

²⁹³ N. Aloupi, C. Kleiner, « Rapport introductif. Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, pp. 27-28 ; sur la méthode du *distinguishing*, v. dans le même ouvrage la contribution de G. Cahin, « Le comportement des États et des organisations internationales comme précédent », *op. cit.*, spéc. pp. 80-83.

présenter sous cette forme²⁹⁴. Cette précision étant faite, il s'agit alors de distinguer entre plusieurs acteurs dont le comportement est pertinent pour l'établissement du précédent : l'État auteur de l'antécédent d'un côté et le(s) premier(s) utilisateur(s) de celui-ci de l'autre, qui, dès lors, se place(nt) comme auteur(s) du précédent en tant que tel²⁹⁵. Dans l'ensemble de ce processus, nul doute que « l'effet précédentiel » du comportement des grandes puissances a plus de poids. Non pas que ce poids constitue un critère d'identification de la pratique coutumière ; la CIJ comme le Rapporteur spécial de la CDI tendent à rejeter cette idée²⁹⁶. La pratique des puissances n'a pas plus de poids (juridique) en elle-même ; elle en a toutefois indirectement car elle est nécessaire (ces États étant régulièrement en position d'être « particulièrement intéressés ») et parce que leur puissance relative génère avec leurs comportements une force de gravitation diplomatique menant aisément les tiers à en avoir connaissance, à réagir et, par conséquent, à constituer une pratique générale. À cet égard, en se fondant sur certaines méthodes sociologiques et statistiques, certains auteurs ont démontré le rôle des puissances dans les « seuils critiques » (*tipping points*) du processus coutumier²⁹⁷.

En ce sens, l'intention de l'auteur de l'antécédent n'est pas juridiquement déterminante. Un précédent pourrait très bien être constitué en l'absence d'intention de l'État auteur de l'antécédent ou sans qu'il en ait conscience. Inversement, il peut avoir l'intention ferme de constituer un précédent mais celui-ci ne peut par définition advenir immédiatement (*i.e.* aucun État n'a le pouvoir juridique de former des précédents comme il pourrait adopter certains actes). Dès lors, un tel comportement ne peut qu'avoir la valeur d'une prétention *largo sensu* pour l'avenir (indépendamment du fait que le comportement étatique puisse aussi constituer une prétention unilatérale *stricto sensu* telle que définie dans cette étude)²⁹⁸. L'intention

²⁹⁴ N. Aloupi, C. Kleiner, « Rapport introductif. Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, p. 32.

²⁹⁵ *Ibid.* Les auteurs y ajoutent les utilisateurs simples du précédent une fois constitué, bien qu'ils n'aient pas de rôle pour son établissement. Tout au plus en confirment-ils la valeur *a posteriori*.

²⁹⁶ CDI, « Deuxième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », *op. cit.*, pp. 39-41, § 54. Le Rapporteur spécial fait notamment référence au débat ayant été soulevé à l'occasion de l'avis consultatif de la CIJ du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.* p. 226, not. p. 278 (déclaration du Juge Shi), p. 414 (opinion dissidente du Juge Shahabuddin) et pp. 535-536 (opinion dissidente du juge Weeramantry) ; *contra*, p. 312 (opinion dissidente du juge Schwebel).

²⁹⁷ V. not. P.-H. Verdier, E. Voeten, « Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: an Explanatory Theory », *AJIL*, vol. 108, 2014, n° 3, pp. 389-434 ; W. T. Worster, « The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law », *Boston University International Law Journal*, vol. 31, 2013, n° 1, pp. 1-73.

²⁹⁸ Comme l'a exprimé J. Combacau, « ce à quoi ils prétendent précisément, car ce n'est à ce stade qu'une « prétention de droit », c'est à constituer un modèle de conduite qui puisse faire droit à l'avenir, et qui accèdera effectivement à cette qualité par la concordance d'autres précédents, comportements actifs (conformes) d'États convaincus de l'opportunité de la règle virtuelle qu'ils contribuent par leur ralliement à faire advenir, ou comportements passifs témoignant d'une acceptation, d'une résignation, d'une

exprimée et le jeu de puissance dans lequel l'État s'engage, le cas échéant, peut cependant accélérer le processus²⁹⁹. G. Cahin qualifie cette attitude d'« anticipation constructive » et identifie à ce titre trois degrés d'intensité permettant d'illustrer ce rapport entre l'intention initiale et l'établissement potentiel d'un précédent. Le premier est un cas-limite. Un État peut vouloir établir un précédent mais il admet, explicitement ou implicitement, qu'une telle hypothèse a peu de chance d'advenir. L'auteur cite à cet égard la déclaration de l'URSS du 15 juin 1982 par laquelle elle s'engageait à ne pas recourir en première à l'arme nucléaire tout en reconnaissant qu'il était peu probable que les autres puissances la suivent sur ce chemin³⁰⁰. On peut ajouter à cet exemple celui de la renonciation de la France en 2015, prononcée par le Président F. Hollande, de son droit de veto au Conseil de sécurité des Nations Unies en cas de « crimes de masse ». Il semblait assez évident que les autres membres permanents ne suivraient pas. Cela dit, l'objectif n'était certainement pas là. Il s'agissait surtout, au-delà de l'intention d'afficher un certain *leadership* au moins moral, de montrer du doigt les auteurs réguliers de vetos qui bloquent l'action du Conseil pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, en particulier la Russie vis-à-vis de la situation en Syrie³⁰¹. Le second cas correspond à celui où l'État a conscience de prendre le risque de contribuer à l'établissement d'un précédent contre son intention. Ce fut par exemple le cas de l'administration du Président B. Obama qui admit en 2012 que l'utilisation de drones à effet létal dans les conflits armés risquerait d'offrir un argument à des États tiers moins respectueux des vies civiles dans l'hypothèse où ils souhaiteraient se livrer à des pratiques similaires³⁰². Le troisième cas a trait aux situations dans lesquelles un État affiche clairement son intention d'établir un précédent en vue d'une évolution du droit³⁰³. L'exemple topique est fourni par la déclaration du Président Truman du 28 septembre 1945 sur le plateau continental. Au-delà du fait d'attribuer aux États-Unis d'Amérique des droits sur l'ensemble du plateau continental adjacent à leurs côtes, celle-ci énonça un certain nombre de justifications pouvant être vues comme incitant

indifférence (ou d'une ignorance fautive) jugées suffisantes pour rendre opposable à tous les autres la règle prétendue », « L'écoulement du temps », *op. cit.*, pp. 85-86.

²⁹⁹ N. Aloupi, C. Kleiner, « Rapport introductif. Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, p. 33.

³⁰⁰ G. Cahin, « Le comportement des États et des organisations internationales comme précédent », *op. cit.*, pp. 54-55.

³⁰¹ V. Assemblée générale, 70^{ème} session, 13^{ème} séance plénière, 28 septembre 2015, doc. A/70/PV.13, pp. 42-45.

³⁰² G. Cahin, « Le comportement des États et des organisations internationales comme précédent », *op. cit.*, p. 55 et les références citées, not. J. O. Brennan, « The Efficacy and Ethics of U.S. Counterterrorism Strategy », *International Security Studies*, Washington, Wilson Center, 30 avril 2012 : <https://www.wilsoncenter.org/event/the-efficacy-and-ethics-us-counterterrorism-strategy>.

³⁰³ *Ibid.*

d'autres États côtiers à faire de même, dans une logique de développement du droit international³⁰⁴. On peut également citer le cas de la loi canadienne de 1970 sur la prévention de la pollution des eaux arctiques. Le gouvernement affirmait alors endosser une responsabilité particulière en vue et dans l'attente d'un développement futur du droit international³⁰⁵.

74. *Le rôle des tiers dans l'établissement du précédent* – Si l'intention de l'auteur de l'antécédent n'est pas directement pertinente pour constituer un précédent, celle des tiers intervenant postérieurement à l'antécédent peut jouer à un double titre. D'une part, les premiers utilisateurs de l'antécédent contribuent à générer le précédent dans la mesure où c'est cette reprise qui lui attribue, au moins à leurs yeux dans un premier temps, une telle qualification. En ce sens, ils valident l'anticipation constructive de l'auteur de l'antécédent, ce dernier intégrant le monde du droit en tant que fait juridiquement pertinent, au moins en tant qu'élément persuasif³⁰⁶. En se référant à l'antécédent, les États concernés contribuent alors à l'émergence et à la propagation du phénomène de création coutumière ; et c'est *in fine* la reconnaissance d'une règle coutumière qui permet d'achever le raisonnement consistant à identifier par rétrospection une pratique qui trouve sa cohérence et sa constance dans la référence à un ou certains précédents³⁰⁷. C'est alors au stade de la propagation du processus de création qu'intervient, d'autre part, le second rôle potentiel des tiers pour l'établissement du précédent et d'une règle coutumière (les deux qualifications étant liées). Devant la connaissance du précédent en devenir et le constat corollaire de l'émergence d'une pratique tendant à se généraliser, alors leur simple acceptation, éventuellement silencieuse, pourra *in fine* venir confirmer la constitution de la règle et permettre au processus d'aboutir. On passe alors, avec ce second aspect, de la question de l'établissement d'un précédent à celle, plus

³⁰⁴ Par exemple, dans son préambule, la déclaration énonce notamment que « *it is the view of the Government of the United States that the exercise of jurisdiction over the natural resources of the subsoil and sea bed of the continental shelf by the contiguous nation is reasonable and just, (...) since the continental shelf may be regarded as an extension of the land-mass of the coastal nation and thus naturally appurtenant to it (...)* », texte disponible en ligne : <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=12332>.

³⁰⁵ « Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques », LC 1970, ch. 47, désormais LRC 1985, ch. A-12, texte disponible en ligne : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/A-12/page-1.html>. V. aussi la « Déclaration du secrétaire d'État aux affaires extérieures, M. Mitchell Sharp, à la chambre des communes, le 16 avril 1970, lors de l'étude du projet de loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques », texte n° 42, Extrait de *Déclarations et Discours*, n° 70-5, in M. Lebel, J. Woerhling, F. Rigaldies (dir.), *Droit international public. Notes et documents*, Montréal, Thémis, 1978, t. 1, pp. 303-312, spéc. p. 305 : « [l]a pratique adoptée par les États, ou en d'autres termes, leurs décisions unilatérales, a toujours constitué un moyen légitime dont disposent les États pour donner jour à un droit coutumier international ».

³⁰⁶ N. Aloupi, C. Kleiner, « Rapport introductif. Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, p. 37.

³⁰⁷ V. *supra*, §§ 73-74.

générale mais dépendante, de l'établissement d'une pratique et d'une *opinio juris*, critères nécessaires à la reconnaissance d'une coutume. Les exemples déjà évoqués permettent d'illustrer ce double mouvement d'établissement d'un précédent et de propagation d'une pratique et d'une *opinio juris* à vocation coutumière. En particulier, les années qui suivirent la déclaration Truman de 1945 furent marquées par la manifestation de nombreuses revendications identiques, notamment par les États d'Amérique latine, qui ont rapidement compris l'intérêt de protéger leurs ressources marines potentielles face à un principe coutumier de liberté de la haute mer établi de longue date par les grandes puissances maritimes. Par ailleurs, l'absence de protestation devant ces nouvelles revendications a été interprétée comme la preuve d'une évolution rapide du droit coutumier de la mer³⁰⁸.

3. La constitution du précédent

75. Diversité des éléments formels de preuve – La jurisprudence internationale comme la doctrine s'accordent sur le fait que les preuves formelles de l'existence d'une pratique ou d'une *opinio juris* ne sont pas limitées en principe et il en va *a fortiori* de même pour ce qui concerne l'identification d'un précédent en particulier. Le Rapporteur spécial de la CDI sur le processus coutumier en propose un résumé détaillé. Un précédent peut être constitué par tout comportement de l'État dès lors qu'il lui « est attribuable, dans l'exercice d'une fonction exécutive, législative, judiciaire ou autre » (projet de conclusion 6)³⁰⁹. Quant aux conditions de forme, le projet de conclusion 7 énonce le principe général suivant :

« 1. La pratique peut prendre diverses formes et résulte d'actes matériels et verbaux. 2. La pratique se manifeste notamment dans le comportement des États « sur le terrain », l'action et la correspondance diplomatique, les actes législatifs, la jurisprudence interne, les publications officielles dans le domaine du droit international, les déclarations faites au nom d'États concernant telle ou telle entreprise de codification, la pratique en matière de traités et les actes résultant de résolutions adoptées par des organes d'organisations ou de conférences internationales. 3. L'inaction peut aussi valoir pratique (...) »³¹⁰.

Le projet de conclusion 11 relatif aux éléments de preuve d'une *opinio juris* est, à quelques détails près, similaire³¹¹. Dans un cas comme dans l'autre, M. Wood précise qu'il n'est ni utile

³⁰⁸ H. Lauterpacht, « Sovereignty Over Submarine Areas », *BYIL*, vol. 27, 1950, pp. 380-381 pour les initiatives similaires prises par d'autres États, et pp. 393-398 sur le processus coutumier et l'absence de protestation.

³⁰⁹ CDI, « Deuxième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », *op. cit.*, p. 19, § 36.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 36, § 48.

³¹¹ *Ibid.*, p. 70, § 80.

ni souhaitable de se livrer à l'élaboration d'une liste véritablement exhaustive, notamment en raison des évolutions politiques et technologiques potentielles de la société internationale³¹². Son rapport s'appuie en outre sur une multitude d'exemples³¹³. On peut en évoquer ici au moins deux catégories particulières qui soulèvent chacune des enjeux intéressants et démontrent que la logique du précédent peut s'insinuer dans la plupart des domaines de la coopération internationale.

En premier lieu, la pratique pertinente des États pour la création de précédents coutumiers peut provenir de leurs organes internes et notamment des décisions rendues par les juridictions qui appliquent le droit international et par là l'interprètent et agissent sur son évolution³¹⁴. En la matière, même si ces actes ne sont pas toujours cohérents avec l'idée d'une politique juridique extérieure en principe conduite par les pouvoirs exécutifs, le droit international les traite comme des éléments d'identification de la position juridique des États vis-à-vis des règles en vigueur ou en formation³¹⁵. Ainsi, par exemple, la genèse de la distinction entre les actes de l'État relevant d'un exercice de puissance publique (*jure imperii*) et ceux relevant de la sphère commerciale (*jure gestionis*), pour lesquels la règle de l'immunité juridictionnelle est écartée, remonte notamment aux positions exprimées par les tribunaux belges et italiens³¹⁶. Dans le même ordre d'idée et plus récemment, la Cour de cassation italienne a tenté à plusieurs reprises d'arranger une exception au principe de l'immunité juridictionnelle des États fondée sur la violation d'une règle de *jus cogens*, position finalement considérée par la CIJ comme contraire à une règle coutumière qui lui parut solidement ancrée dans la pratique des autres États³¹⁷.

³¹² *Ibid.*, p. 23, § 41 et p. 61, § 76.

³¹³ Pour chaque type de preuve formelle, M. Wood référence au moins quelques exemples ainsi que quelques études doctrinales, pour ce qui concerne la pratique, v. *ibid.*, pp. 19-35, §§ 37-47 et pour la recherche d'une *opinio juris*, v. *ibid.*, pp. 56-70, §§ 70-79.

³¹⁴ Plus généralement, sur les pratiques interprétatives et modificatives, v. *infra*, §§ 241 et s.

³¹⁵ V. par ex. G. Cahin, « Le comportement des États et des organisations internationales comme précédent », *op. cit.*, p. 59, réagissant à l'assertion selon laquelle ce n'est pas aux juges de « développer » le droit international, l'auteur nuance : « dans les matières où, comme celle des immunités de juridiction et d'exécution, la pratique étatique est pour une large part formée par les décisions des tribunaux internes ; s'il n'est pas rare que certains d'entre eux entendent donner à celles-ci la signification d'un précédent, la portée de leur attitude demeure néanmoins conditionnées par la réaction ou la position des organes compétents pour engager internationalement l'État ».

³¹⁶ Sur l'origine et l'expansion de la doctrine de l'immunité restreinte, v. J.-F. Lalive, « L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales », *RCADI*, vol. 84, 1953, pp. 247-251.

³¹⁷ CIJ, arrêt du 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*, *Rec.*, not. §§ 83-91 ; P.-F. Laval, « L'arrêt de la Cour internationale de Justice sur les immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant) », *AFDI*, vol. 58, 2012, pp. 147-180. V. également la question du développement d'un droit coutumier relatif aux immunités des organisations internationales et à leur éventuelle levée afin d'éviter des situations de déni de justice, I. Pingel, « Les privilèges et immunités de l'organisation internationale », in E. Lagrange, J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales*, *op. cit.*,

76. En second lieu, le processus coutumier se nourrit d'autres procédés de création de normes internationales, *hard* ou *soft*, offerts par le droit international. En ce sens, les États participent, à brève échéance, à l'élaboration de sources formelles (traités ou résolutions adoptées dans le cadre d'une organisation internationale) tandis que leur comportement contribue par la même occasion, à moyen ou long terme, à la formation de coutumes. Le recours à ces techniques revêt un double intérêt pour le juge dans le cadre de la recherche de l'existence d'une règle coutumière. D'une part, l'encadrement procédural de l'expression du consentement étatique (soit par les modalités prévues par le droit des traités, soit par le vote au sein d'un organe déterminé) en renforce la valeur probatoire. D'autre part et par conséquent, l'utilisation de tels procédés révèle, plus que la pratique effective, la formation d'une *opinio juris*. Autrement dit, si les États choisissent de formaliser certains principes, c'est qu'ils entendent dépasser l'usage ou la simple courtoisie³¹⁸.

Ainsi, la participation des États aux traités peut inciter le juge à déduire l'existence d'une règle coutumière³¹⁹. En la matière, plus cette participation est large, plus elle est susceptible d'être vue comme la manifestation collective de l'intention des États parties d'établir un précédent pertinent (manifestation que l'on peut voir comme « unilatérale » du point de vue des tiers et d'un processus coutumier externe au rapport conventionnel établi par le traité). Le droit de la mer a régulièrement été le témoin de cette dialectique entre traités et coutumes. Par exemple, dans l'affaire du vapeur *Wimbledon* (1923), dont l'accès au canal de Kiel fut refusé, la CPJI a considéré, par analogie, que l'encadrement juridique de la navigation via les canaux de Suez et de Panama manifestait « l'opinion générale suivant laquelle lorsqu'une voie d'eau artificielle mettant en communication deux mers libres, a été effectuée d'une manière permanente à l'usage du monde entier, cette voie se trouve assimilée aux détroits naturels »³²⁰. *A contrario*, dans l'*Affaire du droit d'asile* (1950), le refus de participer à certaines conventions a pu être considéré comme manifestant l'intention du Pérou de ne pas se voir opposer la

p. 630-632, qui note que la pratique n'est pas unanime sur ce point. À cet égard, les études comparatives sont légion, pour les plus récentes : A. Reinisch (ed.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2013, xxviii-376 p. ; voir aussi plusieurs contributions au numéro spécial de l'*International Organizations Law Review*, vol. 11, 2014, n° 1.

³¹⁸ Selon la définition de l'*opinio juris* adoptée par la CIJ dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, préc., § 77.

³¹⁹ CDI, « Deuxième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », *op. cit.*, p. 27, § h).

³²⁰ CPJI, *Affaire du Vapeur « Wimbledon » (Allemagne c. France et autres)*, préc., p. 28. V. aussi CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/ États-Unis d'Amérique)*, préc., § 94, où la Chambre a tenu compte du consensus atteint sur certains points durant l'élaboration de la Convention de Montego Bay de 1982.

coutume dont l'existence était alléguée par le demandeur³²¹. Cependant, il ne faut pas généraliser à toutes les hypothèses ces dernières considérations. La multiplication des traités à l'égard d'un certain objet peut aussi être interprétée comme l'absence d'une *opinio juris* dans la mesure où elle illustre un ensemble de dérogations à un principe général ayant vocation à se maintenir³²². Cela dépend *in fine* des dispositions concernées et des circonstances de leur adoption³²³.

De la même façon, le juge tient compte de l'attitude des États à l'égard de certaines résolutions prises dans le cadre des organisations internationales, qui peuvent parfois avoir une certaine « valeur normative »³²⁴. Aussi le vote est-il considéré comme l'une des preuves de l'existence d'une *opinio juris*, notamment lorsqu'il s'exprime à l'occasion de l'adoption d'un texte par l'Assemblée générale des Nations Unies³²⁵. Les résolutions programmatiques adoptées par consensus ou par une large majorité sont dès lors considérées comme les « catalyseurs » du processus de formation des coutumes³²⁶. En ce sens, le droit applicable à l'espace extra-atmosphérique, même si l'activité qu'il régit n'est encore que le privilège direct de quelques puissances, fut par exemple marqué par un développement particulièrement rapide dans les années 1960³²⁷ et 1980³²⁸. Toutefois, il serait exagéré de considérer que le vote de l'État poursuive nécessairement une cause coutumière et soit le révélateur d'une politique

³²¹ À propos d'une éventuelle coutume régionale, CIJ, *Affaire du droit d'asile (Colombie/Pérou)*, préc., pp. 277-278.

³²² V. par ex. CIJ, arrêt du 24 mai 2007, *Abmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, Rec., § 90 où la Cour considère que la multiplication des régimes particuliers en matière de protection des investissements ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières en matière de protection diplomatique auraient changé.

³²³ CDI, « Deuxième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », *op. cit.*, p. 65, § f).

³²⁴ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis préc., § 70 à propos des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies.

³²⁵ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, fond*, préc., § 188, à propos de la résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

³²⁶ V. CDI, « Troisième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », *op. cit.*, p. 33, § 45, citant la thèse de G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*, Paris, Pedone, 2001, vii-782 p.

³²⁷ V. la résolution 1962 (XVIII) du 13 décembre 1963, « Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique » ; B. Cheng, « United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law? », *Indian Journal of International Law*, vol. 5, 1965, pp. 23-111.

³²⁸ V. AGNU, résolution 41/65 du 3 décembre 1986, « Principes sur la télé-détection » ; par exemple, sur la liberté d'observation depuis l'espace du territoire des autres États, I. I. Kuskouvelis, « La légalité coutumière de l'observation spatiale militaire », *Revue française de droit aérien et spatial*, vol. 175, 1990, spéc. pp. 309-315 ; plus généralement, V. S. Verescetin, G. M. Danilenko, « Custom as a Source of International Law of Outer Space », in F. Lyall, P. B. Larsen (eds), *Space Law*, Aldershot, Ashgate, 2007, pp. 113-126.

juridique³²⁹. D'abord, chaque résolution mérite d'être décomposée afin d'y déceler, ici ou là, les indices de formation d'une coutume (nombre de votes favorables, formulations choisies, déclarations des États, *etc.*). Ensuite, il faut tenir compte du fait qu'un vote favorable peut trouver l'un de ses motifs politiques dans l'absence de caractère obligatoire des résolutions adoptées. Enfin, cela reviendrait à limiter l'identification de la coutume à la recherche d'une *opinio juris*, tandis que la Cour de La Haye continue de s'appuyer également sur la pratique³³⁰. Le vote ne peut donc être vu, à lui seul, comme l'expression parfaitement claire d'une intention de prendre activement part au processus coutumier.

77. Absence de hiérarchie entre les éléments de preuve et cas de l'existence de dissensions entre les organes – Au principe selon lequel la pratique et l'*opinio juris* des États peuvent être démontrées par tout moyen s'ajoute celui selon lequel il n'existe aucune hiérarchie entre les différents éléments de preuve. Aucune hiérarchie, d'une part, entre ceux qui pourraient se rapporter à la pratique et ceux démontrant l'existence d'une *opinio juris*. Un même comportement peut servir à établir l'existence de l'une comme de l'autre. À cet égard, le Rapporteur spécial de la CDI a choisi de clairement l'exprimer dans un projet de conclusion 11, § 4, selon lequel « [l]e fait qu'un acte (positif ou négatif) accompli par tel État établisse l'existence d'une pratique aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier n'empêche pas le même acte de prouver que la pratique en question est acceptée comme étant le droit »³³¹. Aucune hiérarchie, d'autre part, entre les différents éléments formels de preuve tout court, que ce soit pour établir l'un ou l'autre des critères aboutissant à l'existence d'une règle coutumière³³².

Cependant, il convient d'envisager l'hypothèse où il existerait des dissensions entre les organes d'un même État. Comment envisager la position de ce dernier dans un tel cas ? Peut-on considérer que l'État entende faire précédent ou plus largement inscrire sa pratique dans le cadre d'une pratique générale coutumière si ce n'est l'intention que d'une partie seulement de ses organes ? Le domaine des immunités livre des illustrations de ce type de dissensions,

³²⁹ CDI, « Deuxième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », *op. cit.*, pp. 66-67, § g), et « Troisième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », pp. 34-42, §§ 47-53.

³³⁰ Pour un exemple récent, v. CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, préc., §§ 55-56.

³³¹ CDI, « Deuxième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », *op. cit.*, p. 70, § 80.

³³² *Ibid.*, projet de conclusion 8, § 5, p. 37, § 51 : « [i]l n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique ».

en particulier entre les juridictions d'un côté et le pouvoir exécutif de l'autre³³³. Deux types de solution peuvent alors être envisagés. D'une part, il est possible d'attribuer un poids plus important aux positions exprimées par le pouvoir exécutif, compte tenu de sa responsabilité traditionnelle dans la conduite des relations extérieures. C'est l'approche exprimée par l'*International Law Association*³³⁴. D'autre part, la pratique étatique peut être envisagée de façon plus globale, ce qui pousserait en quelque sorte à attendre que la position de l'État s'éclaircisse ou, autrement dit, à ne pas tenir compte de la pratique de cet État tant que ces organes ne s'expriment pas à l'unisson. C'est la position privilégiée par M. Wood, selon lequel il conviendrait d'accorder « moins de poids à la pratique des organes de l'État dès lors qu'ils ne parlent pas d'une même voix » (projet de conclusion 8, § 2)³³⁵.

Pour conclure sur ce point, les comportements des États peuvent délibérément s'inscrire dans le cadre de stratégies coutumières. L'auteur d'un antécédent (sans qu'il s'agisse nécessairement, à ce stade, d'une prétention normative *stricto sensu* au sens de cette étude) peut attendre que le modèle de conduite qu'il propose soit repris par d'autres sujets en vue de constituer un précédent. Les tiers, quant à eux, peuvent aussi participer intentionnellement à ce processus en se fondant sur l'antécédent. Si pareil processus aboutit, l'antécédent devient alors, par rétrospection, un précédent coutumier. Il révèle alors, par la même occasion, sa valeur de prétention normative *stricto sensu* appelant la réaction des tiers intéressés.

B. L'intention d'établir une situation effective

78. *L'effectivité comme acte-condition accompli en vue du déclenchement d'un statut légal* – Au-delà de la technique du précédent, les États sont susceptibles de vouloir peser pour l'avenir sur la création ou la modification du droit international par l'établissement de situations « effectives ». Selon une définition classique, ces situations sont qualifiées comme

³³³ On a déjà évoqué l'exemple de la position de la Cour de cassation italienne visant à lever l'immunité de juridiction des États tiers en cas de crimes graves impliquant la violation de normes de *jus cogens*, v. *supra*, § 75. G. Cahin en présente l'essentiel, « Le comportement des États et des organisations internationales comme précédent », *op. cit.*, pp. 62-64. V. aussi par ex. C. Beaucillon (dir.), « L'immunité juridictionnelle de l'État face aux violations graves des droits de l'homme. À propos de l'affaire *Allemagne c. Italie* », IREDIES Working Paper, n° 1/2017, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 15 p. : https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIIES/Couvertures_publications/Breves_1_Immunités_et_droits_de_l_homme.pdf.

³³⁴ International Law Association, London Conference (2000), Committee on Formation of Customary (General) International Law, Final Report, p. 18, § 9, e).

³³⁵ CDI, « Deuxième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », *op. cit.*, p. 37, § 51.

telles lorsqu'elles existent en fait et correspondent à la réalité³³⁶. Le caractère effectif de la situation découlant du comportement étatique peut alors emporter diverses conséquences juridiques. Dans certains cas, ce sont les règles du droit international qui font appel à l'effectivité en tant que condition nécessaire à l'application du régime qu'elles prévoient. En ce sens, la conduite continue de l'État constitue une prétention normative ayant pour objet le déclenchement d'un certain statut. L'effectivité de son comportement est alors prise en compte et encadrée par le droit ; par la même occasion, elle tend à le consolider, dans sa mise en œuvre comme sa justification³³⁷.

Certaines règles relatives à la souveraineté territoriale des États illustrent parfaitement cette hypothèse. Par exemple, l'acquisition de terres sans maître repose sur une coutume, systématisée dans la sentence du 4 avril 1928 dans l'affaire de l'Île de Palmas (*Pays-Bas/États-Unis*), exigeant, au-delà de la simple condition de découverte, une occupation effective du territoire censée traduire l'intention réelle de l'État d'en prendre durablement possession³³⁸. La règle opère ici un simple renvoi à la situation considérée. Elle se limite à enregistrer son existence, attestée à tout le moins par quelques actes d'administration, afin d'octroyer à l'État un titre juridique opposable à ses pairs sur le territoire effectivement occupé. De la même manière, la jurisprudence relative à la délimitation territoriale recourt régulièrement aux effectivités lorsque les titres juridiques manquent de clarté ou font défaut. Comme l'a clairement affirmé la CIJ dans son arrêt du 22 décembre 1986 en l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, si « le titre juridique n'est pas de nature à faire apparaître de façon précise l'étendue territoriale sur laquelle il porte », les effectivités « peuvent alors jouer un rôle essentiel pour indiquer comment le titre doit être interprété dans la pratique ». De même, en cas d'absence de titre juridique, l'effectivité « doit inévitablement être prise en considération »³³⁹. Dans un cas comme dans l'autre, les tribunaux peuvent tenir compte d'une grande diversité de comportements considérés comme manifestant un exercice de souveraineté étatique³⁴⁰. Ainsi, quelle que soit l'hypothèse, l'effectivité de l'occupation d'un

³³⁶ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 141. De façon générale, v. F. Couveinhes-Matsumoto, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, sur les ambiguïtés de la notion, spéc., pp. 1-5.

³³⁷ R. Kolb évoque à cet égard des « effectivités juridiques », par opposition aux « effectivités politiques » qui remettent en cause le droit positif et visent sa transformation, *Théorie du droit international*, op. cit., p. 465. C. de Visscher, quant à lui, adopte une dichotomie similaire en opposant les « effectivités menées à leur terme » et les « effectivités en action », *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967, p. 13.

³³⁸ Affaire de l'Île de Palmas (*Pays-Bas/États-Unis*), SA du 4 avril 1928, RSA, vol. II, spéc. pp. 839-840 ; v. aussi l'*Affaire de l'île de Clipperton (Mexique c. France)*, SA du 28 janvier 1931, RSA, vol. II, spéc. p. 1110.

³³⁹ CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, préc. § 63.

³⁴⁰ Par exemple, dans son arrêt du 17 décembre 2002, *Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, la CIJ a considéré que « tant les mesures prises pour réglementer et limiter le

territoire revendiqué par un État peut constituer une prétention normative. Elle relève à ce titre d'une politique juridique dont l'objet est de s'assurer que le processus normatif d'acquisition aboutisse, le cas échéant par rétropection, à la reconnaissance du titre qu'il revendique.

79. *L'effectivité contre le droit* – À l'inverse des situations effectives s'inscrivant dans le cadre et visant le déclenchement du droit, certaines ont un caractère révisionniste et en promeuvent l'adaptation, supportée par l'idée selon laquelle le droit pourrait naître des faits (*ex facto oritur jus*). La prétention normative qui découle du comportement de l'État repose alors sur une règle substitutive que ce dernier prétend être à tout le moins en voie de formation³⁴¹. Le problème est connu de tout ordre juridique et oppose les objectifs de sécurité juridique et de préservation du droit initialement établi. D'un côté, le droit ne peut constamment ignorer la réalité et devrait sécuriser les transactions qui tiennent compte de la situation réelle. De l'autre, il ne peut régulièrement céder devant la force des faits sans perdre son caractère proprement normatif et laisser place aux seuls jeux de pouvoir. Selon les cas, la paix sociale se situe quelque part entre ces deux pôles, que certaines règles ont pour fonction de concilier exceptionnellement en permettant une mutation de l'effectivité en validité³⁴².

Les États peuvent dès lors jouer sur cet interstice et établir des situations effectives dont l'objet est d'obtenir à terme une validation par les tiers (dans l'hypothèse où cela ne serait pas empêché par une règle impérative). En matière territoriale, l'étude de la pratique et de la doctrine offre au moins deux voies susceptibles de permettre à l'État qui exerce son pouvoir effectif (pacifique) sur un territoire, à l'égard duquel il ne dispose d'aucun titre, de voir sa prétention validée. La première est celle de la consolidation historique. Envisagée *largo sensu*, cette approche met l'accent sur l'attitude des tiers devant un long usage établi, offrant à la situation une certaine validité relative. Il faut préciser qu'il ne s'agit pas d'une consolidation par l'effet du temps en tant que tel ; elle exige néanmoins l'écoulement d'une certaine durée en ce qu'elle se fonde sur des actes des tiers permettant de valider la situation (reconnaisances, acquiescements, renonciations, explicites ou tacites)³⁴³. Autrement dit, plus l'effectivité se maintient dans le temps, plus la situation a de chances de recevoir l'onction de la communauté

ramassage des œufs de tortues que la création d'une réserve ornithologique d[evaient] être considérées comme des manifestations d'autorité réglementaire et administrative », *Rec.*, § 145.

³⁴¹ La représentation théorique des prétentions modificatives issues de la pratique des États est développée *infra*, §§ 298 et s.

³⁴² V. les explications de R. Kolb sur les « normes-transformateurs », *Théorie du droit international*, *op. cit.*, p. 465.

³⁴³ M. Kohen, « L'influence du temps sur les règlements territoriaux », *op. cit.*, p. 145.

et surtout des États principalement intéressés. En ce sens, par exemple, dans l'affaire *Pedra Branca* (2008), la CIJ a reconnu la possibilité (en l'espèce au profit de Singapour et au détriment de la Malaisie) du transfert tacite d'un titre territorial découlant du comportement des parties, sous réserve qu'il « se manifest[e] clairement et de manière dépourvue d'ambiguïté »³⁴⁴.

La seconde hypothèse correspond à celle de la prescription acquisitive. Selon celle-ci, la possession effective continue et pacifique d'un territoire en l'absence de titre emporterait, après un certain délai, son acquisition. L'État revendiquerait en ce sens la validation objective de la situation par la simple action du temps (susceptible de jouer en matière d'acquisition comme de délimitation)³⁴⁵. Le fait purement politique serait ainsi progressivement apprivoisé par le droit, d'abord en admettant qu'il véhicule une prétention modificative, ensuite en tenant compte de la réaction ou du silence des tiers intéressés. L'institution paraît loin d'être reçue dans l'ordre international, ce qui n'empêche pas néanmoins certains États d'en revendiquer le bénéfice. Le débat fut notamment relancé à l'occasion du différend portant sur l'Île de *Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* (1999). Dans cette affaire, la CIJ a accepté d'examiner au fond la prétention de la Namibie mais elle l'a simplement rejetée sans se prononcer sur sa valeur³⁴⁶. C'est dans son arrêt du 10 octobre 2002 relatif à l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria* que la Cour a clairement repoussé tout recours à la prescription. En l'absence d'acquiescement manifeste de la part du Cameroun devant l'occupation de la presqu'île de Bakassi par le Nigeria, les juges ont souligné que les effectivités ne pouvaient en aucune manière remettre en cause le titre conventionnel existant³⁴⁷.

Les États peuvent donc formuler divers types de prétentions unilatérales visant à peser pour l'avenir, quitte à assumer l'instauration de rapports de force, sur les processus de définition et d'évolution du droit international d'une manière qui suive leurs intérêts propres.

³⁴⁴ CIJ, arrêt du 23 mai 2008, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaisie/Singapour)*, Rec., p. 12, §§ 120-122 et §§ 273-277. V. aussi l'affaire des *Îles Hanish (Érythrée/République du Yémen)*, SA du 9 octobre 1998, RJA, vol. XXII, § 106, qui admet l'idée qu'un titre soit reconnu par la cristallisation d'une situation historique.

³⁴⁵ Certains considèrent que l'État qui possédait le territoire est présumé, du fait de sa passivité, avoir renoncé à son droit, v. par exemple P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, p. 598. Mais une telle description se rapproche plutôt, en réalité, de l'hypothèse de la consolidation historique. S'il y a renonciation doublée d'un acquiescement à la prétention qui ressort de la possession effective, il n'est pas utile de recourir à l'institution de la prescription.

³⁴⁶ CIJ, arrêt du 13 décembre 1999, *Affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, Rec., §§ 90-99, spéc. § 97. La Commission de délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie, quant à elle, a procédé à une interprétation élargie de la position de la CIJ et a explicitement accepté l'hypothèse de la prescription dans sa décision du 13 avril 2002, RJA, vol. XXV, pp. 83-195, § 3.14.

³⁴⁷ CIJ, arrêt du 10 octobre 2002, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria ; Guinée équatoriale (intervenante))*, Rec., §§ 64-70.

D'autres types de prétentions unilatérales poursuivent quant à elles des objectifs de projection des intérêts étatiques dans l'espace.

§2. La projection dans l'espace

80. Lorsqu'un État entend exporter ses intérêts au-delà des situations sises sur son territoire, il lui est possible d'attribuer à ses actes internes une portée extraterritoriale plus ou moins importante. Il en ressort des prétentions unilatérales à l'exercice de compétences qui ne trouvent pas nécessairement de fondements clairement établis en droit international³⁴⁸. Soit l'État peut adopter une conception extensive du champ d'application de ses compétences, afin qu'elles puissent régir directement certaines situations externes (A). Soit il peut adopter des mesures qui, sans prétendre intervenir directement sur les situations visées, engendreront certaines pressions politiques lui permettant alors d'inciter les tiers à adopter le modèle de conduite et les valeurs qu'il projette (B).

A. L'extension extraterritoriale du champ d'application des compétences étatiques

81. *Actes internes visant à régler directement des situations externes* – La pratique étatique offre divers cas dans lesquels les États tentent d'élargir l'étendue spatiale des compétences que le droit international leur reconnaît. Dans cette hypothèse, l'objectif poursuivi est la possibilité de régir des situations qui se produisent à l'extérieur de leur territoire et à l'égard desquelles ils entendent assurer la protection ou la prééminence de leurs intérêts. En la matière, la première possibilité est assez simple et consiste à formuler une prétention extensive à l'égard d'un espace déterminé afin que les prérogatives étatiques puissent s'y déployer. Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'un État délimite unilatéralement sa zone économique exclusive. Les compétences qu'il revendique alors sur celle-ci sont déterminées par la coutume et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (aux articles 55 à 76). Une seconde possibilité consiste pour l'État à octroyer à son droit interne une portée extraterritoriale dirigée vers les faits qu'il souhaite régler. L'expression peut renvoyer à des situations très variées. Cependant, comme l'a expliqué B. Stern, elles ont toutes en commun « d'être *des situations dans lesquelles un État prétend appréhender, à travers son ordre juridique, des éléments situés en dehors de son territoire* : c'est-à-dire différentes situations où c'est l'État lui-

³⁴⁸ Pour une présentation plus détaillée de ces fondements, v. *infra*, §§ 179 et s.

même qui cherche à étendre son ordre juridique au-delà de ses frontières »³⁴⁹. Envisagée *stricto sensu*, l'application extraterritoriale directe d'une norme implique le fait pour celle-ci de générer des effets juridiques directs qui seront ressentis à l'extérieur du territoire³⁵⁰. Le droit international n'interdit pas un tel exercice extraterritorial de compétence normative, à l'exception des cas où elle se heurterait à une règle prohibitive contraire³⁵¹. Néanmoins, l'État doit pouvoir démontrer que la situation qu'il entend appréhender entretient avec lui un lien raisonnable de rattachement (personnel, territorial ou matériel) et *a fortiori* un intérêt plus élevé que ceux des autres États intéressés. Il peut dès lors en découler une concurrence croissante entre les compétences des États, surtout dans un contexte de mondialisation des échanges et de transnationalisation des activités économiques. Dans ces conditions, l'objectif de certains est clairement de régler des situations qui n'entretiennent avec eux qu'un lien de rattachement minimal dans le but d'accroître la protection de leurs intérêts nationaux³⁵². La pratique témoigne en la matière des politiques de puissance mises en œuvre par quelques grands États, qui y recourent parfois à des fins coercitives. En ce sens, certains soulignent le fait que les États-Unis d'Amérique ont tendance à vouloir régler le monde par leur droit interne, ce qui leur permet de contourner les procédures imposées par le droit international et de faire fi du principe de réciprocité³⁵³. À cet égard, les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy adoptées par le Congrès en 1996 offrent un exemple caricatural dans lequel l'exacerbation des seuls intérêts états-uniens a servi à justifier un unilatéralisme coercitif contraire aux principes régissant les compétences des États³⁵⁴. Les deux lois ont pour objectif de faire respecter par des ressortissants étrangers différentes interdictions de commercer et d'investir dans certains « pays cibles ». La loi Helms-Burton permet aux tribunaux internes de sanctionner toute personne étrangère physique ou morale qui aurait une activité commerciale

³⁴⁹ B. Stern, « L'extraterritorialité revisitée. Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres... », *AFDI*, vol. 38, 1992, p. 244, italique de l'auteur.

³⁵⁰ *Ibid.*, pp. 245-246.

³⁵¹ V. *infra*, §§ 179 et s. CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, *Série A*, n° 10, p. 19. La logique s'inverse à l'égard de la compétence d'exécution, interdite à l'exception des cas où elle se fonde sur une règle permissive. Cela n'a toutefois pas empêché la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *US v. Alvarez-Machain* (112. S Ct 2188) d'aboutir à un raisonnement laissant croire que l'enlèvement de criminels en territoire étranger restait possible en l'absence d'interdiction expresse.

³⁵² Pour plus de détails et des exemples relatifs à chacun des critères de rattachement, v. *infra*, §§ 181 et s.

³⁵³ N. Krisch, « More Equal than the Rest? Hierarchy, Equality and US Predominance in International Law », in M. Byers, G. Nolte (eds), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 136.

³⁵⁴ V. par exemple, B. Stern, « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy », *RGDIP*, vol. 100, 1996, n° 4, spéc. pp. 992-997 ; du même auteur, « Can the United States set Rules for the World? », *Journal of World Trade*, vol. 31, 1997, n° 4, pp. 5-26 ; M. Cosnard, « Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays », *AFDI*, vol. 42, 1996, pp. 33-61.

impliquant des biens nationalisés dans les années 1960 par le régime révolutionnaire de Fidel Castro. La loi d'Amato-Kennedy, quant à elle, incrimine tout investissement supérieur à 20 millions de dollars réalisé en Iran (et avant 2004 en Libye), en particulier dans l'industrie pétrolière. Depuis mai 2018, l'administration états-unienne projette d'adopter de nouvelles séries de sanctions, à la suite de la décision du Président D. Trump de se retirer du Plan d'action global commun de 2015 sur le nucléaire iranien, dissuadant de nombreuses entreprises françaises et européennes de continuer leurs activités en Iran³⁵⁵. Dans un cas comme dans l'autre, les deux lois exercent ainsi une véritable pression sur les ressortissants d'États tiers, qui sont éventuellement amenés à s'y conformer par eux-mêmes afin d'éviter d'éventuelles sanctions. En outre, certains États tiers sont tentés de s'associer à une telle politique pour ne pas subir les éventuels contrecoups économiques et diplomatiques engendrés par les sanctions³⁵⁶. Plus récemment, c'est en raison de l'utilisation du dollar que les États-Unis d'Amérique ont sanctionné certaines banques européennes ayant permis des transactions financières vers des États soumis à des embargos unilatéraux. Or, plutôt que de contester le bien-fondé d'un tel titre de compétence (potentiellement universel en raison de la domination de cette monnaie) et de risquer de mettre en péril leurs activités financières, les banques et les gouvernements des États concernés ont cherché à négocier leurs sanctions, comme ce fut le cas dans l'affaire ayant concerné la BNP-Paribas en 2014³⁵⁷. Or, en ne contestant pas explicitement ce type de pratique sur le terrain du droit international, le risque consiste à laisser croire en une reconnaissance tacite de leur bien-fondé.

Un autre exemple concerne la régulation des contenus disponibles sur l'Internet. L'hypothèse topique est la suivante : si les serveurs gérant les adresses IP ou stockant les données de certains sites sont situés sur le territoire d'un État A, l'exercice par celui-ci de sa compétence territoriale peut potentiellement générer des effets sur le territoire des États B, C, D, *etc.*, où se développent les activités des entreprises visées. Autrement dit, le réseau Internet constitue un parfait vecteur pour l'extension de la portée extraterritoriale des compétences de

³⁵⁵ V. Executive order 13846 Reimposing Certain Sanctions with Respect to Iran, August 6, 2018, disponible sur le site de la Maison blanche : <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-reimposing-certain-sanctions-respect-iran/>.

³⁵⁶ Très contestées, néanmoins, ces lois ont abouti à l'adoption de « lois de blocage », surtout au niveau européen, et à la saisine d'organes internationaux de règlement des différends. On revient sur ce point à l'occasion de l'étude des actes de rejet, v. *infra*, §§ 361 et s.

³⁵⁷ M. Audit, R. Bismuth, A. Mignon-Colombet, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *op. cit.*, pp. 64-65 ; R. Bismuth, « BNP Paribas : derrière les 10 milliards, l'extraterritorialité américaine », *Liberation.fr*, 5 juin 2014 ; et plus généralement, R. Bismuth, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *op. cit.*, pp. 785-807.

certain États, et *a fortiori* pour l'exportation des valeurs nationales. Ainsi, lorsque les contenus du site *Megaupload*, entreprise basée à Hong-Kong, ont enfreint leurs législations contre le piratage et sur la protection des droits d'auteurs, les États-Unis d'Amérique ont simplement ordonné en janvier 2012 à la société VeriSign (située sur leur territoire et gestionnaire des noms de domaine finissant par « .com ») de bloquer l'adresse « megaupload.com », ce qui eut pour effet immédiat de mettre un terme aux activités de l'entreprise en question ainsi qu'au téléchargement et au visionnage de ses contenus par les internautes depuis d'autres territoires. Dans ce genre de cas, au-delà de la compétence normative de l'État, ce sont aussi les effets de l'exercice de sa compétence exécutive qui se retrouvent projetés en territoire étranger³⁵⁸.

82. Imputation de faits externes dans le cadre d'une application territoriale du droit – La projection vers l'extérieur des intérêts étatiques peut également être opérée par le truchement d'une « imputation extraterritoriale ». L'expression désigne la prise en compte, dans la mise en œuvre d'une norme au niveau national, de faits ou situations juridiques extérieurs au territoire de l'État³⁵⁹. L'hypothèse est assez classique et s'illustre, par exemple, lorsqu'un État taxe les bénéfices de ses nationaux à l'étranger ou condamne sur son territoire des personnes ayant commis des infractions à l'extérieur. Dans ce genre de situations, l'application de la norme est certes réalisée sur le territoire de l'État. Néanmoins, dans la mesure où elle tient compte de faits s'étant déroulés à l'extérieur, elle ne demeure pas sans effet sur les tiers et peut révéler une politique de projection normative de la part de l'État qui en est l'auteur. Un pareil effet est en outre décuplé lorsque la règle vise des activités qui se déroulent sur plusieurs territoires via les flux transfrontières qu'elles impliquent. Dans ce cas, la norme exécutée territorialement exporte son effet en raison de son influence sur le comportement des opérateurs étrangers concernés.

Par exemple, le *Cuban Democracy Act* (ou loi Torricelli) de 1992 interdisait à tout navire étranger ayant accosté à Cuba l'accès aux territoires états-unien pendant six mois. Les entreprises maritimes opérant dans la région préféraient dès lors maintenir leurs échanges avec les États-Unis d'Amérique uniquement et augmentaient drastiquement les tarifs pour desservir

³⁵⁸ V. les réflexions de D. Levin, S. Doran, L. A. Maria, « Megaupload and Criminal Charges », *Revista española de relaciones internacionales*, vol. 4, 2012, pp. 23-47 ; également J. Bourguignon, « La recherche de preuves informatiques et l'exercice extraterritorial des compétences de l'État », in SFDI, *Internet et le droit international. Colloque de Rouen*, Paris, Pedone, 2014, pp. 357-372. L'auteur évoque un certain nombre d'affaires dans lesquelles des agents étatiques, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou non, téléchargent ou suppriment des données situées sur des serveurs étrangers. Il caractérise par ailleurs l'accès transfrontière aux données comme un « exercice de puissance » en territoire étranger, pp. 360-363.

³⁵⁹ B. Stern, « L'extraterritorialité revisitée. Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres... », *op. cit.*, p. 245.

l'île³⁶⁰. Dans le même ordre d'idée, l'Union européenne a voulu durant un temps intégrer l'aviation civile à son système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, afin d'inciter (sinon obliger) à leur réduction³⁶¹. La règle imposait à toutes les compagnies aériennes, quelle que soit leur nationalité, de délivrer des quotas d'émission pour couvrir chaque tonne de dioxyde de carbone émise pour l'intégralité du parcours des vols effectués au départ et à l'arrivée des aéroports situés sur le territoire de l'UE. Autrement dit, les compagnies étrangères comme locales devaient payer une taxe pour des portions de trajet opérées à l'extérieur du territoire européen (parfois très longues pour les vols intercontinentaux). Le caractère purement unilatéral de la démarche était alors pleinement assumé. La directive de 2008/101/CE rappelait notamment qu'elle s'intégrait dans le cadre de la lutte internationale contre le changement climatique³⁶². Elle notait en outre que les négociations menées au sein de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) sur la réduction des émissions étaient bloquées et qu'un accord mondial en la matière était nécessaire³⁶³. La CJUE, quant à elle, a justifié de la légalité du mécanisme au regard du droit international, en n'y voyant aucune portée extraterritoriale (le lieu de décollage et d'atterrissage constituant le fondement de l'exercice de la juridiction de l'Union, tandis que rien n'interdit dans ce cadre la prise en compte de faits externes) ni aucune atteinte à la souveraineté des États tiers³⁶⁴. Ainsi, l'intégration de l'aviation civile dans le système européen des quotas d'émission avait pour objet de pallier l'inexistence d'un système global en exportant vers les compagnies étrangères la politique européenne de réduction des gaz à effet de serre. Toutefois, en raison des protestations vigoureuses émises notamment par les États-Unis d'Amérique et la Chine, la mesure a été levée pour tous les vols, à quelques exceptions près, au départ et en provenance de pays tiers à l'UE³⁶⁵.

³⁶⁰ V. par exemple S. Lamrani, « À Cuba, vers la fin de l'embargo », *Le Monde diplomatique*, janvier 2015, pp. 4-5.

³⁶¹ Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. La mesure était applicable à partir du 1^{er} janvier 2012.

³⁶² *Ibid.*, Préambule, not. §§ 2-3.

³⁶³ *Ibid.*, not. §§ 9-10. Pour plus de détails sur « l'unilatéralisme climatique » de l'Union européenne, v. not. J. Scott, L. Rajamani, « EU Climate Change Unilateralism », *EJIL*, vol. 23, 2012, n° 2, pp. 469-494 ; I. Espa, « Action pour le climat et mesures commerciales unilatérales : les initiatives récentes de l'Union européenne », *Revue internationale de droit économique*, vol. 26, 2012, n° 3, pp. 295-320 ; M. Bisset, G. Crowhurst, « Is the EU's Application of its Emissions Trading Scheme to Aviation Illegal? », *Air and Space Law*, vol. 23, 2011, n° 3, pp. 1-18.

³⁶⁴ CJUE, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, not. § 125.

³⁶⁵ Décision n° 377/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 avril 2013 dérogeant temporairement à la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté. La pression exercée par l'UE et la menace du rétablissement du

En définitive, toutes ces prétentions à l'exercice extraterritorial des compétences étatiques révèlent des causes politico-normatives consistant à peser sur la définition des habilitations internationales en vue de permettre à leurs auteurs d'assurer la prééminence de leurs intérêts à l'égard des situations régies.

B. Les mesures internes engendrant des pressions politiques externes

83. *Techniques unilatérales employées au service du « soft power » des États* – Les États peuvent également recourir à des techniques projectives qui ne visent pas en tant que telle l'extension de leurs compétences extraterritoriales. Certaines politiques internes jouent simplement sur leur aptitude à rayonner vers l'extérieur en raison de l'intrication technique et économique des activités concernées ainsi que des flux commerciaux transfrontières sur lesquelles elles reposent. Dans cette hypothèse, les mesures adoptées n'ont pas, à proprement parler, de portée extraterritoriale car elles ne visent pas à régir des situations à l'extérieur du territoire étatique. Elles ont néanmoins une portée politique externe dès lors qu'elles entraînent de fortes pressions sur les comportements d'opérateurs étrangers et *a fortiori* sur les politiques publiques d'États tiers. Ce type d'unilatéralisme peut être utilisé à des fins stratégiques et traduire l'exercice du « *soft power* » des États ou groupes d'États économiquement influents³⁶⁶.

Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'un État restreint ses importations en les soumettant au respect d'un certain nombre de standards techniques. En la matière, plus les entreprises étrangères concernées sont dépendantes du marché auquel l'accès se complexifie, plus elles seront enclines à mettre en œuvre les nouvelles règles imposées. De même, plus l'État exportateur est économiquement dépendant du marché en question, ce qui est régulièrement le cas pour de petits États dont la production se limite à quelques produits de base, plus il sera lui-même incité à internaliser lesdites règles. Autrement dit, du fait de sa puissance économique, la législation de l'État importateur devient une norme de référence pour le

régime en question ont néanmoins débloqué les négociations espérées dans le cadre de l'OACI. En octobre 2016, une résolution a été adoptée en vue de l'instauration d'un régime global destiné à limiter les gaz à effet de serre dans le domaine de l'aviation civile. L'ensemble des documents pertinents sont rassemblés sur la page internet de la Commission consacrée à cette question : https://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation_en#tab-0-1.

³⁶⁶ L'expression désigne la capacité de l'État auteur des mesures d'influencer indirectement le comportement d'autres acteurs ou la définition de leurs propres intérêts via l'utilisation de moyens *non coercitifs*. V. not. J. Nye, « Hard, Soft and Smart Power », in A. F. Cooper, J. Heine, R. Thakur (eds), *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 559-576, qui résume l'ensemble des ouvrages du même auteur sur la question.

secteur concerné³⁶⁷. L'enjeu a été débattu au sein de l'Organe de règlement des différends de l'OMC à l'occasion des affaires *Thon I* (1991), *Thon II* (1994) et *Crevettes* (1998). Dans les deux premières, les États-Unis d'Amérique avaient prohibé l'importation de thon pêché au moyen de techniques ayant pour effet de blesser ou tuer un nombre important de mammifères marins, surtout des dauphins. Dans la troisième, une loi états-unienne soumettait l'importation de crevettes à l'utilisation de dispositifs d'exclusion des tortues marines. Dans ces affaires, plusieurs États avaient soulevé l'argument selon lequel ces mesures impliquaient une véritable ingérence dans leurs affaires internes³⁶⁸. Cependant, ce type de restrictions ne visent qu'à autoriser ou non l'accès au territoire de l'État auteur à certains produits sans être constitutives en tant que telles de réglementations destinées à des sujets ou situations étrangers. La pression qu'elles exercent sur les tiers n'est qu'indirecte. Elle est la conséquence logique d'un fait économique : la dépendance partielle ou totale des industries concernées à l'égard du marché états-unien. Et cela n'empêche pas que les mesures puissent être justifiées au regard des exceptions prévues par les textes de l'OMC, notamment l'article XX du GATT dont l'objet même est d'offrir aux États des motifs légitimes de restrictions aux importations. Ainsi, à l'inverse des affaires *Thon I* (1991) et *Thon II* (1994) (dont les rapports n'ont toutefois pas été adoptés), dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* (1998), les restrictions visant la protection des tortues marines ont été considérées comme justifiées au regard de l'objectif de conservation des ressources naturelles épuisables (article XX, g))³⁶⁹. Par ailleurs, dans l'affaire *Union européenne – phoques* (2014), l'Organe d'appel a confirmé la possibilité de fonder sur des considérations de moralité publique (article XX, a)) l'interdiction d'importer des produits dérivés du phoque en raison des méthodes de chasse particulièrement violentes employées au

³⁶⁷ G. Shaffer, D. Bodansky, « Transnationalism, Unilateralism and International Law », *Transnational Environmental Law*, vol. 1, 2011, p. 32 : « [t]ransnational environmental law can also be the product of mimicry. Other countries frequently model their laws on those in the U.S. or the E.U. They may do so to ensure access to U.S. and E.U. markets; but they also may do so because it is easier to adopt a rule already developed ».

³⁶⁸ V. par exemple la position de l'Inde dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport du Groupe spécial, 15 mai 1998, WT/DS58/R § 3.6, où elle fait valoir que les mesures « enfreignaient le droit souverain de l'Inde de formuler sa propre politique en matière d'environnement et de conservation ». Les arguments soulevés par les demandeurs furent entendus par les Groupes spéciaux, v. *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon* (dite *Thon I*), rapport du Groupe spécial non adopté, 3 septembre 1991, IBDD, S39/174, ILM, 1991, pp. 1594-1623, §§ 5.27 et 5.32 ; *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon* (dite *Thon II*), rapport du Groupe spécial non adopté, 16 juin 1994, DS29/R, ILM, 1994, pp. 839-903, § 5.26 ; *États-Unis – Crevettes*, rapport du Groupe spécial, 15 mai 1998, préc., §§ 7.45 et 7.51 ; v. aussi le raisonnement proposé par R. Howse, D. Regan, « The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy », *EJIL*, vol. 11, 2000, spéc. pp. 274-279.

³⁶⁹ *États-Unis – Crevettes*, rapport du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 121.

sein des États exportateurs³⁷⁰. Les restrictions aux importations peuvent donc constituer un important facteur d'influence politique et un vecteur idéal d'exportation des valeurs nationales à condition que les États qui les adoptent respectent les engagements qu'ils ont contractés en matière commerciale.

84. Dans la même veine, certains États pratiquent l'unilatéralisme conditionné ou contingent, c'est-à-dire qu'ils n'ouvrent l'accès à leurs marchés nationaux ou ne décident d'exporter certains produits qu'à la condition que les règles applicables au sein des États tiers soient au moins équivalentes à celles qu'ils ont adoptées dans leur ordre interne. Au-delà de leur éventuel objectif protectionniste, ces mesures conditionnelles visent à générer un effet d'imitation. Par exemple, le règlement européen du 27 avril 2016 relatif à la protection des données à caractère personnel prévoit en son article 45, § 1 que le transfert de données vers un pays non membre de l'Union ou une organisation internationale peut avoir lieu lorsque la Commission a constaté que ceux-ci assurent « un niveau de protection adéquat ». À cet égard, le § 2 précise tous les éléments relatifs au droit interne des tiers concernés et aux engagements internationaux qu'ils ont contractés dont la Commission doit tenir compte. L'article 46, quant à lui, énumère les garanties appropriées que les tiers publics ou privés doivent fournir afin de permettre un transfert de données en l'absence de décision d'adéquation³⁷¹. Autrement dit, tout est fait pour que les normes de protection assurées au niveau interne à l'Union continuent à s'appliquer une fois que les données personnelles de ses résidents en ont franchi les frontières. Les opérateurs étrangers privés comme les États ou organisations internationales sont dès lors forcés, d'une manière ou d'une autre, d'apporter la preuve qu'ils respecteront le niveau de protection requis s'ils souhaitent collecter des données personnelles³⁷².

³⁷⁰ *Communautés européennes – mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, rapports de l'Organe d'appel, 22 mai 2014, WT/DS400/AB/R et WT/DS401/AB/R. Les subtilités de ce double test et les arguments des parties sont détaillés dans l'article de M.-P. Lanfranchi, « Bien-être animal et commerce international après l'affaire des *Produits dérivés du phoque* », *Revue semestrielle de droit animalier*, 2014, n° 2, pp. 347-353.

³⁷¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

³⁷² V. sur ce point les négociations entre la Commission européenne et les autorités états-uniennes à propos du transfert des *Passenger Name Records* (PNR) exigé par l'*Aviation and Transportation Security Act* adopté à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Ce n'est qu'après plusieurs engagements formels du *Department of Homeland Security* et du *Bureau of Customs and Border Protection* que la Commission a rendu une décision d'adéquation. Tout cela eut lieu dans le cadre de l'ancienne Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. V. la Décision de la Commission du 14 mai 2004 relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens transférés au Bureau des douanes et de la protection des frontières des

Les prétentions normatives unilatérales des États peuvent avoir pour objectif politique d'assurer la projection de leurs intérêts. Soit elles visent à peser sur la définition du droit dans le temps, en initiant ou en influençant les processus normatifs disponibles. Soit il s'agit d'étendre leurs intérêts vers l'extérieur de leur territoire, en exerçant leurs compétences de telle façon que les tiers concernés se voient incités voire forcés de se conformer aux modèles de conduite proposés. Suivant une logique inverse, certaines prétentions visent à protéger leurs auteurs contre les influences du droit et des relations internationales.

Section 2. L'unilatéralisme de protection

85. La protection de leurs intérêts internes à l'égard de phénomènes qui leur sont externes constitue pour les États le second aspect – et certainement le plus important – des causes endogènes de leurs prétentions normatives unilatérales. Leur comportement manifeste dans ce cas la volonté de maîtriser (en les neutralisant ou les atténuant) les effets qui découlent des relations qu'ils entretiennent avec les tiers. Selon la nature et le degré des atteintes, réelles ou potentielles, portées à leurs intérêts, l'objet des prétentions adoptées varie. Ainsi, les États peuvent rechercher l'isolement par la fermeture de leur ordre juridique interne (§1). Il leur est également possible d'adopter des mesures dont l'objet est de se substituer aux régimes en construction ou en vigueur qui leur sont défavorables, afin d'assurer la primauté de leurs intérêts (§2). Ils peuvent encore adopter des mesures coercitives contre les tiers dont ils estiment l'attitude préjudiciable à leurs intérêts (§3).

§1. La protection par l'adoption de mesures d'isolement

86. La politique isolationniste d'un État, généralement justifiée par un certain patriotisme ou exceptionnalisme, lui permet de rejeter ou réduire l'influence que les relations internationales exercent sur lui et réciproquement. Sa conduite peut consister dans ce cas en l'adoption de mesures dont l'objectif est la fermeture de l'État et de son ordre juridique³⁷³.

États-Unis d'Amérique, not. § 13 sur le caractère contraignant de la déclaration d'engagement formulée par les autorités états-uniennes.

³⁷³ Sur les origines de l'expression et sur les causes historiques et politiques de la politique étrangère isolationniste des États-Unis d'Amérique, v. par ex. P. Mélandri, « Les États-Unis : la continuation de l'unilatéralisme par d'autres moyens ? », in B. Badie, G. Devin, *Le multilatéralisme. Nouvelles formes de l'action internationale*, Paris, Éditions La Découverte, 2007, pp. 195-214. Plus généralement, v. l'entrée

D'un côté, il peut s'agir de contrecarrer les conséquences des flux transfrontières (A). De l'autre, pareille fermeture peut viser le droit international en tant que tel, en tentant par différents moyens d'en diminuer les effets (B).

A. L'isolement à l'égard des flux transfrontières

87. Restriction aux échanges commerciaux et protection des intérêts considérés comme légitimes – L'idée de protectionnisme (en particulier économique) n'est pas nouvelle et recouvre toutes les politiques ayant vocation à défendre les intérêts internes de l'État contre la concurrence étrangère. Elle peut être justifiée par des intérêts nationaux très variés (la volonté de protéger les producteurs, de sauvegarder l'emploi, d'améliorer la santé ou la sécurité, *etc.*)³⁷⁴. Traditionnellement, les États bénéficient de la liberté souveraine de régler l'accès des biens et services à leur territoire. Néanmoins, en raison de la baisse généralisée des barrières douanières dont l'objectif est de favoriser le libre-échange à l'échelle mondiale, les mesures de protectionnisme tendent de plus en plus à se limiter à la sauvegarde d'intérêts considérés comme légitimes. En la matière, plus le droit international est développé, plus les accords commerciaux sont contraignants et plus les marges d'action dont disposent les États sont restreintes. Ceux-ci doivent dans ce cas s'appuyer sur les clauses d'exceptions prévues, le cas échéant, par les régimes applicables. En ce sens, l'article XX du GATT prévoit une liste d'objectifs légitimes que les États peuvent invoquer afin de justifier des restrictions aux importations. Par exemple, dans l'affaire *Communautés européennes – Amiante* (2001), l'interdiction par la France d'importer des produits amiantés fut considérée par l'Organe d'appel comme « nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes » (article XX b))³⁷⁵.

Entre mars et juin 2018, l'administration états-unienne dirigée par le Président D. Trump a néanmoins relancé l'adoption de mesures ouvertement protectionnistes, en décidant de relever les barrières douanières de 25% pour l'importation d'acier et 10% pour l'aluminium en provenance de l'Union européenne, du Mexique et du Canada. Sur le plan politique, ces mesures sont justifiées par la ferme volonté de protéger et relancer l'industrie

« Isolationnisme », in M. Vaïsse (dir.), *Dictionnaire des relations internationales de 1900 à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2009, pp. 192-193.

³⁷⁴ Sur la notion de protectionnisme, v. S. Barbou des Places, « Propos introductifs », in S. Barbou des Places (dir.), *Protectionnisme et droit de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2014, pp. 5-9.

³⁷⁵ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, rapport de l'Organe d'appel, 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R.

nationale face à la concurrence des économies émergentes. Elles visent par ailleurs à faire pression dans le but d'aboutir à la renégociation d'un certain nombre d'accords de libre-échange³⁷⁶. D'un point de vue juridique, cependant, la justification avancée demeure relativement faible. Les nouvelles taxes sont présentées comme des mesures de protection de la sécurité nationale, au titre de l'article 232 de la loi de 1962 sur l'expansion du commerce extérieur. Les États tiers concernés ont rapidement réagi. D'un côté, ils ont saisi l'Organe de règlement des différends de l'OMC, alléguant notamment que les taxes visées constituent des mesures discriminatoires et restrictives sans motif légitime³⁷⁷. De l'autre, ils ont proposé l'adoption de mesures de représailles visant à taxer des produits états-uniens représentatifs (motos, whisky, jeans, *etc.*) ou des mesures de protection de leurs opérateurs économiques.

88. En dehors des secteurs faisant l'objet d'accords de libre-échange, d'autres sont encore peu règlementés dans la mesure où les États affichent en amont leurs réticences à l'établissement de règles juridiques. Cette indétermination leur laisse donc des marges d'action bien supérieures pour déployer leurs éventuelles politiques protectionnistes. C'est notamment le cas pour ce qui concerne la protection des intérêts nationaux contre les investissements réalisés par des fonds « souverains » étrangers, c'est-à-dire créés, alimentés et contrôlés par des États tiers³⁷⁸. En la matière, plusieurs États ont décidé d'adopter des réglementations internes leur permettant d'encadrer strictement, sinon d'empêcher, les opérations d'investissements réalisées sur le territoire et visant des secteurs stratégiques. Ainsi, l'article L151-3 du Code monétaire et financier français prévoit que :

« [s]ont soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie les investissements étrangers dans une activité en France qui, même à titre occasionnel, participe à l'exercice de l'autorité publique ou relève de l'un des domaines suivants : a) Activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ; b) Activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives ».

La catégorie des activités concernées, élargie par un décret du 14 mai 2014, est précisée par l'article R153-2 (pour les investissements provenant de ressortissants ou entreprises hors Espace économique européen). La liste est relativement large et compte notamment les activités liées aux approvisionnements en ressources énergétiques de toute nature ou en eau,

³⁷⁶ V. par ex., « Taxes sur l'acier et l'aluminium : comprendre les tensions commerciales entre l'Europe et les États-Unis », *France2vinfo.fr*, 1^{er} juin 2018.

³⁷⁷ Pour le détail des mesures contestées et des arguments juridiques invoqués, v. not., *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium*, Demande de consultations présentée par l'Union européenne, WT/DS548/1, G/L/1243, G/SG/D54/1, 6 juin 2018.

³⁷⁸ R. Bismuth, « Les fonds souverains face au droit international. Panorama des problèmes juridiques posés par des investisseurs peu ordinaires », *AFDI*, vol. 56, p. 572.

aux réseaux de transport et de télécommunications, à la santé publique, aux activités de jeux d'argent, *etc.* Des dispositions similaires ont été adoptées dans d'autres États, notamment ceux de l'OCDE³⁷⁹. Cela a par exemple permis aux autorités états-uniennes d'empêcher le rachat de l'entreprise P&O (propriétaire des ports de Baltimore, Philadelphie et New York) par un fonds contrôlé par les Émirats arabes unis³⁸⁰.

89. Restriction des flux migratoires – En plus des enjeux relatifs aux flux économiques se posent un certain nombre de problématiques liées à la gestion des crises migratoires, quelles qu'en soient les causes. En la matière, de nombreux États ont restreint, parfois drastiquement, les conditions d'accès à leur territoire. Les motifs politiques invoqués ont généralement trait à la lutte contre l'immigration illégale³⁸¹, parfois à des considérations sécuritaires, en particulier dans le cas du décret dit « *Muslim Ban* » adopté dans sa dernière version en mars 2017 par le Président états-unien D. Trump³⁸². Encore faut-il, cependant, que ces différents actes et les conséquences de leur mise en œuvre n'enfreignent pas les engagements internationaux des États concernés, en particulier pour tout ce qui relève de l'obligation de non-refoulement des prétendants à l'asile ou de l'ensemble des obligations liées au sauvetage en mer lorsque les personnes concernées se trouvent sur des navires en situation de détresse³⁸³.

Au-delà des mesures de protection contre les flux transfrontières, les États peuvent également chercher à réduire à leur égard la portée du droit international.

³⁷⁹ Pour des exemples, v. *ibid.*, pp. 589-592 ; également, F. Bassan, « Host States and Sovereign Wealth Funds, Between National Security and International Law », *European Business Law Review*, vol. 21, 2010, n° 2, pp. 165-201.

³⁸⁰ Pour des exemples, v. R. Bismuth, « L'internationalisation du capitalisme d'État en question : les failles de l'encadrement juridique des risques politiques et économiques posés par les investissements souverains étrangers (entreprises d'État et fonds souverains) », *Études internationales*, vol. 45, 2014, n° 3, pp. 379-398.

³⁸¹ V. par ex. le recours en 2012 à la loi « Solution du Pacifique » (adoptée en 2001 et abandonnée en 2007) par le gouvernement australien, qui consiste à expulser vers des États voisins (Nauru et la Papouasie-Nouvelle-Guinée) les demandeurs d'asile arrivés illégalement par voie maritime, J. L. Lacertosa, « Unfriendly Shores: an Examination of Australia's "Pacific Solution" under International Law », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 40, 2014, n° 1, pp. 321-356.

³⁸² V. Executive Order n° 13780 Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States, 6 mars 2017, qui a restreint l'entrée sur le territoire des ressortissants en provenance de six pays : l'Iran, la Libye, la Somalie, le Soudan, la Syrie et le Yémen, disponible en ligne : <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states-2/>.

³⁸³ À propos du refus de l'Italie d'accueillir dans ses ports l'Aquarius, navire humanitaire ayant recueilli 629 migrants, v. A. Miron, B. Taxil, E. Hetreau, « "Aquarius" : les européens, le droit et la morale », *Libération.fr*, 13 juin 2018.

B. L'isolement par le rejet ou l'atténuation des effets du droit international

90. L'unilatéralisme d'abstention ou de retrait – Le premier et meilleur moyen pour les États de se protéger des contraintes posées par le droit international est d'abord de restreindre leur participation aux instruments internationaux qui le développent ou assurent son application. Ils peuvent ainsi, d'une part, refuser de signer ou ratifier certaines conventions dont ils estiment l'objet contraire à leurs intérêts. Par exemple, l'Inde, Israël et le Pakistan ne sont pas parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires de 1968 (TNP), trois États aujourd'hui connus pour avoir justement acquis un arsenal que l'adhésion au traité n'aurait pas permis. L'unilatéralisme par abstention joue également à propos des mécanismes visant à assurer l'application et le respect du droit international, notamment lorsque certains États refusent de reconnaître la compétence de la CIJ ou d'autres tribunaux internationaux. Pareille attitude peut se présenter sous deux formes. Soit ils n'accomplissent pas les formalités nécessaires à la reconnaissance de la juridiction obligatoire du tribunal en question. En ce sens, 120 États, dont la France, les États-Unis d'Amérique et la Russie, n'ont pas émis de déclaration unilatérale (ou l'ont retirée) reconnaissant la compétence de la CIJ selon la procédure prévue à l'article 36, § 2 de son Statut³⁸⁴. Soit, lorsqu'ils signent, ratifient ou adhèrent à un traité multilatéral, ils émettent une réserve à la clause d'attribution de juridiction qu'il contient, le cas échéant³⁸⁵. D'autre part, les États peuvent également se retirer des accords auxquels ils sont parties. La Corée du Nord, par exemple, a relancé son programme de recherche militaire à la suite de son retrait du TNP en 2003. Plus récemment, le Président D. Trump a notifié en août 2017 la volonté des États-Unis d'Amérique de se retirer de l'accord de Paris de décembre 2015 sur le climat, qui ne sera toutefois effectif qu'à l'issue d'une période de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du traité³⁸⁶. Enfin, les États ont la possibilité, suivant une logique moins radicale, d'émettre des réserves visant l'exclusion de certaines dispositions d'une convention multilatérale. À cet égard, la philosophie du droit contemporain des réserves repose justement pour partie, depuis l'avis de la CIJ de 1951 sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, sur un objectif de limitation de l'abstention : leur admission étant rendue plus flexible par l'abandon de la règle de l'acceptation par toutes les parties, cela

³⁸⁴ Site internet de la Cour internationale de Justice, mis à jour le 15 juin 2018 : <http://www.icj-cij.org/fr/declarations>.

³⁸⁵ V. par ex. les réserves formulées à l'égard de l'article IX de la Convention sur le génocide, que la CIJ n'a pas considéré comme contraires à l'objet et au but du traité dans son arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence de la Cour et recevabilité de la requête*, préc., §§ 64-67.

³⁸⁶ S. Roger, « Trump a signifié à l'ONU son retrait de l'accord de Paris sur le climat », *LeMonde.fr*, 31 août 2017.

favorise la participation d'un maximum d'États aux traités (surtout à vocation universelle), bien que cela se fasse parfois au détriment de la qualité de leurs engagements³⁸⁷.

La plupart des États ont, à un moment ou à un autre, préféré l'abstention afin de sauvegarder leurs intérêts. Cela reste un comportement relativement fréquent, qui n'est pas l'apanage de quelques États dont les gouvernements seraient forcément motivés par des considérations souverainistes. En outre, l'abstention en elle-même (contrairement au retrait ou l'adoption de réserves) ne constitue pas une prétention normative ; elle n'est que l'expression de la liberté des États de ne pas s'engager. Cependant, lorsqu'elle est celle d'une grande puissance, son poids n'a rien de négligeable et peut parfois révéler une politique visant à réduire la portée de l'instrument adopté. L'unilatéralisme d'abstention des États-Unis d'Amérique a nécessairement un impact plus important sur la Communauté internationale et l'évolution du droit que s'il provenait d'un État moins influent³⁸⁸. L'histoire des relations internationales en a offert plusieurs preuves ; leur opposition à l'égard de certains grands agendas de la Communauté internationale a pu largement freiner l'adoption d'instruments multilatéraux ou minimiser leur portée politique et juridique. Ce fut le cas avec le refus par le Sénat de ratifier la Charte de La Havane de 1948, qui fit échec à la création de l'Organisation internationale du commerce. De même en matière environnementale avec l'absence de ratification du Protocole de Kyoto de 1997³⁸⁹ ou de la Convention sur la diversité biologique de 1992, de désarmement avec le rejet par le Sénat du Traité sur l'interdiction complète des essais nucléaires de 1996³⁹⁰ ou encore de justice pénale globale avec le rejet du Statut de Rome

³⁸⁷ CIJ, avis du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Rec., p. 15 ; sur la portée de cet avis à l'époque contemporaine et à l'égard des traités à vocation universelle, notamment en matière de droits de l'homme, v. l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada et Simma à propos de l'arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, Rec., p. 65, §§ 9-22 ; aussi A. Pellet, « La CIJ et les réserves aux traités – Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle », in N. Ando et al. (eds), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, vol. 1, pp. 481-514, où l'auteur considère que la CIJ a consacré « un système nouveau et plus adapté aux évolutions de la société internationale », p. 482.

³⁸⁸ M. Byers, « Introduction – The Complexities of Foundational Change », in M. Byers, G. Nolte (eds), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 26 ; dans le même ouvrage, E. Kwakwa, « The International Community, International Law, and the United States: Three in One, Two Against One, or One and the Same? », p. 44. Sur l'idée d'instrumentalisation du multilatéralisme par l'hyper puissance états-unienne, v. par ex. A. Novosseloff, « L'essor du multilatéralisme. Principes, institutions et actions communes », *AFRI*, vol. 3, 2002, pp. 310-311.

³⁸⁹ À noter aussi la décision de retrait du Canada en décembre 2011, v. G. Dufour, « Le retrait du Canada du Protocole de Kyoto et le droit international public : droit de dénonciation, abus de droit et responsabilité internationale », *RQDI*, vol. 25, 2012, n° 1, pp. 29-56.

³⁹⁰ S. Sur, « À propos du traité sur l'interdiction complète des essais nucléaires : les États-Unis entre l'unilatéralisme et le multilatéralisme », *AFRI*, vol. 1, 2000, pp. 747-757 où il qualifie la soustraction aux obligations internationales comme unilatéralisme de protection, p. 754.

de 1998 et, plus généralement, l'opposition à la création puis au travail de la Cour pénale internationale (CPI). Au-delà de l'abstention des États-Unis d'Amérique, celle-ci fut en effet la cible d'une véritable politique de neutralisation de ses prérogatives pour tous les cas où elles auraient pu concerner leurs ressortissants³⁹¹.

91. *Le recours aux règles de protection des intérêts vitaux* – À défaut de refuser en amont d'être liés par le droit international, par leur abstention ou leur retrait, les États prennent régulièrement le soin d'aménager au sein des régimes auxquels ils participent des clauses de sauvegarde ou d'exceptions leur permettant, sous certaines conditions, de protéger leurs intérêts vitaux. L'invocation de ces clauses suppose inévitablement l'appréciation par chaque État de ses intérêts propres. Comme cela a pu être écrit : « [c]es échappatoires permettent d'assurer la primauté des intérêts de la Haute politique qu'un État estime à un moment donné ne pas pouvoir sacrifier »³⁹². Ce véritable « droit des intérêts vitaux », identifiable dans divers champs du droit international, organise des mécanismes par lesquels les faits politiques viennent paralyser et primer sur certaines obligations des États qui y recourent durant une période de temps et en raison d'un contexte donnés. Les exemples sont variés. Parmi eux, certains droits sont explicitement reconnus et ne suscitent de débats qu'à l'égard des conditions relatives à leur mise en œuvre. Ainsi de la légitime défense (article 51 de la Charte des Nations Unies) ou des « nécessités militaires impérieuses » ou « exigences vitales » du droit de la guerre (permettant notamment, selon l'article 54, § 5 du Protocole additionnel I du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève, de déroger à certaines interdictions relatives à la destruction de biens indispensables à la survie de la population civile). De même en droit international des droits de l'Homme, lorsque les traités prévoient des clauses permettant aux États d'invoquer des situations exceptionnelles (états de guerre ou d'urgence) afin de suspendre provisoirement l'application de certains droits et libertés (articles 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 15 de la Convention européenne des droits de l'homme et 27 de la Convention américaine des droits de l'homme). En la matière, les États doivent informer au préalable les autres parties, tandis que les juridictions compétentes

³⁹¹ V. par ex. la résolution 1422 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 12 juillet 2002, qui vise à interdire à la CPI d'enquêter ou de juger (et aux États parties à son Statut de livrer) des soldats provenant d'États non parties ayant participé à des opérations autorisées ou établies par les Nations Unies. Par ailleurs, les États-Unis d'Amérique ont depuis adopté le *American Service-Members' Protection Act* (dit parfois « *Hague Invasion Act* »), qui autorise le Président à recourir à tous les moyens nécessaires pour libérer des soldats états-uniens qui seraient détenus à l'étranger pour le compte ou à la demande de la CPI, ainsi que toute une série d'accords bilatéraux exigeants des États concernés de ne pas coopérer avec la Cour lorsque des soldats états-uniens sont en cause. Plus généralement, v. J. Fernandez, *La politique juridique extérieure des États-Unis à l'égard de la Cour pénale internationale*, Paris, Pedone, 2010, 649 p.

³⁹² R. Kolb, *Théorie du droit international*, op. cit., p. 494.

peuvent contrôler la nécessité et la proportionnalité des mesures par rapport aux exigences de la situation³⁹³.

92. La fermeture de l'ordre juridique national à l'égard de l'intégration du droit international – Une ultime possibilité pour les États d'atténuer à leur endroit les effets du droit international consiste en la manipulation des procédés d'intégration de celui-ci dans leur ordre juridique national. L'analyse des effets internes des traités offre sur ce point des exemples saillants. En la matière, le droit international n'impose aux États aucune autre obligation que celle d'exécuter leurs engagements de bonne foi. Il ne prescrit rien quant aux diverses méthodes d'intégration possibles, laissant toute sa place, le cas échéant, à un unilatéralisme de protection ou à tout le moins de conciliation entre leurs obligations internationales et leurs intérêts nationaux. Selon les cas, les États sont plus ou moins ouverts/fermés à l'égard des règles d'origine externe³⁹⁴. Pour se faire une image du degré d'ouverture d'un État, plusieurs facteurs doivent être pris en compte : le contenu des règles constitutionnelles (on distingue ainsi les systèmes à tendance moniste, privilégiant l'insertion théoriquement automatique des traités, ou dualiste, exigeant l'adoption d'actes internes de transposition), la pratique législative (selon le contenu des lois visant, le cas échéant, à les incorporer dans l'ordre interne) et la pratique jurisprudentielle (tant à l'égard du respect des règles constitutionnelles d'intégration que de l'effet direct et de l'interprétation du contenu des normes d'origine conventionnelle).

Si l'on se concentre uniquement sur le rôle du juge interne, il est possible de distinguer deux leviers permettant de juguler la portée des obligations internationales de l'État. En premier lieu, les juridictions saisies peuvent jouer sur leur caractère d'effet direct (*self-executing*) ou non et, partant, invocable ou non par les particuliers. À cet égard, les positions des juges peuvent être déterminantes et constituent autant d'écluses situées entre les obligations conventionnelles de l'État et les particuliers qui souhaiteraient s'en prévaloir. Sur ce point, soit la déférence à l'égard de la position du pouvoir exécutif est la règle ; autolimitation judiciaire

³⁹³ À propos du recours par la France à l'article 15 de la CEDH à la suite des attentats du 13 novembre 2015, v. A. Lambert, L. Braconnier Moreno, « La marge de manœuvre de la France dans le déclenchement d'un régime dérogatoire aux libertés fondamentales, une dénaturation de l'article 15 de la CEDH ? », *Revue des droits de l'homme* [en ligne], 22 janvier 2015 : <http://journals.openedition.org/revdh/1778> ; DOI : 10.4000/revdh.1778.

³⁹⁴ On ne se concentre ici que sur les traités internationaux alors que les règles constitutionnelles d'intégration, qui déterminent la validité interne comme la valeur hiérarchique des normes internationales dans l'ordre interne, varient aussi selon les catégories de sources formelles et leurs différentes origines. Sur ce thème de l'intégration du droit international en droit interne, v. par ex. E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2012, spéc. pp. 294-307, sur la notion d'État ouvert.

qui revient à laisser à la politique le soin de trancher en fonction d'un contexte parfaitement contingent. C'est la pratique privilégiée par les juridictions états-uniennes et ce fut par ailleurs le cas en France avant que le Conseil d'État (incité par la CEDH) réaffirme son indépendance à l'égard du Ministère des Affaires étrangères³⁹⁵. Soit l'effet direct des dispositions d'un traité dépend de conditions spécifiques élaborées par les juridictions. Elles sont évidemment, selon les États et les époques, plus ou moins évolutives et plus ou moins malléables, laissant quoi qu'il en soit aux juges une importante marge d'appréciation³⁹⁶.

En second lieu, la modulation des effets des dispositions d'un traité peut être opérée au stade de leur interprétation et de leur application par les juges. Cette fois, le traité est considéré comme applicable au litige mais la portée de son contenu vis-à-vis de l'espèce reste à définir. Le juge interne se place alors comme organe d'interprétation des obligations internationales de l'État. Assez naturellement, il est dans ce cas susceptible d'accorder une place prépondérante aux intérêts nationaux. En la matière, R. Kolb opère une distinction entre des attitudes qui confinent à l'unilatéralisme systématique ou simplement ponctuel ou accidentel. L'unilatéralisme systématique correspond par exemple à l'approche duale des juridictions états-uniennes. Les règles de la Convention de Vienne de 1969 valent pour l'interprétation des traités dans l'ordre international, tandis que dans l'ordre interne, une large place est laissée à l'opinion des autorités politiques, notamment celle exprimée par la Sénat au moment de l'approbation de la ratification des traités³⁹⁷. L'unilatéralisme « accidentel », quant à lui, correspond à la prise en compte, plus ou moins exceptionnelle, du contexte politique. Lorsqu'ils interprètent un traité, les juges s'emploient à justifier juridiquement ce qui en réalité découle de la primauté des intérêts nationaux. L'auteur cite sur ce point l'exemple particulier

³⁹⁵ V. not., CE ass., 29 juin 1990, n° 78519, *GISTI*, commentaire D. Lochak in A. Pellet, A. Miron (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 192-203.

³⁹⁶ En France, l'effet direct d'une norme internationale permet son invocabilité contentieuse lorsque deux critères sont remplis : un critère subjectif (la norme s'adresse à des particuliers pour leur conférer des droits subjectifs), et un critère objectif (la norme est suffisamment précise pour être applicable). Telle est la position de principe du Conseil d'État, clarifiée avec l'arrêt du CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, *GISTI et FAPIL*, commentaire F. Latty in A. Pellet, A. Miron (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, op. cit., pp. 675-696. V. aussi P. Deumier, « Comment et à quelles fins reconnaître l'effet direct des traités ? », *RTDCiv.*, 2012, pp. 487-492, p. 492 : « (...) parce que la détermination de l'effet direct est une opération d'interprétation, elle laisse une marge de manœuvre au juge, qui devrait suffire à parvenir à une solution adaptée à chaque type de stipulation internationale et à chaque fonction contentieuse ». L'interprétation de ces critères par les juridictions produit toujours des résultats assez aléatoires. Sur ce point, v. D. Burriez, « Retour sur les critères de l'effet direct depuis l'arrêt *GISTI* du Conseil d'État du 11 avril 2012 », *RFDA*, 2015, pp. 1031-1040.

³⁹⁷ R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 315 : « [o]n comprend que cette attitude ait été contestée, car elle équivaut à soumettre les parties contractantes à la volonté unilatérale des organes politiques d'un autre contractant. Cela crée un déséquilibre manifeste dans l'exécution des obligations respectives ».

de l'affaire *U.S. v. Alvarez-Machain* (1992). La capture du docteur Alvarez-Machain faisait l'objet d'une récompense par les autorités états-uniennes. Celui-ci fut alors enlevé au Mexique et forcé dans un avion pour le Texas, où il fut directement arrêté. La question se posait alors aux juges de savoir si l'enlèvement sur un territoire étranger était compatible avec l'existence d'un traité d'extradition réglant, en principe, les procédures destinées à assurer la poursuite et le transfert d'un individu d'un État partie à l'autre. Or, en suivant un raisonnement largement critiquable, la Cour suprême fédérale s'est contentée de souligner que le traité d'extradition n'interdisait pas l'enlèvement. Sans chercher à combler cette fausse lacune par une référence au droit international général, elle conclut en conséquence que ce qui n'était pas expressément interdit devait être considéré licite³⁹⁸.

Les États disposent donc de multiples outils afin de réduire la portée de leurs obligations internationales et assurer la satisfaction de leurs intérêts propres. L'unilatéralisme de protection passe également par l'adoption de mesures ayant vocation à se substituer aux régimes internationaux en vigueur ou en formation.

§2. La protection par l'adoption de mesures de substitution

93. Plutôt que de chercher à s'isoler des relations internationales et de leur droit, il peut arriver que des États préfèrent y substituer des mesures unilatérales dont ils auront la certitude qu'elles protégeront leurs intérêts. Dans ce cas, sans forcément les rejeter en bloc, les États remettent en cause les régimes proposés ou en vigueur et définissent pour eux-mêmes le cadre de leur action, afin d'en maîtriser les conséquences³⁹⁹. À cet égard, deux catégories de pratiques méritent d'être évoquées. D'une part, l'unilatéralisme peut permettre aux États d'échapper à la contrainte qui découlerait de l'instauration d'un régime collectif (A). D'autre part, leur comportement peut être motivé par la volonté d'ajuster un régime en vigueur mais qu'ils considèrent déséquilibré (B).

A. L'unilatéralisme comme échappatoire à l'instauration d'un régime collectif

94. *L'intention de conserver une liberté d'action sans pour autant s'abstenir* – Dans le contexte relatif à la négociation, à l'adoption ou à la ratification de conventions

³⁹⁸ *Ibid.*, pp. 317-318, citant l'affaire *U.S. v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655 (1992).

³⁹⁹ Sur l'idée de substitution, v. S. Sur, *Relations internationales, op. cit.*, p. 294.

multilatérales, certains États peuvent considérer qu'il n'est pas ou plus dans leur intérêt d'y participer et d'en devenir partie. Cependant, pour atténuer les éventuelles pressions exercées par leurs pairs tout en conservant la maîtrise complète de leurs obligations (quant à leur substance comme à l'égard du moment adéquat pour s'y soumettre), il arrive que les États adoptent des engagements parallèles aux régimes instaurés. Sans y prendre part directement, ils déterminent toutefois le cadre de leur action en fonction de ceux-ci, soit en s'en rapprochant, parfois à l'identique, soit en s'en éloignant afin de préserver certaines de leurs sphères de liberté. C'est le cas des États qui ne ratifient pas un traité mais expriment, après une période de temps plus ou moins longue, qu'ils en respecteront les termes, comme la France et la Chine en 1980 à l'égard du Traité d'interdiction partielle des essais nucléaires du 5 août 1963⁴⁰⁰. Il en va de même lorsque certains engagements unilatéraux interviennent après le rejet formel et explicite de régimes internationaux considérés comme trop contraignants, et ce dans le but d'en diminuer la portée voire d'inciter d'autres États à les remplacer complètement. Par exemple, le Président G. W. Bush dévoila en février 2002 l'initiative « *Clear Skies* » alors qu'un an auparavant, il avait annoncé que les États-Unis d'Amérique ne ratifieraient pas le Protocole de Kyoto. La démarche n'entendait pas s'y opposer frontalement. L'allocution commençait en effet par réaffirmer les obligations des États découlant de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques ainsi que leurs intérêts communs à poursuivre les négociations relatives au réchauffement climatique. Il déclara alors : « *[m]y administration is committed to cutting our Nation's greenhouse gas intensity, how much we emit per unit of economic activity, by 18 percent over the next ten years* »⁴⁰¹. Cependant, l'engagement fut largement critiqué car il était inférieur aux attentes de la Communauté internationale et portait un coup fatal (au moins politiquement) au régime collectif adopté en décembre 1997. Cela dit, du point de vue états-unien, il permettait de ne pas anéantir totalement les négociations climatiques tout en prenant la main sur elles. L'administration Bush espérait en effet inciter les États à privilégier la voie unilatérale, considérée comme offrant une plus grande flexibilité⁴⁰². Cette logique d'échappatoire et de substitution fut similaire avec la déclaration égyptienne du 24 avril 1957 relative au Canal de Suez. Le contexte de l'époque était délicat

⁴⁰⁰ V. les exemples cités par S. Sur, *ibid.*, p. 294.

⁴⁰¹ Extrait de la déclaration reproduit dans la chronique dirigée par S. D. Murphy, « Contemporary Practice of the United States Relating to International Law », *AJIL*, vol. 96, 2002, n° 2, p. 487.

⁴⁰² V. par exemple P. Riche, « Le plan de rechange de Bush à Kyoto », *Libération*, 15 février 2002 ; S. Daley, « Europeans Give Bush Plan on Climate Change a Tepid Reception », *The New York Times*, 15 février 2002. L. Boisson de Chazournes a qualifié l'attitude de certains États, notamment les États-Unis d'Amérique, d'« *illustration of a post-negotiation 'policy-forging' type of unilateralism* », « Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues », *op. cit.*, p. 326.

pour l'Égypte compte tenu, depuis la crise de 1956, de la volonté des grandes puissances de maintenir leur contrôle sur l'ouvrage et des pressions exercées afin qu'un accord multilatéral soit conclu en ce sens. Elle décida toutefois d'y substituer une déclaration unilatérale formelle, dont elle demanda l'enregistrement auprès du Secrétariat général des Nations Unies. L'Égypte était en effet incitée par un intérêt politique fort à approuver formellement un ensemble d'obligations relatives à la gestion du Canal. Comme l'a expliqué V. D. Degan, cela lui permit d'éviter la tenue d'une conférence internationale qui aurait certainement échoué et de calmer la situation tout en parvenant à en assurer elle-même l'exploitation rentable⁴⁰³. La stratégie égyptienne s'est d'abord heurtée à des réactions très rigides, notamment celle de la France qui considérait que l'engagement n'avait aucune portée juridique. Toutefois, l'écoulement du temps et l'apaisement des tensions ont permis l'émergence d'un grand nombre de reconnaissances *de facto* de la valeur juridique de la déclaration⁴⁰⁴. Cela démontre que malgré sa visée politique initiale et son décalage par rapport aux demandes de négociations formelles, elle répondait au moins aux exigences matérielles des puissances⁴⁰⁵.

B. L'unilatéralisme visant l'ajustement de régimes déséquilibrés

95. Contribution à la renégociation d'un régime – Lorsque certains régimes juridiques sont rendus ineffectifs, les États sont parfois tenus d'abandonner le compromis auquel ils étaient collectivement parvenus, soit parce que le contexte politique ou économique a radicalement changé, soit que l'une ou certaines des parties refusent, à la suite d'une violation, de revenir au *statu quo ante*. Dans ce genre d'hypothèses, l'unilatéralisme peut avoir différentes vertus : il ouvre la voie à une forme de renégociation et évite les lourdeurs attachées à l'adoption d'un instrument nouveau. Comme l'a expliqué M. Hakimi, le recours aux mesures unilatérales permet ainsi d'ajuster « *the regime's overall balance of rights and obligations, thus re-stabilizing the regime on terms that all parties are willing to tolerate* »⁴⁰⁶. Ce « réajustement » peut éventuellement s'inscrire dans la durée dès lors qu'il satisfait les intérêts des États concernés.

⁴⁰³ V. D. Degan, *Sources of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, p. 301.

⁴⁰⁴ J. Dehaussy, « La déclaration égyptienne de 1957 sur le Canal de Suez », *AFDI*, vol. 6, 1960, p. 183 ; *contra* A. P. Rubin, « The International Legal Effects of Unilateral Declarations », *op. cit.*, pp. 6-7.

⁴⁰⁵ En ce sens, on pourrait considérer que la Déclaration égyptienne répondait à la sollicitation contenue dans la Résolution 118 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 13 octobre 1956, doc. S/3675. Après l'échec des tentatives de négociations menées par les grandes puissances, celle-ci se limitait à exiger, pour le règlement de l'affaire, le respect de la liberté de passage, de la souveraineté de l'Égypte ainsi que de quelques principes généraux relatifs à la gestion du canal. Pour le texte de la déclaration, v. doc. A/3576, S/3818.

⁴⁰⁶ M. Hakimi, « Unfriendly Unilateralism », *Harvard International Law Journal*, vol. 55, 2014, n° 1, p. 135.

L'auteur cite à cet égard l'exemple de la réaction des États-Unis d'Amérique après la modification par l'Argentine des conditions du trafic aérien entre ces deux pays. À la suite de la crise financière de 2002, le gouvernement décida en effet de permettre aux seules compagnies nationales de régler les taxes d'aéroport en peso argentin alors que la monnaie avait subi une forte dévaluation. Les compagnies états-uniennes, quant à elles, continuaient de les payer en dollar, soit trois à quatre fois plus cher, ce qui contrevenait à l'accord bilatéral sur l'aviation en vigueur entre les deux États⁴⁰⁷. Cependant, en raison de considérations juridiques et politiques internes (liées à des jugements très divergents rendus par des juridictions nationales), le gouvernement argentin refusa de rétablir l'équilibre. Dès lors, sans interrompre le trafic, les États-Unis d'Amérique ont exigé de la principale compagnie nationale argentine la consignation, pour chaque vol, de la somme correspondant à la différence vis-à-vis des tarifs réglés par les compagnies états-uniennes. La mesure, tolérée par les deux parties, est demeurée jusqu'à ce que l'Argentine décide en 2011 de revenir à l'égalité de traitement initialement prévue par le traité⁴⁰⁸. La logique fut similaire dans le cadre du contentieux relatif à l'interdiction par les Communautés européennes d'importer du bœuf aux hormones. La persistance de l'embargo européen sur ces produits pendant près de vingt ans, et ce malgré les violations reconnues du droit de l'OMC et les contre-mesures adoptées par les États-Unis d'Amérique et le Canada, a incité les parties à négocier de nouveaux arrangements, ce qui aboutit à l'adoption en 2009 et 2011 d'accords dont l'objet était la levée des sanctions nord-américaines en échange de l'importation de viande de qualité supérieure⁴⁰⁹. Dans les deux cas évoqués, l'unilatéralisme est parfaitement assumé en tant que politique visant à protéger des intérêts internes, quitte à supporter les conséquences qui découleraient d'une éventuelle violation du droit international. Sur le plan externe, les mesures adoptées tendent dès lors à se substituer au régime normalement en vigueur et contribuent à la construction d'un nouveau compromis entre les États intéressés, soit via l'adoption formelle d'accords nouveaux, soit via la reconnaissance d'une éventuelle pratique subséquente modificative.

⁴⁰⁷ V. sur ce point la décision de la Cour d'appel du circuit du District de Columbia du 8 juillet 2005, *Aerolineas Argentinas S.A. v. U.S. Department of Transportation*, 415 F.3d 1.

⁴⁰⁸ M. Hakimi, « Unfriendly Unilateralism », *op. cit.*, p. 137.

⁴⁰⁹ Pour les décisions autorisant l'adoption de contre-mesures, v. *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, décisions du 12 juillet 1999, WT/DS26/ARB (plainte initiale des États-Unis) et WT/DS48/ARB (plainte initiale du Canada). Pour les accords, v. les Mémoires d'accord concernant l'importation de viande bovine provenant d'animaux non traités avec certaines hormones de croissance et les droits majorés appliqués à certains produits de l'Union européenne, pour les États-Unis, daté du 25 septembre 2009, WT/DS26/28, pour le Canada, daté du 17 mars 2011, WT/DS48/26.

96. *Conciliation d'objectifs concurrents* – Dans d'autres cas, l'unilatéralisme ponctuel ou persistant peut traduire une lutte entre plusieurs objectifs potentiellement antagonistes poursuivis par un ou plusieurs régimes de droit international. La confrontation entre la libéralisation du commerce mondial et la protection de l'environnement ou de la santé illustre cette hypothèse avec acuité. Le premier de ces objectifs a durant longtemps été privilégié par les États. Sa prééminence fut assurée par un fort soutien institutionnel avec l'adoption du GATT puis la création au 1^{er} janvier 1995 de l'OMC et de son Organe de règlement des différends. Or, il a pu être fort justement souligné que :

« *[i]n any event, once a particular balance is struck, recalibrating the balance to accomodate new facts or sensibilities can again be cumbersome. What sometimes happens, then, is that one objective comes to displace another. Using unfriendly unilateralism can help establish a more meaningful balance* »⁴¹⁰.

De façon générale, la protection de l'environnement et/ou de la santé doit en ce sens beaucoup à l'unilatéralisme pratiqué par certains États⁴¹¹. Il fut en effet utilisé à des fins politiques comme un véritable outil ayant permis de contrecarrer la prééminence des objectifs attachés au libre-échange. Ainsi, par exemple, l'analyse de l'évolution des positions exprimées par les différents panels d'experts dans le cadre du GATT puis de l'OMC offre une mise en perspective intéressante. En effet, durant les années 1990, plusieurs affaires, dont celle relative aux mesures de protection des dauphins dans le cadre de la pêche au thon, avaient révélé une position très favorable au libre-échange, via une interprétation restrictive des exceptions de l'article XX du GATT, et une certaine réticence devant tout risque de « protectionnisme vert » susceptible de mettre en péril le système commercial multilatéral⁴¹². Toutefois, l'adoption de mesures unilatérales persista et fut même appuyée par des pressions internes à l'OMC afin que les États recouvrent une certaine autonomie dans la détermination de leurs objectifs environnementaux⁴¹³. Parallèlement, durant les deux décennies 1990 et 2000, plusieurs régimes internationaux ont été développés en la matière. L'Organe d'appel a alors fini par accepter plus aisément les mesures restrictives se fondant sur de tels motifs. Il est par exemple intéressant de noter que l'interprétation de l'article XX g) du GATT, qui fait de la conservation des ressources naturelles épuisables un objectif légitime permettant l'adoption de restrictions

⁴¹⁰ M. Hakimi, « Unfriendly Unilateralism », *op. cit.*, p. 129.

⁴¹¹ V. les études menées par L. Boisson de Chazournes, « Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues », *op. cit.* et D. Bodansky, « What's So Bad about Unilateral Action to Protect the Environment? », *EJIL*, vol. 11, n° 2, 2000, pp. 339-347.

⁴¹² *États-Unis – Thon*, rapport du Groupe spécial non adopté, 3 septembre 1991, préc. ; *États-Unis – Thon*, rapport du Groupe spécial non adopté, 16 juin 1994, préc.

⁴¹³ V. Bodansky, « What's So Bad about Unilateral Action to Protect the Environment? », *op. cit.*, pp. 342-343. Plus généralement, v. M. Prost, *D'abord les moyens, les besoins viendront après : commerce et environnement dans la « jurisprudence » du GATT et de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2005, xix-232 p.

au commerce, fut élargie afin d'y inclure certaines espèces vivantes susceptibles de se raréfier ou de disparaître, comme les tortues marines⁴¹⁴. En définitive, l'unilatéralisme permet à certains États de protéger leurs intérêts tout en instaurant un rapport de force qui peut potentiellement, à plus long terme, ouvrir la voie à une évolution substantielle de certains régimes. En plus de ces différentes techniques, les États peuvent agir d'une manière encore plus autoritaire, par l'adoption de mesures de coercition.

§3. La protection par l'adoption de mesures coercitives

97. L'adoption par les États de mesures de nature coercitive constitue l'un des outils principaux leur permettant d'assurer la protection de leurs intérêts. Selon une acception que l'on veut ici relativement stricte (pour ne pas la confondre avec les autres causes envisagées qui sont toutes susceptibles de révéler certaines formes de pression⁴¹⁵), la catégorie comprend un éventail de mesures adoptées individuellement ou collectivement en réaction au comportement des tiers contre lesquels elles sont orientées et afin d'exercer sur eux une contrainte en vue de la modification dudit comportement⁴¹⁶. La pratique distingue les rétorsions et les contre-mesures. Si les unes et les autres n'ont ni les mêmes fondements ni les mêmes conséquences, elles ont pour caractéristique commune, du point de vue de l'intention de leurs auteurs, le fait de poursuivre deux types de causes endogènes similaires⁴¹⁷. D'une part, elles expriment une position de principe en ce que les États désapprouvent le comportement du ou des tiers visés et, partant, manifestent leur volonté de voir leurs intérêts préservés. Elles

⁴¹⁴ *États-Unis – Crevettes*, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, préc., § 121. Dans cette affaire, l'Organe d'appel s'est notamment appuyé sur le fait que les tortues marines étaient concernées par l'Annexe 1 (le plus protecteur) de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES).

⁴¹⁵ Pour ces raisons, on ne traite pas ici des sanctions éventuellement adoptées au titre de la portée extraterritoriale du droit interne des États. Sur ce point, v. *supra*, §§ 81-82.

⁴¹⁶ V. l'entrée « Coercition » dans le *Dictionnaire de droit international public*, J. Salmon (dir.), *op. cit.*, p. 191. On réserve le vocable de « sanction » à la qualification des mesures adoptées en réaction à des faits illicites préalables. Ainsi, toutes les mesures coercitives ne sont pas nécessairement des sanctions. V. dans le même ouvrage, la définition de « sanction », p. 1017 ; L. Picchio Fortali, « The Legal Core of International Economic Sanctions », in L. Picchio Fortali, L.-A. Sicilianos (eds), *Les sanctions économiques en droit international*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 105-109 ; R. Kolb, *Théorie du droit international*, *op. cit.*, not. pp. 816-818. Plus généralement sur cette notion, v. G. Abi-Saab, « De la sanction en droit international. Essai de clarification », in J. Makarczyk (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 61-77.

⁴¹⁷ Il n'apparaît pas nécessaire ni justifié de faire de distinction parfaitement étanche entre les deux. V. par ex. J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 219 : « le mécanisme comme la raison d'être des contre-mesures sont bien identiques, qu'il s'agisse de mesures régulières ou normalement irrégulières, de rétorsion ou de représailles. Aucun argument décisif ne paraît justifier que l'on réserve le terme contre-mesures à une hypothèse particulière, surtout s'agissant de situations qui correspondent à un relatif flottement de la légalité internationale, et à tout le moins à une perception subjective de cette légalité ».

ont en ce sens un aspect conservatoire (A). D'autre part, elles tendent à poursuivre une finalité réparatrice ou compensatoire qui est fonction de la teneur de l'atteinte prétendument portée aux intérêts de leurs auteurs (B).

A. Aspect conservatoire : la préservation des intérêts de l'État face au comportement réprouvé d'un tiers

98. *Protection d'un intérêt purement politique* – Un État peut parfaitement considérer que son seul intérêt politique est en jeu et que celui-ci mérite d'être protégé par l'adoption de mesures coercitives. Soit, par exemple, il estime qu'il fait l'objet de mesures inamicales licites et il entend y faire pièce, soit il n'approuve pas l'orientation suivie par la politique d'un autre État et sa réaction manifeste sa désapprobation. Quelle que soit l'hypothèse, dans la mesure où son intérêt n'est pas protégé par le droit international, autrement dit qu'il n'est pas victime d'une violation du droit, l'État ne peut réagir qu'en adoptant des mesures de rétorsion elles aussi inamicales mais licites par nature⁴¹⁸. En matière de rétorsion, la pratique est extrêmement variée. Elle consiste surtout en l'adoption de mesures vexatoires (l'expulsion de ressortissants de l'État ciblé ou le refus de leur octroyer un visa, la suspension ou la rupture des relations diplomatiques ou de négociations données, le boycott de certains événements comme les Jeux olympiques, éventuellement l'interdiction d'adopter des enfants ayant la nationalité de l'État auteur de la mesure⁴¹⁹, *etc.*) ou prennent la forme d'entraves aux relations économiques (embargos partiels ou complets, interdiction des investissements en provenance de l'État cible, *etc.*), à la seule condition qu'elles ne contreviennent pas à un éventuel accord spécifique. Cependant, il n'est pas aisé de distinguer pour chaque cas si l'État auteur réagit uniquement à une atteinte à ses intérêts politiques ou s'il considère également que ses droits n'ont pas été respectés ; cela dépend de l'appréciation du caractère licite ou non du comportement à l'égard duquel il réagit. Si l'État justifie les mesures adoptées en raison d'une atteinte à ses droits ou au droit, alors sa réaction véhicule une prétention normative (quant à l'interprétation des droits en cause et quant à la qualification du comportement réprouvé)⁴²⁰.

⁴¹⁸ Sur cette notion, v. par ex. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 1007 ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 1056-1058.

⁴¹⁹ En 2012, la Russie a par exemple décidé d'interdire l'adoption d'enfants de nationalité russe par des ressortissants états-unis, v. H. Sallon, « L'affaire Magnitski empoisonne les relations entre Moscou et Washington », *Lemonde.fr*, 27 décembre 2012.

⁴²⁰ V. surtout les sanctions adoptées en réaction à des violations de normes *erga omnes*, développées au titre des causes subjectives exogènes, *infra*, §§ 116 et s.

Afin d'illustrer l'adoption de mesures de rétorsion motivées uniquement par des intérêts politiques, il est possible d'évoquer les mesures de suspension des aides publiques aux États en développement pour diverses raisons liées aux orientations données à leurs politiques internes. Ce fut longtemps une pratique des États-Unis d'Amérique afin de lutter contre l'expansion du communisme ; elle est aujourd'hui partagée par de nombreuses puissances afin notamment de promouvoir le respect de standards démocratiques et des droits de l'Homme⁴²¹. Dans la même veine, le contrôle et la réduction des exportations vers certains États peut avoir une visée coercitive en réaction à leur comportement, par exemple lorsqu'ils portent sur des produits destinés à l'armement militaire ou toute autre technologie susceptible d'être utilisée à des fins stratégiques. En ce sens, il peut être rappelé le fait que dix-huit États du bloc de l'Ouest, sous l'influence des États-Unis d'Amérique, se réunissaient dans le cadre du Comité de coordination pour le contrôle multilatéral des exportations (COCOM) actif entre 1950 et 1994, afin d'arrêter un certain nombre de lignes de conduite communes, en dressant notamment des listes de biens soumis à des interdictions ou à des licences d'exportation vers les pays se réclamant du communisme⁴²².

99. *Prétentions relatives à la protection d'un droit* – S'il estime cette fois que ces intérêts lésés sont juridiquement protégés, autrement dit qu'un tiers a commis un fait internationalement illicite constitué par la violation d'une obligation lui étant due, l'État peut recourir à des mesures de rétorsion mais également, et surtout, à des contre-mesures ou mesures de représailles. Celles-ci correspondent à l'ensemble des actes, normalement illicites, qu'un ou plusieurs États peuvent adopter en réaction au comportement d'un tiers qui contreviendrait à l'une de ses obligations internationales. En raison de leur caractère de riposte au fait d'un tiers considéré lui-même comme illicite, ces contre-mesures sont rendues exceptionnellement licites ; ou pour reprendre la terminologie employée par la CDI, le fait illicite préalable de l'État ciblé joue comme « circonstance excluant l'illicéité »⁴²³. Leur fonctionnement repose sur une logique parfaitement horizontale et intersubjective. Les États

⁴²¹ V. par ex. C. Flaesch-Mougin, « La conditionnalité dans les relations de l'Union européenne avec les États et groupements latino-américains », in C. Flaesch-Mougin, J. Lebullenger (dir.), *Regards croisés sur les intégrations régionales : Europe, Amériques, Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 377-408.

⁴²² P. d'Argent, « Les enseignements du COCOM », *RBDI*, vol. 26, 1993, n° 1, pp. 147-164.

⁴²³ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 259 ; D. Alland, « The Definition of Countermeasures », in J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 1127-1136. L'article 22 des articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États dispose que « [l']illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie » ; la CIJ s'est appuyée sur les articles de la CDI (dans leur version de 1996) dans l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt 25 septembre 1997, *Rec.*, § 83.

se font justice dans la mesure où ils sont en position d'être juges et autorités d'exécution de leur cause. Comme l'a exprimé le Tribunal arbitral dans l'*Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France* (1978) :

« [d]ans l'état actuel du droit international général (...), chaque État apprécie pour lui-même sa situation juridique au regard des autres États. En présence d'une situation qui comporte à son avis la violation d'une obligation internationale par un autre État, il a le droit, sous la réserve des règles générales du droit international relatives aux contraintes armées, de faire respecter son droit par des "contre-mesures" »⁴²⁴.

L'adoption de contre-mesures relève donc en droit international d'une politique de puissance. Elle dépend d'une appréciation unilatérale par l'État d'une atteinte à ses droits qui réintroduit dans des rapports de droit une logique de pouvoir ; et en conséquence une certaine inégalité entre les États dès lors que seuls ceux qui disposent de moyens suffisants et efficaces se risqueront à en adopter⁴²⁵. Toutefois, l'État qui recourt à l'institution des contre-mesures n'adopte pas nécessairement, loin s'en faut, une attitude anti-juridique. L'exécution de ses obligations primaires, comme pour l'État ciblé auteur du fait illicite initial, n'est ni éteinte ni suspendue. En effet, en l'absence d'autorité centralisée, le mécanisme permet précisément la sauvegarde de ses droits en plus du fait d'exercer une contrainte visant à ramener les États concernés vers le respect de leurs obligations initiales⁴²⁶. En ce sens et par conséquent, les contre-mesures ont un aspect conservatoire autant que coercitif.

Le développement progressif d'un régime encadrant restrictivement leurs finalités, leur contenu ainsi que leur caractère proportionnel et provisoire a précisément pour but de les cantonner dans ces fonctions⁴²⁷. Dans l'affaire précitée, les États-Unis d'Amérique considéraient qu'une interdiction complète des contre-mesures (par analogie avec la prohibition des représailles armées) n'aurait de sens « qu'à partir du moment où les mécanismes juridictionnels internationaux auront évolué jusqu'au point où il existe des

⁴²⁴ SA du 9 décembre 1978, *RSA*, vol. XVIII, spéc. p. 483, § 81.

⁴²⁵ S. Sur, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 187.

⁴²⁶ Sur les fonctions des contre-mesures, v. D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, pp. 185-216, spéc., sur l'objectif de cessation de l'illicite, pp. 194-196.

⁴²⁷ Sur le caractère conservatoire des contre-mesures à l'égard des droits et intérêts de l'État, v. S. Sur, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 185. Quant au développement d'un régime encadrant leur usage, v. les articles 49 à 54 des articles de la CDI sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite. La finalité du régime est précisée au commentaire introductif du chapitre II : « [à] l'instar d'autres formes d'auto-assistance, les contre-mesures sont susceptibles d'abus, et cette éventualité est renforcée par les inégalités de fait entre États. Le chapitre II vise à instituer un système opérationnel tenant compte du caractère exceptionnel des contre-mesures prises en réaction à un comportement internationalement illicite tout en s'efforçant, en assortissant les contre-mesures de conditions et restrictions appropriées, de les contenir dans des limites généralement acceptables », J. Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, Paris, Pedone, 2003, p. 335, § 2.

tribunaux internationaux institutionnalisés investis du pouvoir de prendre des mesures conservatoires immédiates »⁴²⁸. En l'espèce, le Tribunal a reconnu qu'ils étaient fondés à réagir à la violation de l'accord par la France (constituée par le refus d'autoriser certains vols de la Pan Am entre la côte Ouest états-unienne et Paris et impliquant une rupture de charge à Londres, c'est-à-dire un transbordement sur un avion plus petit) en imposant une interdiction des vols de la compagnie Air France entre Paris et Los Angeles⁴²⁹.

B. Aspect compensatoire : la réparation des intérêts étatiques prétendument lésés

100. *Coercition n'est pas punition* – Les mesures coercitives, lorsqu'elles interviennent en protection des intérêts de l'État qui s'estime lésé par le comportement d'un tiers, poursuivent également une cause compensatoire. C'est le cas lorsqu'une mesure inamicale licite répond à une autre de même nature. Mais le constat se vérifie surtout lorsqu'on se place cette fois sur le terrain des obligations secondaires des États. En effet, le régime de la responsabilité internationale pour fait illicite tend au rejet de l'éventuel caractère punitif des contre-mesures⁴³⁰. Selon le Tribunal arbitral dans l'affaire de l'*Accord relatif aux services aériens* (1978), celles-ci ont « pour objet de reconstituer l'égalité entre les Parties et de les inciter à poursuivre la négociation avec un désir mutuel d'aboutir à un résultat acceptable »⁴³¹. Dès lors, les conditions de fond encadrant le recours aux contre-mesures ont pour fonction de permettre la réalisation de cet objet. L'article 49 des articles de la CDI de 2001 prévoit ainsi en son § 1 que l'État lésé n'adopte des contre-mesures que pour amener l'État ciblé « à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie », c'est-à-dire mettre fin au fait illicite et accorder une réparation adéquate⁴³². De même, son § 2 précise

⁴²⁸ *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, SA préc., p. 466, § 18.

⁴²⁹ *Ibid.*, §§ 72-99. La contre-mesure n'avait finalement pas été appliquée mais la France entendait obtenir réparation d'un dommage moral constitué par la violation du traité.

⁴³⁰ Il en va différemment en cas de contre-mesures destinées à réprimer des violations graves de normes *erga omnes*. Sur ce point, v. *infra*, §§ 116 et s. V. aussi, D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, *op. cit.*, pp. 190-194.

⁴³¹ *Ibid.*, § 90.

⁴³² La précision est apportée par le commentaire de l'article 49, § 1, J. Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *op. cit.*, p. 339, § 1. Il précise que « [l]es contre-mesures ne sont pas envisagées comme une forme de répression ». Sur l'évolution de l'objet, v. L.-A. Sicilianos, « Sanctions institutionnelles et contre-mesures : tendances récentes », in L. Picchio Fortali, L.-A. Sicilianos (eds), *Les sanctions économiques en droit international*, *op. cit.*, pp. 15-16. Sur les finalités des contre-mesures, la principale étant considérée comme réparatoire, v. dans le même ouvrage, R. Kolb, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – essai de clarification conceptuelle », in L. Picchio Fortali, L.-A. Sicilianos (dir.), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Nijhoff, 2004, spéc. pp. 421-424.

qu'elles ont un caractère temporaire. Selon le commentaire fourni par la CDI, « si elles sont efficaces en ce qu'elles amènent l'État responsable à s'acquitter des obligations de cessation et de réparation qui lui incombent, il doit y être mis fin pour permettre la reprise de l'exécution de l'obligation »⁴³³. La condition de proportionnalité que l'on retrouve à l'article 51 sert également par définition cet objet compensatoire : elle traduit en effet « l'idée de rétablissement d'un équilibre » entre les parties plutôt que celle de modération régulièrement évoquée en doctrine⁴³⁴. Elle est analysée à cette fin au regard de la nature des droits en cause et non seulement de quelques aspects quantitatifs des intérêts des parties à un différend. Dans l'affaire de l'*Accord relatif aux services aériens* précitée, le tribunal a déclaré qu'il fallait « une certaine équivalence » à l'égard de la violation alléguée en considérant qu'il convenait de « tenir compte de l'importance des positions de principe prises à l'occasion du refus des autorités françaises, à savoir l'interdiction du principe des ruptures de charge ». Or, tenant compte de l'importance de celui-ci dans la politique états-unienne des transports aériens, il a conclu qu'on ne pouvait « considérer que les mesures qui ont été l'objet de l'action des États-Unis aient été clairement disproportionnées à celles prises par la France »⁴³⁵.

On retrouve une logique compensatoire similaire au sein des systèmes régis par une *lex specialis* comme le droit de l'OMC. Simplement, l'État n'est plus en position d'être juge de la lésion de ses intérêts et de la proportionnalité de sa réaction dans la mesure où il cède sa compétence d'appréciation à un tiers impartial. Dans le cadre du mécanisme prévu au sein de l'Organisation, un membre doit obtenir l'autorisation préalable de l'Organe de règlement des différends afin de suspendre des concessions ou autres obligations en réaction au non-respect, par un autre membre, d'une décision et des recommandations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Le principe vise à éviter un recours chaotique à l'unilatéralisme et à assurer la priorité, la primauté et la cohérence des décisions rendues dans le cadre de l'ORD⁴³⁶. Or,

⁴³³ J. Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, op. cit., p. 341, § 8.

⁴³⁴ R. Kolb, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – essai de clarification conceptuelle », op. cit., p. 381 ainsi que le commentaire dans la note 10 et les références citées, not. D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, op. cit., p. 307.

⁴³⁵ Affaire de l'*Accord relatif aux services aériens*, préc., p. 483, § 83. Pour une démarche similaire, v. aussi CIJ, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, préc., § 85 : « la Tchécoslovaquie, en prenant unilatéralement le contrôle d'une ressource partagée, et en privant ainsi la Hongrie de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube (...) n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international ».

⁴³⁶ En ce sens, l'article 23 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends a été interprété comme « empêchant les membres de l'OMC de régler unilatéralement leurs différends concernant des droits et obligations relevant de l'OMC en les obligeant à suivre les règles et procédures multilatérales du Mémoire d'accord », *États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, rapport de l'Organe d'appel, 22 décembre 1999, WT/DS152/R, § 7.35. Sur ce thème, v. not. H. Culot, *Les sanctions*

l'article 22, § 4 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends prévoit que « [l]e niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages ». Les mesures autorisées ont donc pour objectif de rétablir un certain équilibre entre les avantages commerciaux mutuels entre les États concernés dans l'hypothèse où l'un d'eux persiste dans son refus de suivre les recommandations qui lui ont été adressées⁴³⁷.

Ainsi, envisagées dans un sens relativement strict, les mesures coercitives adoptées par certains États constituent des réactions visant à contraindre les tiers à modifier leur comportement. Elles sont à ce titre un instrument essentiel des politiques juridiques extérieures visant à imposer une vision du droit international et des valeurs qu'il sous-tend (ou que ces États voudraient qu'il sous-tende) conforme aux intérêts de leurs auteurs.

* *

Pour conclure, l'unilatéralisme de protection permet aux États de se prémunir contre un développement réel ou supposé du droit international qui n'irait pas dans le sens de leurs intérêts nationaux. Les États peuvent limiter l'accès à leur territoire (aux flux commerciaux ou humains) ou limiter les effets du droit international au sein de leur ordre juridique interne. Ils peuvent adopter des lois nationales ou des engagements unilatéraux ayant vocation à se substituer aux régimes internationaux qu'ils estiment en tout ou en partie contraires à leurs intérêts. Ils peuvent encore adopter des mesures coercitives visant à protéger ou compenser une atteinte portée à leurs intérêts découlant des comportements d'autres sujets. Cela dit, l'unilatéralisme de protection implique nécessairement un certain rayonnement des intérêts étatiques en vue de les faire primer sur ceux des autres acteurs impliqués. C'est pourquoi l'objectif de protection n'est pas incompatible avec une logique de projection, qui constitue dans les hypothèses évoquées une cause secondaire.

dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce, Bruxelles, Larcier, 2014, 691 p. ; A. Hamann, « La sanction du manquement à l'obligation de mise en conformité », in V. Tomkiewicz (dir.), *Organisation mondiale du commerce et responsabilité : Colloque de Nice*, Paris Pedone, 2014, pp. 225-255 ; du même auteur, *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'OMC*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2014, xix-840 p. ; O. Blin, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *JDI*, vol. 135, 2008, n° 2, pp. 441-466.

⁴³⁷ Sur la notion d'« équivalence » au sens du Mémorandum ou sur le caractère « approprié » d'une contre-mesure au sens de l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires, v. A. Hamann, *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'OMC*, *op. cit.*, pp. 665-685.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

101. Les causes endogènes des prétentions normatives unilatérales des États peuvent être classées selon qu'elles relèvent d'un unilatéralisme de projection ou de protection. Le premier est le plus révélateur d'une politique de puissance car il est tourné vers la promotion et l'expansion des intérêts étatiques. L'État qui y recourt cherche à exercer des pressions destinées à faire coïncider les sphères du droit international et de ses intérêts nationaux. Le temps et l'espace constituent les deux dimensions dans lesquelles il peut projeter ses intérêts. Dans le premier cas, il entend peser sur la définition du droit existant ou en formation en vue d'une évolution lui étant favorable. Dans le second, il cherche à étendre les champs de ses compétences en vue de régir les situations qui l'intéressent. L'unilatéralisme de protection, quant à lui, ne constitue pas tant le révélateur de la puissance de l'État qui l'exerce que la revendication d'une certaine autonomie souveraine. L'État peut chercher à limiter l'influence que le droit et les relations internationales exercent sur lui, substituer son droit interne aux régimes internationaux en vigueur ou en construction auxquels il n'entend pas adhérer ou encore protéger ses intérêts par l'adoption de mesures coercitives. Cependant, comme l'unilatéralisme de projection, l'unilatéralisme de protection doit s'exprimer dans le cadre des contraintes déterminées par le droit en vigueur ; il peut dès lors en ressortir différents types de prétentions normatives que les tiers ne sont pas tenus d'accepter.

Les justifications invoquées par les États ne sont pas nécessairement tournées en toute hypothèse vers la projection ou la protection de leurs intérêts propres. Comme cela a été précisé au seuil de cette typologie, leurs comportements poursuivent bien souvent des objectifs variés. En conséquence, les comportements unilatéraux des États peuvent également assurer la promotion d'intérêts partagés avec certains tiers.

CHAPITRE 2

LES CAUSES EXOGENES

102. Contrairement à une certaine intuition, les actes unilatéraux étatiques ne sont pas toujours adoptés pour satisfaire les seuls intérêts individuels de leurs auteurs. Leurs causes subjectives sont multiples et protéiformes. Elles se combinent donc parfois à des objectifs politico-normatifs qui sont externes aux États et qui constituent pour eux autant de raisons supplémentaires d'agir unilatéralement que de justifications leur permettant de s'appuyer, le cas échéant, à tort ou à raison, sur le droit positif. Les prétentions normatives des États peuvent être tournées vers le développement de régimes collectifs internationaux (**Section 1**) ou vers leur mise en œuvre (**Section 2**). L'unilatéralisme peut également viser à répondre purement et simplement aux sollicitations des tiers ; auquel cas la conduite étatique n'est unilatérale que sur un plan procédural alors que son contenu est le fruit d'un échange diplomatique (**Section 3**).

Section 1. L'unilatéralisme tourné vers le développement du droit international

103. La doctrine a longtemps limité son analyse des comportements unilatéraux des États à leurs rapports au processus de création des coutumes ou à leurs rôles vis-à-vis des mécanismes de mise en œuvre du droit international. Au-delà de ces deux champs de réflexion, il est fréquent que le terme « unilatéralisme » emporte une connotation très négative⁴³⁸. Certains auteurs ont néanmoins démontré que les conduites unilatérales des États peuvent participer, de manière directe ou incidente, au développement de régimes internationaux collectifs, en jouant un rôle de catalyseur et/ou en évitant, faute de consensus, l'inaction complète dans un domaine donné⁴³⁹. Dans certains cas, l'unilatéralisme peut donc avoir un

⁴³⁸ D. Bodansky, « What's So Bad about Unilateralism Action to Protect the Environment? », *op. cit.*, p. 340 : « *unilateralism often seems tantamount to a dirty word* » ; P.-M. Dupuy, « The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law », *op. cit.*, p. 20 : « *[u]nilateralism undeniably has a strong pejorative connotation* » ; W. M. Reisman, « Unilateral Action and the Transformations of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention », *EJIL*, vol. 11, 2000, n° 1, pp. 5-6, sur les causes de ce jugement sur l'unilatéralisme.

⁴³⁹ R. B. Bilder, « The Role of Unilateral State Action in Preventing International Environment Injury », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 14, 1981-82, pp. 51-95 ; C. Chinkin, « The State that Acts Alone: Bully, Godd Samaritan or Iconoclast? », *EJIL*, vol. 11, 2000, n° 1, pp. 31-41 ; D. Bodansky, « What's So Bad about Unilateralism Action to Protect the Environment? », *op. cit.*, pp. 339-347, spéc. pp. 339-340 :

effet bénéfique sur le cours des relations internationales et le développement du droit. À cet égard, différentes techniques sont à la disposition des États afin d'inciter les autres à les suivre sur cette voie. Selon la politique juridique qu'ils privilégient, et selon le rapport de pouvoir qu'ils entendent instaurer avec leurs pairs, ils peuvent aspirer à une certaine forme de *leadership* (§1) ou opter pour des procédés plus autoritaires (§2).

§1. Les techniques fondées sur le *leadership*

104. Le *leadership* est «la forme la plus altruiste de domination»⁴⁴⁰. L'État (ou éventuellement le groupe d'États) qui endosse le rôle de *leader* se place en position de précurseur et entend générer chez ses pairs un effet de mimétisme. Il montre l'exemple en définissant des objectifs d'intérêt commun et en mettant sa puissance à leur service. Cela ne va pas, cependant, sans considération de ses propres intérêts. L'État s'appuie sur, et accentue, les points de convergence entre les siens et ceux de la Communauté internationale. Les grandes puissances ont bien compris les avantages d'une telle démarche⁴⁴¹. La pratique offre au moins deux catégories de comportements qui reflètent cette logique : soit l'État adopte unilatéralement une position ou une réglementation destinée à promouvoir ou satisfaire un besoin d'intérêt international (A), soit il viole délibérément et symboliquement le droit international dans l'optique assumée d'en questionner les fondements et de les faire évoluer (B).

« [i]n many cases, effective multilateral action to protect the environment is impossible, so the choice is not between unilateralism and multilateralism, but between unilateralism and inaction (...) Sometimes, it can play a catalytic role » ; M. Hakimi, « Unfriendly Unilateralism », *op. cit.*, p. 107 : « in practice, states use unfriendly unilateralism not only to enforce but also to help generate law », aussi p. 121 et pp. 125-140 ; G. Shaffer, D. Bodansky, « Transnationalism, Unilateralism and International Law », *Transnational Environmental Law*, vol. 1, 2012, pp. 31-41.

⁴⁴⁰ S. Sur, *Relations internationales*, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁴¹ On lit par exemple sous la plume du Secrétaire du trésor états-unien J. J. Lew : « [h]istory has shown that U.S. economic leadership is vital to the well-being of American workers and families, as well as to the ability of the United States to project its values and achieve its larger foreign policy objectives. Sustaining U.S. leadership and adapting it to the challenges of our time remain indispensable. U.S. influence in a changing world will increase as the United States shares with emerging economies such as China both the benefits and the responsibilities of managing the global economic and financial system », « America and the Global Economy. The Case for U.S. Leadership », *Foreign Affairs*, vol. 95, 2016, n° 3, p. 57. Ou comme cela a pu être noté, « [t]he international community remains a critically important instrument for the advancement of US national interests and foreign policy objectives », E. Kwakwa, « The International Community, International Law, and the United States: Three in One, Two Against One, or One and the Same? », in M. Byers, G. Nolte (eds), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, *op. cit.*, p. 47 ; v. aussi not. M. Byers, « International Law and the American National Interest », *Chicago Journal of International Law*, vol. 1, 2000, n° 2, pp. 257-261.

A. Les régimes unilatéraux précurseurs

105. *Les engagements avant-gardistes* – Le fait pour un État de s’engager en premier tout en cherchant à inciter d’autres acteurs à faire de même constitue certainement l’un des procédés les plus désintéressés d’une politique normative extérieure⁴⁴². Il cherche simplement à montrer l’exemple dans un domaine où il n’a pas nécessairement d’intérêts particuliers immédiats. L’intérêt de l’État est éventuellement plus subtil et détourné de l’objet même de son action au sens où il peut chercher un bénéfice en termes de positionnement politique pour l’avenir, à compter par exemple parmi les puissances ou à tout le moins parmi les États les plus vertueux sur le plan des valeurs. De même, ses représentants ont un intérêt politique propre en ce qu’ils souhaitent montrer leur capacité à diriger une action diplomatique afin de gagner une stature qui leur assurera une plus grande légitimité interne et internationale. Un exemple récent de ce genre particulier d’engagements provient de la déclaration du Président de la République française, F. Hollande, devant l’Assemblée générale des Nations Unies en septembre 2015. Il annonçait à cette occasion la renonciation de la France au droit de veto que lui confère l’article 27 de la Charte en tant que membre permanent du Conseil de sécurité lorsque sont en cause des situations impliquant des « crimes de masse ». Ce positionnement constitue une réaction aux blocages du Conseil de sécurité, notamment dans le cadre du conflit syrien, ainsi qu’une incitation à poursuivre les travaux relatifs à sa réforme souvent tués dans l’œuf depuis le début des années 2000. C’est donc une façon de faire un premier pas sans chercher à modifier directement le texte de la Charte de San Francisco. F. Hollande déclarait en ce sens :

« [c]omment admettre que l’ONU, encore aujourd’hui, puisse rester paralysée, lorsque le pire se produit ? Là aussi, montrons l’exemple. Je m’engage ici à ce que la France n’utilise jamais son droit de veto lorsqu’il y a des atrocités de masse. Le droit de veto, tel qu’il avait été introduit lors de la fondation des Nations unies n’était pas le droit de bloquer »⁴⁴³.

Le Ministre des affaires étrangères, L. Fabius, précisait quant à lui la raison de cet engagement :

« comme il n’y a pas encore de consensus parmi les membres permanents du Conseil, nous avons décidé, nous les Français, d’aller plus loin. (...) le président français a

⁴⁴² Ces remarques rejoignent pour partie celles formulées à l’égard de l’intention d’un État de voir son comportement constituer un précédent coutumier, v. *supra*, § 73.

⁴⁴³ Assemblée générale, 70^{ème} session, 13^{ème} séance plénière, 28 septembre 2015, doc. A/70/PV.13, pp. 42-45, p. 45.

annoncé solennellement que nous ne ferions pas usage de notre veto en cas de crimes de masse, cela a été dit officiellement »⁴⁴⁴.

La renonciation française paraît donc ferme et sans équivoque. Certes, on imagine mal que tous les autres membres permanents du Conseil de sécurité, surtout la Russie et la Chine, suivront la France sur ce chemin⁴⁴⁵. Néanmoins, la position de principe adoptée véhicule un symbole politique qui concourt, vis-à-vis des événements des dernières années, à leur marginalisation diplomatique ; elle pourrait y contribuer aussi à l'avenir dans l'hypothèse où ces mêmes États opposeraient de nouveau leur veto ou menaceraient d'y recourir pour faire échec à une résolution portant sur une situation relative à des crimes de masse. Par sa renonciation, la France voudrait endosser un certain *leadership* en assumant de dénoncer le veto (abusif dans ce genre de cas) des autres membres permanents du Conseil de sécurité. Il s'agit d'une forme d'unilatéralisme qui se positionne en faveur du bien commun, l'objectif étant d'induire un certain contraste vis-à-vis de comportements unilatéraux antagonistes fondés sur l'intérêt propre des États concernés.

106. Règlementations nationales prétendant satisfaire un besoin d'intérêt public international – Une autre forme de *leadership* apparaît lorsque certains États adoptent des actes internes ayant une portée externe en se fondant sur un besoin d'intérêt public international. Dans ce genre de cas, les États contribuent par leur action unilatérale à la définition et au renforcement de cet intérêt prétendument partagé ; tout comme celui-ci joue inversement comme justification de leur comportement. Les deux aspects sont intimement liés et s'entretiennent mutuellement. À cet égard, on a déjà évoqué, par exemple, la déclaration Truman du 28 septembre 1945 relative au plateau continental. Dans son préambule, celle-ci s'appuyait sur l'intérêt mondial constitué par le besoin de nouvelles ressources en pétrole et en minerais, tout en considérant qu'en matière d'exploitation du plateau continental l'exercice des compétences de l'État côtier était « *reasonable and just* »⁴⁴⁶. Le succès de la conduite états-unienne s'illustra par le mimétisme de nombreux autres États et l'émergence d'une coutume générale en la matière. L'invocation d'un intérêt commun fut similaire lorsque le Canada adopta en 1970 la Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques. En vertu d'une

⁴⁴⁴ Réunion ministérielle sur l'encadrement du recours au veto, intervention de M. Laurent Fabius, ministre des affaires étrangères et du développement international, New York, 30 septembre 2015, disponible en ligne : <http://basedoc.diplomatie.gouv.fr/vues/Kiosque/FranceDiplomatie/kiosque.php?fichier=bafr2015-10-01.html#Chapitre10>, déclaration n° 10. V. aussi la déclaration n° 11, faite lors d'un point presse, où il indiquait : « nous souhaitons que cette volonté soit communicative ».

⁴⁴⁵ V. par ex. A.-T. Norodom, P. Bodeau-Livinec, « L'heure des choix pour la France à l'ONU », *Le Monde.fr*, 26 septembre 2013.

⁴⁴⁶ Texte de la déclaration disponible en ligne : <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=12332>.

sorte de responsabilité spéciale de l'État pour « la conservation de l'équilibre écologique particulier » de la région, selon son préambule, le texte octroie aux autorités canadiennes la faculté de contrôler et réprimer les activités susceptibles d'engendrer des dépôts de déchets dans une zone de 100 milles marins, étendue à 200 milles depuis 2008 c'est-à-dire à l'ensemble de sa zone économique exclusive⁴⁴⁷. Critiqué par les États-Unis d'Amérique, le Canada rétorquait à l'époque que ses efforts réguliers pour obtenir un accord international satisfaisant avaient échoué et que la protection de l'environnement dans cette région devait constituer une priorité⁴⁴⁸. L'argument canadien a fini par l'emporter et une compétence élargie des États côtiers dans le but de lutter contre les pollutions dans les zones recouvertes par les glaces a même été reconnue à l'article 234 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer⁴⁴⁹.

D'autres intérêts portés par ce genre de démarches résident dans le fait de pallier l'absence d'un régime collectif dans un domaine donné ou d'inciter les autres États à revenir à la table des négociations et accélérer l'adoption d'un accord. Par exemple, en 1967 le bombardement du pétrolier *Torrey Canyon*, échoué en haute mer au large de la Grande Bretagne, afin de prévenir une catastrophe écologique, a ouvert la voie à l'adoption, le 29 novembre 1969, de la Convention internationale sur l'intervention en haute mer. Dans la mesure où le navire était sous pavillon libérien, l'intervention de la Royal Air Force était normalement impossible. En réaction à cet événement, les rédacteurs de l'article 1^{er} de la Convention ont aménagé pour l'avenir une exception à la règle du pavillon en indiquant que les États côtiers peuvent « prendre en haute mer les mesures nécessaires pour prévenir, atténuer ou éliminer les dangers graves et imminents que présentent pour leurs côtes ou intérêts connexes une pollution ou une menace de pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures ». Dans le même ordre d'idée, la menace par les États-Unis d'Amérique d'imposer unilatéralement à tous les navires-citernes entrant dans ses ports de comporter des

⁴⁴⁷ Texte de la loi disponible en ligne : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/A-12/page-1.html>.

⁴⁴⁸ L. Henkin, « Arctic Anti-Pollution: Does Canada Make – or Break – International Law? », *AJIL*, vol. 65, 1971, n° 1, pp. 131-136. V. aussi la déclaration du secrétaire d'Etat aux affaires extérieures, M. Mitchell Sharp, à la chambre des communes, le 16 avril 1970, lors de l'étude du projet de loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques, texte n° 42, Extrait de *Déclarations et Discours*, n° 70-5, reproduit dans M. Lebel, J. Woerhling, F. Rigaldies, *Droit international public. Notes et documents*, Montréal, Thémis, 1978, tome 1, pp. 303-312, not. p. 304 : « la préservation de l'environnement transcende les notions traditionnelles de la souveraineté et nécessite une vision plus hardie des choses, qui s'oriente vers les générations futures, et vers la protection des plantes et des animaux dont dépendra l'existence humaine et sa qualité même. En outre, le problème de la protection de l'environnement doit être résolu à la lumière des considérations objectives d'aujourd'hui plutôt que des accidents historiques des impératifs territoriaux d'autrefois ».

⁴⁴⁹ Sur l'émergence de cette règle et sur l'isolement des États-Unis d'Amérique pour y faire échec, v. S. Toope, « Powerful but Unpersuasive? The Role of the United States in the Evolution of Customary International Law », in M. Byers, G. Nolte (eds), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, *op. cit.*, p. 309.

double-coques a incité les États à s'accorder sur l'adoption de la Convention de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires (dite « MARPOL ») et de son Protocole de 1978⁴⁵⁰. Plus récemment, lorsque l'Union européenne décida d'intégrer l'aviation civile à compter de 2012 à son système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, elle visait ouvertement soit à débloquer les négociations environnementales au sein de l'OACI, afin qu'un accord puisse être adopté, soit à inciter les autres États à la suivre sur ce chemin en coordonnant avec elle leur action dans le but d'éviter d'éventuelles doubles impositions⁴⁵¹.

Dans tous ces exemples, l'argument de la nécessité d'un développement du droit international intervient comme justification des actions unilatérales des États. Ces derniers endossent un certain *leadership* au risque de voir leurs prétentions contestées sur le plan juridique autant que politique. Dans d'autres hypothèses, il s'agit d'assumer clairement la remise en cause du droit en vigueur.

B. Les violations symboliques du droit international

107. *Unilatéralisme de transgression* – Le *leadership* de certains États en faveur du développement du droit international est parfois amené à se manifester au travers de comportements transgressifs. Dans son cours général, S. Sur synthétise l'enjeu qui découle de ce phénomène :

« [certains] États s'affranchissent volontairement des règles internationales qui les lient, au nom d'un autre droit, d'un droit à venir qu'ils appliquent immédiatement en espérant par là détruire les règles qu'ils contestent – par exemple en matière de largeur de la mer territoriale, de compétences des États sur les espaces maritimes adjacents à leurs côtes... Il peut s'agir de violations ouvertes et symboliques de leurs engagements. Il peut aussi s'agir de déclarations ou proclamations collectives sans autorité juridique et sans effet immédiat, mais qui prennent date pour l'avenir. Ces transgressions peuvent alors

⁴⁵⁰ Les exemples évoqués sont régulièrement réunis par la doctrine qui s'intéresse à l'unilatéralisme, v. not. L. Boisson de Chazournes, « Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues », *op. cit.*, pp. 319-320 : « [u]nilateral measures like these may pave the way towards the negotiation of international agreements » ; D. Bodansky, « What's So Bad about Unilateral Action to Protect the Environment », *op. cit.*, p. 340 et p. 344.

⁴⁵¹ V. surtout les §§ 9-10 du préambule de la Directive 2008/101/CE, préc. Par ailleurs, la clause d'ouverture permettant de coordonner le système européen à celui éventuellement adopté par des États tiers à l'Union se trouve à l'article 25 *bis*. V. également le passage intéressant des conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott, du 6 octobre 2011, dans l'affaire *Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, §§ 174-194, à propos de la légitimité de l'action unilatérale de l'UE, en dehors du cadre de l'OACI. Par ex., au § 186, il est affirmé : « [o]n ne pouvait pas raisonnablement attendre des organes de l'Union qu'ils cherchent indéfiniment à trouver une solution multilatérale dans le cadre des instances de l'OACI ». Plus généralement, v. S. Bogojevic, « Legalising Environmental Leadership: A Comment on the CJEU's Ruling in C-366/10 on the Inclusion of Aviation in the EU Emissions Trading Scheme », *Journal of Environmental Law*, vol. 24, 2012, n° 2, pp. 345-356.

contribuer à la créativité du droit international, par un processus de destruction-formation »⁴⁵².

C'est dans le cadre de l'analyse de la création et de l'évolution des coutumes que cette dialectique est la plus à même d'apparaître clairement. Dans certains cas, les États agissent dans un domaine juridiquement indéterminé. Dès lors, leurs comportements n'impliquent pas de véritables violations du droit dans la mesure où il apparaît inexistant ou peu développé. Leurs conduites constituent néanmoins des prises de position spectaculaires, pour reprendre là aussi une expression de S. Sur, qui permettent d'accélérer l'émergence d'une coutume nouvelle. Ce fut le cas avec l'adoption d'importantes résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, par exemple à l'égard des principes relatifs aux activités spatiales⁴⁵³. Dans d'autres situations, les États assument de véritables transgressions du droit existant. Ils ont dans ce cas conscience que leur comportement s'inscrit en violation du droit international et ils manifestent l'intention de remettre en cause l'ordre établi. Leur attitude transgressive porte donc en elle le germe d'une règle nouvelle potentielle. Toutefois, le seuil de basculement de la violation du droit international vers son développement est difficile à identifier pour l'observateur, tout comme il est délicat à maîtriser pour les États⁴⁵⁴. Si le procédé a parfois fonctionné, notamment en matière de compétences sur les espaces maritimes, il a également mené certains États à recevoir d'importantes contestations sinon à faire l'objet de condamnations par les tribunaux internationaux. Par exemple, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* (2012), l'Italie cherchait à justifier la position de ses juges nationaux – ayant condamné l'Allemagne à réparer des dommages causés durant la Seconde Guerre mondiale en violation du droit international humanitaire – en invoquant une évolution de la règle coutumière de l'immunité de juridiction⁴⁵⁵. L'argument fut fermement rejeté par la CIJ en l'absence d'une pratique partagée à cet égard⁴⁵⁶. Cependant, une telle analyse de la part des

⁴⁵² S. Sur, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 180.

⁴⁵³ Il s'agit alors plus de revendications que de transgressions, v. S. Sur, *Relations internationales*, *op. cit.*, pp. 294-295.

⁴⁵⁴ V. à cet égard nos développements sur la notion de « précédent » (*supra*, §§ 71-79) et sur les conditions de naissance et d'opposabilité de prétentions modificatives (*infra*, §§ 298 et s.).

⁴⁵⁵ Dans son contre-mémoire, l'Italie résumait ainsi son raisonnement : « des développements significatifs du droit international – dont en particulier la reconnaissance de l'existence de règles internationales ayant la valeur de *jus cogens*, la formation d'un corps de règles pénalisant le comportement des personnes responsables de certains crimes internationaux, ainsi que l'acceptation croissante de l'existence d'un droit des personnes à l'accès à un tribunal – ont inévitablement des incidences sur la règle de l'immunité. La conséquence la plus notable à cet égard tient au fait que dans certaines circonstances, la reconnaissance de l'immunité peut être tenue en échec par la nécessité d'éviter des situations qui s'avèrent inconciliables avec les principes fondamentaux qui sont à l'origine de ces développements », *Immunités juridictionnelles de l'État* (*Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)*), contre-mémoire de l'Italie, 22 décembre 2009, p. 58, § 4.117.

⁴⁵⁶ CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État* (*Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)*), préc., not. §§ 83-91.

juges est la preuve que la règle dispose d'un potentiel évolutif dont les États demeurent les maîtres, au gré de leur pratique et donc de leur politique juridique. L'État transgresseur d'un jour peut ainsi, par (et seulement par) rétrospection, être vu comme le précurseur de la modification d'une coutume.

108. *Les tentatives de légitimation d'une action par le recours à des arguments extra-juridiques* – D'autres violations particulièrement symboliques du droit international ont été justifiées par des arguments émanant de registres de légitimité autres que juridiques. Les motifs extra-juridiques invoqués ne sont toutefois pas sans lien avec l'idée de faire évoluer le droit applicable ; ils constituent des sources matérielles dans lesquelles les États puisent parfois pour alimenter leur politique juridique. En ce sens, même lorsqu'ils visent à en réduire la portée ou à le contourner, les États ne s'affranchissent pas complètement du droit, qui demeure un puissant argument de légitimation de leur action dans la société internationale. Le domaine du recours unilatéral à la force (ni autorisé par le Conseil de sécurité des Nations Unies en vertu du Chapitre VII de la Charte, ni justifié par l'exception de légitime défense) constitue un terrain privilégié pour ce type d'argumentaires. Par exemple, dans le contexte de la guerre du Kosovo lancée en mars 1999 sous l'égide de l'OTAN et sans l'aval du Conseil de sécurité, les discours de justification des acteurs principaux concernés ont progressivement glissé vers une confusion complète des registres de légitimité, en mêlant des considérations de droit, de politique et de morale. Quelques mois avant la décision d'intervenir, ils laissaient une grande place aux prérogatives du Conseil de sécurité et au respect de ses résolutions. Cependant, dans la mesure où celui-ci fut bloqué par la menace d'un veto russe, les États et organisations internationales impliqués ont souligné l'obligation morale qu'ils avaient d'intervenir en raison des crimes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Sans l'aval du droit, l'intervention fut donc justifiée sur le terrain des valeurs (avec notamment l'idée d'un combat pour le retour au respect du droit international, devenu une valeur à défendre parmi d'autres)⁴⁵⁷. Parallèlement à ce contournement du régime applicable au recours à la force, en l'occurrence considéré comme défavorable à un intérêt légitime partagé par un grand nombre d'États, le contexte a en outre incité à son développement en remettant au goût du jour

⁴⁵⁷ V. not. l'étude de l'évolution des discours livrée par L. Weerts, « Droit, politique et morale dans le discours justificatif de l'Union européenne et de l'OTAN : vers une confusion des registres de légitimité », in O. Corten, B. Delcourt (dir.), *Droit, légitimation et politique extérieure : l'Europe et la guerre du Kosovo*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 85-121 ; v. aussi, dans le même ouvrage, P. Klein, « Les problèmes soulevés par la référence à la 'communauté internationale' comme facteur de légitimité », pp. 261-297.

l'ancienne doctrine de l'intervention humanitaire puis en poussant vers l'élaboration du concept de responsabilité de protéger⁴⁵⁸.

Le *leadership* permet ainsi à certains États ou groupes d'États de mettre en avant l'intérêt collectif en vue de justifier l'adoption de prétentions unilatérales voire de comportements ouvertement transgressifs visant à faire évoluer le droit existant. L'invocation de valeurs communes intervient dans ce cas comme un facteur potentiel de leur légitimation.

§2. Les techniques à tendance autoritaire

109. L'unilatéralisme tourné vers le développement du droit international peut aussi prendre une forme plus coercitive. Il a d'ailleurs été justement souligné sur ce point que « *[a]s in customary lawmaking process, (...) a thin line may at times divide leadership on the one hand from coercion on the other* »⁴⁵⁹. En effet, la distinction est parfois difficile à établir. Pour que leurs mesures conservent un aspect incitatif et *in fine* que le développement du droit tourne en leur faveur, les États doivent se limiter à une forme de coercition *soft* ou raisonnable, c'est-à-dire acceptable (et sans susciter d'escalade de réactions) pour ceux qui en sont les cibles. On en trouve quelques exemples lorsque l'unilatéralisme permet de pousser un autre État à négocier (A) ou lorsqu'il découle de régimes multilatéraux certaines pressions exercées sur les tiers (B).

A. L'unilatéralisme pré-négociation

110. Certaines mesures coercitives, dont on a analysé auparavant les causes endogènes (préservation et compensation des intérêts lésés de leurs auteurs), débouchent parfois sur l'adoption de régimes juridiques nouveaux. Elles sont susceptibles d'être utilisées dans le but de stimuler un processus de négociation ou de révision d'un régime préexistant⁴⁶⁰. Dans l'affaire de l'*Accord relatif aux services aériens* (1978), la France n'avait pas intérêt à ce que le différend qui l'opposait aux États-Unis d'Amérique soit rapidement réglé. Au contraire, elle

⁴⁵⁸ La seconde fut notamment élaborée en raison de la méfiance que suscitait la première, v. J.-M. Thouvenin, « Genèse de l'idée de responsabilité de protéger », in SFDI, *La responsabilité de protéger. Colloque de Nanterre*, Paris, Pedone, 2008, pp. 21-38.

⁴⁵⁹ D. Bodansky, « What's So Bad about Unilateral Action to Protect the Environment », *op. cit.*, p. 344.

⁴⁶⁰ L'hypothèse est par ex. évoquée par L. Boisson de Chazournes, sans pour autant livrer d'exemples allant en ce sens, « Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues », *op. cit.*, p. 325 ; pour plus d'éléments de pratique, v. surtout M. Hakimi, « Unfriendly Unilateralism », *op. cit.*, pp. 130-135, p. 131 : « *[u]nfriendly unilateralism prompts an intransigent or uninterested state to take seriously the negotiations and help find a mutually agreeable solution* ».

était plutôt avantagée par la situation dès lors que seuls les vols états-uniens opérés par la Pan Am étaient suspendus et ce en vertu de son interprétation unilatérale du traité, parfaitement muet à l'égard de la situation litigieuse (l'impossibilité prétendue pour la Pan Am d'effectuer un transbordement de passagers vers un avion plus petit durant une escale à Londres)⁴⁶¹. Les autorités états-uniennes ont menacé la France de suspendre, sous trente jours, les vols de la compagnie Air France reliant Paris à Los Angeles, ce qui a rétabli l'équilibre entre les intérêts des parties à résoudre le différend rapidement. Les deux États sont alors parvenus à un compromis d'arbitrage la veille de la mise en œuvre de la contre-mesure états-unienne⁴⁶². Au final, la sentence du Tribunal a permis de combler le vide laissé par le traité quant à la question posée, en faveur de l'interprétation des États-Unis d'Amérique⁴⁶³.

La doctrine qui s'est intéressée à l'impact de l'unilatéralisme sur le développement du droit a recensé un certain nombre d'exemples similaires. On peut évoquer la réaction du Canada lorsqu'en 1995 l'Union européenne a refusé les quotas décidés par l'Organisation des pêcheries du Nord-Ouest Atlantique à propos du flétan noir. Les autorités canadiennes ont dans ce contexte décidé de renforcer la lutte contre la pêche illicite et ont notamment arraisonné en haute mer et ramené à Terre Neuve un navire espagnol qui s'enfuyait de sa zone économique exclusive. La licéité de leur action au regard du droit international était douteuse et a abouti à la saisine par l'Espagne de la CIJ (qui s'est déclarée incompétente)⁴⁶⁴. La mesure a néanmoins permis de pousser l'Union européenne à négocier rapidement un régime plus détaillé à propos de l'attribution et de la surveillance des quotas de pêche⁴⁶⁵. Dans une veine similaire, certains auteurs ont souligné les divers bénéfices, du point de vue du développement du droit international, ayant découlé du recours régulier par les États-Unis d'Amérique à des mesures coercitives fondées sur la Section 301 de la loi commerciale de 1974 leur permettant

⁴⁶¹ L. Fislér Damrosch, « Retaliation or Arbitration – or Both? The 1978 United States-France Aviation Dispute », *AJIL*, vol. 74, 1980, n° 4, p. 799.

⁴⁶² Affaire de l'Accord sur les services aériens, SA du 9 décembre 1978, préc., § 9.

⁴⁶³ M. Hakimi, « Unfriendly Unilateralism », *op. cit.*, p. 131 : « *the U.S. order helped fill the silence and develop the law, by catalyzing a process of reform* ».

⁴⁶⁴ Le Canada avait émis une réserve à sa reconnaissance de la juridiction obligatoire de la CIJ à propos des mesures de gestion et de conservation pour les navires pêchant en Atlantique Nord-Ouest. Elle a été ajoutée le 10 mai 1994, le jour même de la présentation devant le Parlement de la loi fondant sa compétence en la matière. La Cour a considéré que le différend entraînait bien dans la catégorie prévue par la réserve et s'est donc déclarée incompétente, arrêt du 4 décembre 1998, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, Rec. p. 432.

⁴⁶⁵ L. Boisson de Chazournes, « Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues », *op. cit.*, p. 329 ; M. Hakimi, « Unfriendly Unilateralism », *op. cit.*, p. 132. Le Canada a également adopté des mesures à l'encontre des États-Unis d'Amérique afin de les inciter à réviser le Traité sur le saumon du Pacifique de 1985, v. C. B. Picker, « Fishing for Answers in Canada's Inside Passage: Exploring the Use of the Transit Fee as a Countermeasure », *Yale Journal of International Law*, vol. 21, 1996, n° 2, pp. 349-393.

de sanctionner des États tiers dont les pratiques commerciales seraient contraires à leurs intérêts. L'attitude états-unienne a certes été régulièrement critiquée. Néanmoins, il est aussi permis de noter que cela a certainement joué un rôle dans l'évolution rapide des négociations relatives au droit de l'OMC, notamment à l'égard du mécanisme de règlement des différends et du régime encadrant la mise en œuvre des recommandations contenues dans les rapports adoptés au sein de l'ORD. De nombreux États y voyaient un moyen de limiter un recours fréquent et désordonné à l'unilatéralisme. À cet égard, l'adoption d'un régime multilatéral n'y a pas mis fin mais aura à tout le moins permis d'en limiter les aspects les plus agressifs⁴⁶⁶.

B. Les pressions exercées par certains régimes multilatéraux à l'égard des tiers

111. Pressions vers la formation du droit conventionnel ou coutumier – Les régimes multilatéraux reposent parfois sur une logique de domination plus que de stricte égalité, au sens où l'intérêt et l'influence des États puissants y sont privilégiés ; certains parlent alors de « multilatéralisme coercitif »⁴⁶⁷. Cet état de fait peut entraîner plusieurs conséquences pour les tiers qui illustrent les différents sens que peut revêtir l'expression. C'est d'ailleurs cette relation entre le groupe d'États parties à un régime collectif et des tiers à celui-ci qui permet de situer ces remarques dans le contexte d'une étude sur l'unilatéralisme.

En premier lieu, le poids de quelques puissances peut assurer la prééminence de leurs intérêts tant à l'égard de la définition du contenu d'un traité que pour entraîner d'autres États à y adhérer. Quant à son contenu, d'une part, la substance d'un traité peut être décidée au préalable par l'accord d'une minorité. L'histoire des relations internationales regorge d'exemples à cet égard. Ainsi de la Déclaration de Paris du 16 avril 1856 relative au droit maritime de la guerre qui fut décidée, après le conflit de Crimée, par les sept États présents au Congrès de la Paix (et principalement par la France et la Grande-Bretagne) avant que pratiquement tous les États y adhèrent⁴⁶⁸ ; ou encore du Pacte de la Société des Nations et de la Charte des Nations Unies, formellement négociés et signés par un grand nombre d'États

⁴⁶⁶ M. Hakimi, « Unfriendly Unilateralism », *op. cit.*, pp. 134-135 et les références citées. Pour un aperçu historique et politique de l'unilatéralisme états-unien en matière commerciale, v. par ex. J.-M. Siroën, « L'unilatéralisme des États-Unis », *AFRI*, vol. 1, 2000, pp. 570-582 ; sur la Section 301, v. not. J. N. Bhagwati, H. T. Patrick (eds), *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1990, xii-268 p.

⁴⁶⁷ S. Sur, *Relations internationales*, *op. cit.*, pp. 291-292, qui distingue au passage la « logique d'accord » et la « logique de domination » ou les « intérêts absolus » et « relatifs » des parties à une convention ; A. Novosseloff, « L'essor du multilatéralisme. Principes, institutions et actions communes », *op. cit.*, p. 311.

⁴⁶⁸ V. M. Voelckel, « Il y a cent quarante ans : la Déclaration de Paris du 16 avril 1856 », *Annuaire du droit de la mer*, vol. 1, 1996, pp. 251-256.

sur la base des propositions préalablement formulées par les puissances alliées victorieuses⁴⁶⁹. D'autre part, au-delà de la définition de leur contenu, les grandes puissances peuvent entraîner par leur autorité une vague d'adhésions aux traités qu'elles ont promus. Sans recourir à la contrainte constitutive d'un vice du consentement, elles montrent l'exemple, exercent des pressions diplomatiques et suscitent un effet de mode auquel les moyennes et petites puissances se conforment⁴⁷⁰. Pour ne pas citer de nouveau les mêmes exemples, tous aussi pertinents, il est possible d'évoquer sur ce point le Traité sur l'espace extra-atmosphérique de 1967 ou le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires de 1968 qui ont une vocation universelle⁴⁷¹. Il faut par ailleurs souligner que ces vagues d'adhésions permettent à certains éléments de ces conventions d'accéder au rang de règles coutumières. Cela constitue, le cas échéant, un autre effet de pression externe de ces régimes multilatéraux à l'égard des États qui n'y adhèrent pas dans la mesure où ils se retrouveront *in fine* forcés à objecter de manière claire et récurrente s'ils ne souhaitent pas que ces règles leur deviennent opposables.

112. Pressions liées au respect par les tiers des régimes multilatéraux instaurant des situations objectives – En second lieu, certains traités multilatéraux ont pour objet de créer des situations objectives susceptibles d'être opposées aux tiers sans leur consentement⁴⁷². En ce sens, même s'ils en sont théoriquement exclus, de par le principe de l'effet relatif des conventions, les tiers sont en pratique menés à les respecter. Cela s'explique par le fait que la situation résulte d'un phénomène d'autorité. Autrement dit, c'est l'effectivité qui prédomine dès lors que les puissances agissent comme les garantes de l'application et du respect du régime en question⁴⁷³. Ce phénomène illustre souvent la domination des intérêts des grands États, qui se positionnent comme gouvernement international de fait dans certains domaines qui les intéressent particulièrement. Le droit des espaces en offre de nombreuses illustrations : par exemple pour assurer la liberté de circulation sur les voies fluviales ou certaines voies maritimes d'intérêt international comme la Convention de Constantinople de 1888 relative au canal de Suez (adoptée par 9 États) et les traités de 1901 (entre les États-Unis d'Amérique et le Royaume Uni) et 1903 (entre les États-Unis d'Amérique et le Panama) relatifs au canal de

⁴⁶⁹ On s'inspire sur ce point des remarques formulées par E. Giraud dans son cours à l'Académie, « Le droit international public et la politique », *RCADI*, vol. 110, 1963, pp. 709-712.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, pp. 720-722.

⁴⁷¹ Exemples évoqués par S. Sur, *Relations internationales*, *op. cit.*, p. 291.

⁴⁷² J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 1036 ; v. également le passage réservé à cette question dans le manuel de P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 273-275.

⁴⁷³ V. par ex. S. Bastid, *Les traités dans la vie internationale*, Paris, Economica, 1985, p. 153.

Panama ; ou encore pour éviter ou limiter la militarisation et l'appropriation de certaines zones comme l'Antarctique (Traité de 1959 adoptés par 12 États rejoints ensuite par 41 autres).

Cependant, le phénomène peut également concerner des intérêts plus particuliers, sans nécessairement être celui des grandes puissances, dans la mesure où certaines situations de fait ne peuvent être ignorées par les tiers. Il en va ainsi lorsqu'un traité a pour objet la création d'une organisation internationale, dont l'existence et la « personnalité internationale objective » sont opposables aux États qui n'en sont pas membres⁴⁷⁴. À cela s'ajoute le fait que dans certains cas, les parties à un traité ou les membres d'une organisation (ou l'organisation elle-même) doivent en vertu du texte qui les lie (ou les crée) inciter les États non parties ou non membres à respecter ses objectifs. C'est notamment le cas de l'article 2, § 6 de la Charte des Nations Unies qui indique que l'Organisation doit faire en sorte que les États qui n'en sont pas membres « agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales »⁴⁷⁵ ou de l'Accord de New York du 4 août 1995 sur les stocks de poissons chevauchants dont l'article 33, § 2 indique que les États parties prennent « des mesures en vue de dissuader les navires battant le pavillon d'États non parties de se livrer à des activités qui compromettent l'application effective du présent Accord ».

Dans l'ensemble des hypothèses évoquées, l'instrument conventionnel ne constitue pas nécessairement, en tant que tel, une prétention normative unilatérale *stricto sensu* générant, en vertu du droit international, un effet de sommation sur les tiers intéressés. Néanmoins, le contenu de ces instruments a vocation à se voir reconnaître un tel effet selon deux voies possibles : soit en créant des situations objectives que le droit international oppose aux tiers et auxquelles ils ne peuvent en principe porter atteinte (comme dans le cas de la création d'une organisation internationale), soit, en permettant à leurs auteurs de générer, d'une manière plus ou moins autoritaires, une pratique suffisamment générale et répétée pour stimuler un processus coutumier face auquel les tiers se voient tenus de réagir.

* *

⁴⁷⁴ CIJ, avis du 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Rec. p. 185.

⁴⁷⁵ Le commentaire de l'article démontre qu'il a notamment été invoqué au départ à propos de l'Espagne franquiste puis de l'Albanie relativement à l'affaire du détroit de Corfou. Par la suite, la question s'est moins posée, d'abord parce que la plupart des États sont devenus membres de l'Organisation, ensuite parce que les organes de celle-ci ont pris l'habitude de s'adresser à tous les États et organisations internationales, sans distinguer les membres et non membres, A. Mahiou, « Article 2, paragraphe 6 », in J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 475-483. V. aussi l'article 35, § 2 de la Charte qui confère une faculté aux États non membres de s'adresser au Conseil de sécurité ou à l'Assemblée générale pour attirer leur attention sur un différend.

À certains égards, les prétentions normatives unilatérales étatiques sont susceptibles de jouer un rôle de catalyseur dans le développement du droit international. Selon les valeurs mises en avant et les rapports de force envisagés par leurs auteurs (en fonction de leur influence diplomatique potentielle et du nombre d'États impliqués), différentes techniques leur permettent soit d'endosser un certain *leadership*, soit d'exercer une certaine autorité de fait visant dans l'un et l'autre cas à emporter à plus ou moins long terme l'adhésion des tiers. Les procédés sont différents mais la logique apparaît similaire lorsque les prétentions étatiques ont pour cause l'exécution du droit international.

Section 2. L'unilatéralisme tourné vers l'exécution du droit international

113. L'analyse des comportements unilatéraux des États dans leur rapport à tout ce qui relève de l'exécution du droit international est nettement plus fournie en doctrine que celle de leurs contributions à son développement. Cela paraît logique dès lors que l'absence d'un pouvoir exécutif centralisé dans la société internationale a pour conséquence que les États peuvent ou doivent, s'ils n'ont pas adopté de procédures spéciales communes, agir unilatéralement afin d'assurer la mise en œuvre de leurs obligations et le respect de leurs droits.

Le terme « exécution » englobe l'ensemble des opérations qui permettent au destinataire d'un droit ou d'une obligation juridique d'en concrétiser le contenu dans le monde des faits⁴⁷⁶. Ce sont néanmoins les prétentions à l'exécution forcée qui soulèvent ici des enjeux particuliers. À cet égard, on a vu que les États ont la possibilité de protéger leurs intérêts propres par l'adoption de mesures coercitives (rétorsions ou contre-mesures)⁴⁷⁷. Or, dans certains cas, ce type de comportements peut être motivé par des causes subjectives exogènes révélatrices d'une politique tournée vers le renforcement de l'effectivité du droit international ou présentée comme telle. Ils révèlent dans cette situation au moins deux types de prétentions : quant au fait pour leurs auteurs d'être habilités à assurer l'exécution du droit international d'une part, et quant à la qualification juridique des éventuels comportements réprouvés d'autre part. En la matière, deux hypothèses méritent d'être distinguées selon que

⁴⁷⁶ V. par ex. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 477. On distingue ainsi l'exécution de « l'application » du droit international qui consiste plus largement à opposer à un sujet de droit les effets individualisés d'une norme, opération qui peut être déclarative (« en application du droit international, telle zone maritime relève du territoire de tel État ») et susceptible de résulter de l'action d'un tiers habilité (par exemple, dans l'exercice de sa fonction de juger, la CIJ « applique » le droit international aux États parties au différend), v. *ibid.*, p. 73.

⁴⁷⁷ V. *supra*, §§ 97-100.

les États entendent se positionner comme agents d'exécution de régimes collectifs (§1) ou qu'ils souhaitent en sanctionner une violation prétendue (§2).

§1. Les prétentions relatives à l'exécution de régimes collectifs

114. *Auto-interprétation et promotion d'un intérêt collectif* – Les États prétendent parfois agir au nom d'un intérêt commun juridiquement protégé et mettre en œuvre unilatéralement le droit international. Ils entendent dans ce cas fonder leur conduite sur des règles qui les habiliteraient à agir en ce sens, ce que S. Sur a pu qualifier d'unilatéralisme « au sein d'un régime international »⁴⁷⁸. Ces comportements sont reconnaissables à leurs caractéristiques particulières. D'une part, leurs auteurs agissent généralement en cas de carence ou de blocage des mécanismes multilatéraux prévus, s'il en est⁴⁷⁹. D'autre part, comme l'a clairement expliqué P. Klein dans une étude approfondie, les États présentent eux-mêmes leurs actions comme des mises en œuvre unilatérales du droit international et, partant, adoptées dans l'optique de satisfaire l'intérêt collectif qu'il sous-tend ; chacune de ces actions a néanmoins été contestée par les tiers qui estimaient que leurs droits étaient en conséquence lésés⁴⁸⁰. En ce sens, si l'État s'appuie sur le fait que son comportement a pour objet l'exécution unilatérale du droit international, il agit nécessairement en vertu d'une interprétation tout aussi unilatérale de celui-ci et de l'intérêt collectif qu'il protège⁴⁸¹.

Les exemples recensés par P. Klein sont nombreux et mettent en lumière les discours légalistes des représentants des États impliqués. Les interventions militaires menées contre l'Irak entre 1991 et 2003 ont toutes été, à un moment donné, présentées comme la mise en œuvre de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. Il a notamment été considéré à plusieurs reprises que les violations des résolutions 687 (1991) et 688 (1991) relatives au cessez-le-feu et au désarmement adoptées à l'issue du conflit visant à libérer le Koweït permettaient de se fonder de nouveau sur l'autorisation de recourir à la force initialement

⁴⁷⁸ S. Sur, « À propos du traité sur l'interdiction complète des essais nucléaires : les États-Unis entre l'unilatéralisme et le multilatéralisme », *op. cit.*, p. 754.

⁴⁷⁹ Sur ce point, v. not. M. Reisman, S. Shuchart, « Unilateral Action in an Imperfect World Order », *Austrian Review of International and European Law*, vol. 8, 2003, pp. 163-177 ; M. Hakimi, « Unfriendly Unilateralism », *op. cit.*, pp. 138-141.

⁴⁸⁰ P. Klein, « Les prétentions des États à la mise en œuvre « unilatérale » du droit international », *RBDI*, vol. 43, 2010, n°1, p. 147.

⁴⁸¹ Sur le principe de l'auto-interprétation, *ibid.*, pp. 163-166.

émise par la résolution 678 (1990)⁴⁸². Un argumentaire similaire a été développé en 2003 lorsque la coalition menée par les États-Unis d'Amérique décidait d'envahir l'Irak. Les États engagés développèrent l'argument – parmi d'autres – selon lequel il s'agissait de la mise en œuvre de la résolution 1441 (2002) permise par l'autorisation toujours valable de recourir à la force délivrée en 1990⁴⁸³. Ont également été présentées comme mettant en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité la loi d'Amato-Kennedy adoptée par le Congrès états-unien, lorsqu'il s'agissait de réagir à l'implication de la Libye dans les attentats de 1987 et 1988 sur des avions civils, ou encore l'intervention militaire de l'OTAN au Kosovo en 1999, même si on a vu que les justifications invoquées à cette époque ont de loin dépassé le cadre du droit⁴⁸⁴. De la même façon, les frappes aériennes contre la Syrie menées par les États-Unis d'Amérique, la France et le Royaume-Uni en avril 2018 ont fait l'objet de justifications très variées. Celles-ci reposent, notamment, sur la répression de l'utilisation par le régime syrien d'armes chimiques (« ligne rouge » posée à l'avance par les occidentaux), sur la doctrine de l'intervention humanitaire ou encore sur la mise en œuvre de résolutions du Conseil de sécurité (dont le blocage subséquent par la Russie a aussi été avancé comme justification d'un recours unilatéral à la force)⁴⁸⁵.

Au-delà des résolutions onusiennes, les États prétendent aussi régulièrement se fonder sur leurs obligations conventionnelles. Ce fut le cas avec la loi belge de compétence universelle adoptée en 1993. Celle-ci octroyait une compétence aux juges internes pour connaître des crimes commis dans le cadre des conflits armés internationaux mais également des conflits internes. À partir de 1999, elle leur permit en outre d'exercer leur compétence même si les suspects n'étaient pas présents sur le territoire national. Or, les autorités belges présentaient la loi (et ces deux innovations) comme la mise en œuvre des obligations de l'État en vertu des conventions de Genève de 1949 et de leur premier Protocole additionnel de 1977⁴⁸⁶. D'autres exemples pertinents proviennent notamment du Canada, lorsque la loi sur la pêche du 12 mai 1994 octroyant aux autorités des compétences en haute mer a annoncé mettre en œuvre les

⁴⁸² *Ibid.*, pp. 153-156 et l'auteur renvoie not. à. C. Denis, « La résolution 678 (1990) peut-elle légitimer les actions armées menées contre l'Iraq postérieurement à l'adoption de la résolution 687 (1991) ? », *RBDI*, vol. 31, 1998, n° 2, pp. 486-487.

⁴⁸³ V. M. E. O'Connell, « La doctrine américaine et l'intervention en Iraq », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 3-16 ; P. Klein, « Les prétentions des États à la mise en œuvre « unilatérale » du droit international », *op. cit.*, p. 155 ainsi que les références citées relatant les positions des États.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, pp. 156-159. Sur les justifications extra-juridiques, v. *supra*, §§ 114-115.

⁴⁸⁵ V. not., la position du Royaume-Uni exprimée dans un communiqué officiel du 14 avril 2018 : <https://www.gov.uk/government/publications/syria-action-uk-government-legal-position/syria-action-uk-government-legal-position>. Plus largement, v. les positions exprimées par les trois États lors de la réunion du Conseil de sécurité du même jour, S/PV.8233.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, pp. 159-161.

réglementations décidées au sein de l'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest⁴⁸⁷ ; ou encore de l'Union européenne lorsqu'elle a souhaité intégrer l'aviation civile à son système d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre en s'appuyant notamment sur les obligations de ses États membres découlant de la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et du Protocole de Kyoto⁴⁸⁸. Dans toutes ces hypothèses, les prétentions formulées portent non seulement sur l'exécution du droit international en vigueur mais également et surtout sur l'existence même d'une règle d'habilitation leur permettant d'agir en ce sens.

115. *Légitimation d'une politique juridique extérieure juridiquement contestable* –

Dans ce genre de cas, la référence à la mise en œuvre du droit assure une fonction de légitimation de l'action unilatérale de l'État. En effet, dans la mesure où il n'existe aucun consensus sur le terrain des valeurs politiques et morales dans la société internationale, l'État qui agit unilatéralement court le risque de se voir reprocher d'avoir voulu imposer ses intérêts et son propre référentiel de valeurs ; sa démarche serait ainsi perçue comme une prétention hégémonique. Cependant, le droit bénéficie d'une forme de neutralité axiologique (à tout le moins selon une vision positiviste classique). Dès lors, la référence à la mise en œuvre du droit international offre un registre de légitimation nettement plus efficace aux États que celui des valeurs politiques, éthiques, *etc*⁴⁸⁹. Une fois cela établi, plusieurs remarques méritent d'être formulées quant aux avantages et inconvénients d'une telle démarche pour les États. Premièrement, la référence au droit permet au moins de sauvegarder les apparences : une action unilatérale présentée comme la mise en œuvre du droit international permet de ne pas menacer la cohérence du système. Surtout en matière de recours à la force, l'argument selon lequel une action est menée en lien (même ténu) avec les missions onusiennes a une résonance particulière dans la mesure où les États ne souhaitent pas, *in fine*, décrédibiliser

⁴⁸⁷ *Ibid.*, pp. 161-163.

⁴⁸⁸ Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, préc., §§ 7-10.

⁴⁸⁹ En la matière, les études menées au sein de l'école bruxelloise sont nombreuses et éclairantes : P. Klein, « Les prétentions des États à la mise en œuvre « unilatérale » du droit international », *op. cit.*, spéc. pp. 166-171 ; O. Corten, « Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 54, 1996, pp. 71-112 ; du même auteur, « Les ambiguïtés de la référence au droit international comme facteur de légitimation – Portée et signification d'une déformalisation du discours légaliste », in O. Corten, B. Delcourt, *Droit, légitimation et politique extérieure : l'Europe et la guerre du Kosovo*, *op. cit.*, pp. 223-259 et « De quel droit ? Place et fonction du droit comme registre de légitimité dans le discours sur la « compétence universelle » », *Annales de droit de Louvain*, vol. 64, 2004, n° 1-2, pp. 51-82 ; B. Delcourt, « Usages du droit international dans le processus de légitimation de la politique extérieure européenne », *Droit et société*, vol. 49, 2001, n° 3, pp. 769-790.

totale du système de sécurité collective (qui non seulement assure une certaine légitimité à leur action mais continuera de constituer un outil de leur politique juridique externe à l'avenir).

Deuxièmement, la référence au droit permet d'occulter le rapport de force qui découle de pareilles prétentions unilatérales mais n'y parvient jamais totalement. L'État qui souhaite faire prévaloir sa position sur le terrain du droit recherche par la même occasion à asseoir sa domination ; il veut distordre la règle pour la faire coïncider avec sa vision de l'intérêt avancé⁴⁹⁰. Une relation de pouvoir s'immisce là où il existe une incertitude quant à la validité de l'action vis-à-vis du titre à agir sur lequel elle est prétendument fondée (et cette relation de pouvoir traduit un conflit sous-jacent de valeurs). Or, plus l'action revendiquée apparaît comme juridiquement contestable, plus le rapport de force est intense et apparent.

Troisièmement, et en conséquence des premières remarques, le risque pour les États qui entendent légitimer des actions unilatérales trop contestables est de laisser apparaître de façon ostentatoire leur politique d'instrumentalisation du droit international. Or, plus cette instrumentalisation est visible et fréquente, plus elle est pernicieuse au sens où le droit international perd son apparence de neutralité axiologique. Il retombe dans ce cas au rang des valeurs avancées par les puissances occidentales et devient un simple instrument de domination. Les États qui s'estiment alors extérieurs à ce cercle le mettent en cause et recherchent des référentiels alternatifs plus à même de protéger leurs intérêts⁴⁹¹. Une prétention relative à l'exécution unilatérale du droit international doit donc bénéficier de l'appui certain d'une majorité d'États et se fonder sur un intérêt collectif suffisamment clair et partagé.

Des enjeux similaires ressortent des hypothèses dans lesquelles les États puissants adoptent des mesures répressives en vue de sanctionner des violations de régimes collectifs.

⁴⁹⁰ V. par ex. C. Chinkin, « The State that Acts Alone: Bully, Good Samaritan or Iconoclast? », *EJIL*, vol. 11, 2000, n° 1, p. 39 : « *the dominant actor takes it upon itself as competent to act as interpreter, determiner of the application and execution of the rule, and, where it can, as the filter through which public perception of the events is shaped* » ; N. Krisch, « Unilateral Enforcement of the Collective Will: Kosovo, Irak and the Security Council », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 3, 1999, p. 93 : « *the reliance on a collective decision could reduce the perception that some states enforce their particular understanding of common interests – the reproach of neo-imperialism could be rejected more easily* ».

⁴⁹¹ O. Corten, « Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation » (1996), reproduit dans *Le discours du droit international. Pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009, spéc. pp. 98-100.

§2. Les sanctions des violations des régimes collectifs

116. Il a été vu auparavant qu'en adoptant des contre-mesures en réaction au fait prétendument illicite d'un tiers, l'État s'estimant directement lésé protège ses intérêts subjectifs ; les aspects conservatoire et compensatoire qu'elles revêtent constituent les causes endogènes de leur adoption⁴⁹². Un État peut néanmoins agir au-delà du cadre de ses seuls intérêts subjectifs et adopter des mesures coercitives dont l'objet est d'assurer la protection des intérêts communs qui se dégagent des régimes juridiques collectifs auxquels il est partie. Cela constitue dans ce cas une cause exogène de son comportement (même si l'État a aussi un intérêt propre à voir le régime respecté⁴⁹³).

En matière de contre-mesures « collectives » ou « d'intérêt général »⁴⁹⁴, le droit de la responsabilité internationale est marqué par des incertitudes techniques et logiques. L'article 48, § 1 des articles de la CDI de 2001 reconnaît le statut d'État autre que lésé par la violation du droit. Celui-ci peut en effet invoquer la responsabilité de l'État fautif si l'obligation violée protège un intérêt collectif du groupe d'États dont il fait partie ou si elle est due à la Communauté internationale dans son ensemble (cas des normes *erga omnes*)⁴⁹⁵. Cependant, l'article 54 se limite à la possibilité pour l'État autre que lésé d'adopter des mesures « licites », sans se prononcer sur le droit de recourir aux contre-mesures ; sans vraiment l'interdire non plus ni l'encadrer strictement⁴⁹⁶. En outre, d'un point de vue conceptuel, la distinction entre sujets lésés et autres que lésés demeure très floue. La doctrine n'a pas manqué de souligner

⁴⁹² V. *supra*, §§ 97-100.

⁴⁹³ Les intérêts communs qu'il entend protéger lui sont propres, au sens où il dispose toujours d'un droit subjectif au respect du régime, tout en constituant des intérêts objectifs du groupe d'États liés par celui-ci. Ce sont dans le cas présent les deux faces d'une même pièce. Autrement dit, causes endogènes et exogènes ne peuvent pas être parfaitement distinguées ici ; on ne fait que souligner particulièrement les secondes.

⁴⁹⁴ Les deux formules sont employées par la doctrine. La seconde paraît toutefois plus précise dans la mesure où la première laisse entendre que plusieurs États agiraient de façon concertée. Sur cette question sémantique, v. D. Alland, « Les contre-mesures d'intérêt général », in P.-M. Dupuy, *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003, p. 168.

⁴⁹⁵ Le commentaire de l'article 48, § 1 précise que dans cette hypothèse l'État « agit non pas en sa qualité individuelle en raison d'un préjudice qu'il aurait subi mais en sa qualité de membre d'un groupe d'États auquel l'obligation est due, ou même de membre de la communauté internationale dans son ensemble », J. Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité des États*, *op. cit.*, p. 329, § 1. Selon la CIJ, « [v]u l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique » au respect de normes *erga omnes*, arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Rec.*, § 33.

⁴⁹⁶ A. Pellet évoque à cet égard un « développement récessif » du droit international par la CDI, considérant que ses projets précédents ouvraient la possibilité d'adopter des contre-mesures, encadrée par des conditions précises, à tous les États en cas de violations graves de normes *erga omnes*. Il note cependant que l'ultime version de l'article 54 n'interdit pas aux États d'en adopter. « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – Suite – et fin ? », *AFDI*, vol. 48, 2002, p. 20 ; *contra*, D. Alland, « Les contre-mesures d'intérêt général », *op. cit.*, p. 180, même s'il reconnaît plus loin que l'étendue de la pratique aurait permis à la CDI de reconnaître un droit coutumier, pp. 186-187.

son caractère inopportun et inapte à différencier entre les États lésés dans leurs droits subjectifs et ceux lésés dans leurs intérêts objectifs⁴⁹⁷. Malgré ces incertitudes, les États occidentaux s'estiment fondés à réagir à des violations de régimes collectifs quand bien même ils ne seraient pas considérés comme directement lésés. L'adoption de contre-mesures d'intérêt général constitue en effet un élément fréquent de leur politique juridique extérieure⁴⁹⁸. En la matière, leur comportement poursuit un double objectif : d'une part, la préservation de l'intégrité de la norme violée et de l'intérêt collectif qu'elle sous-tend (A) et, d'autre part, la répression du comportement fautif afin d'inciter l'État ciblé à revenir dans le cadre de la légalité (B).

A. Aspect conservatoire : la préservation de la norme violée

117. Qualification unilatérale de la violation du droit et expression de solidarité à l'égard de l'intérêt général protégé – On a vu qu'il appartient aux États d'apprécier leur propre situation juridique. Ce principe d'auto-interprétation est particulièrement prégnant en matière de contre-mesures dès lors que l'institution et le régime qui l'encadre leur laissent le soin de qualifier eux-mêmes les violations préalables du droit qui entraînent leurs réactions⁴⁹⁹. Autrement dit, les États agissent à leurs risques et périls dans la mesure où leurs qualifications des faits ne sont pas automatiquement opposables aux tiers. Ainsi, afin de limiter les risques de contestation et légitimer leurs actions, ils affichent une franche solidarité à l'égard de l'intérêt général auquel il est porté atteinte. Ils se positionnent en ce sens comme défenseurs

⁴⁹⁷ Sur la confusion entre les deux statuts, v. B. Stern, « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des États », *AFDI*, vol. 47, 2001, p. 24 ; du même auteur, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, 382 p. Sur des distinctions différentes de celles de la CDI, v. not. P.-M. Dupuy, « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan », *RGDIP*, vol. 107, 2003, n° 2, pp. 305-348 ; L.-A. Sicilianos, « The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of the International Responsibility », *EJIL*, vol. 13, 2002, pp. 1127-1145.

⁴⁹⁸ V. L.-A. Sicilianos, « Countermeasures in Response to Grave Violations of Obligations Owed to the International Community », in J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (eds), *The Law of International Responsibility*, *op. cit.*, pp. 1146-1147. Plus généralement, v. E. K. Proukaki, *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*, London, Routledge, 2010, xxi-331 p. ; M. Dawidowicz, « Public Law Enforcement Without Public Law Safeguards? An Analysis of State Practice on Third Party Countermeasures and Their Relationship to the UN Security Council », *BYIL*, vol. 77, 2006, pp. 333-418 ; C. Hillgruber, « The Right of Third States to Take Countermeasures », in C. Tomuschat, J.-M. Thouvenin (eds), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations erga omnes*, Leiden, Nijhoff, 2006, pp. 265-293 ; C. J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, xxxi-359 p. ; J. A. Frowein, « Reactions by not Directly Affected States to Breaches of Public International Law », *RCADI*, vol. 248, 1994, n° 4, pp. 345-437 ; B. Simma, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *RCADI*, vol. 250, 1994, n° 6, pp. 217-384.

⁴⁹⁹ V. *supra*, § 99, ainsi que l'affaire de *l'Accord relatif aux services aériens*, SA préc., p. 483, § 81.

d'une légalité internationale représentée comme objective et protectrice de valeurs considérées comme essentielles. Cela dit, leur appréciation de cette légalité n'en demeure pas moins unilatérale ; elle est donc subjective et variable au gré des exigences de leur politique étrangère.

Cette attitude apparaît la plupart du temps dans les motifs des mesures adoptées, qui soulignent les violations du droit international commises par les États ciblés. Par exemple, lorsque le Congrès états-unien adopta en 1978 la loi relative à l'embargo contre l'Ouganda, il souligna que le gouvernement avait « commis un génocide contre les Ougandais »⁵⁰⁰. Les motifs des États n'ont pas toujours été si explicites mais cet effort de qualification est nettement plus fréquent ces dernières années, ce qui montre qu'ils accordent plus de place à l'argumentation juridique afin d'asseoir leur vision de l'ordre public international. On le constate à l'étude des nombreuses mesures restrictives adoptées par l'Union européenne à l'égard d'États tiers lorsqu'elle agit sans l'aval du Conseil de sécurité des Nations Unies. Par exemple, à l'encontre de la Syrie, l'UE a adopté des mesures ciblant ses dirigeants en réponse aux « violations généralisées et systématiques des droits de l'homme » commises depuis le printemps arabe de 2011⁵⁰¹. On peut également citer les contre-mesures adoptées par les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne contre la Russie en réaction à l'annexion illicite de la Crimée⁵⁰².

L'intérêt d'une telle démarche est que la norme violée ne risque pas de tomber en désuétude par l'effet des violations qu'elle subit (sachant qu'en cas de violations graves de normes de *jus cogens* les États sont tenus par une obligation de non-reconnaissance et de non-

⁵⁰⁰ L'exemple est cité en français par la CDI dans son commentaire de l'article 54, J. Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États*, op. cit., p. 358, § 3.

⁵⁰¹ Décision 2012/122/PESC du Conseil du 27 février 2012 modifiant la décision 2011/782/PESC concernant les mesures restrictives à l'encontre de la Syrie, préambule, § 2. La qualification n'était pas si explicite durant le début du conflit interne en 2011. Elle s'est maintenue dans les décisions suivantes de prorogation et de modification en raison des multiples renvois opérés. Plus généralement v. la thèse de C. Beaucillon, *Les mesures restrictives de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, xvii-712 p. V. aussi E. Castellarin, « Le gel des avoirs d'une banque centrale étrangère comme réaction décentralisée à un fait internationalement illicite : rétorsion ou contre-mesure ? », *Hague Yearbook of International Law*, vol. 25, 2012, pp. 173-197.

⁵⁰² Dans sa décision 2014/512/PESC du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine, le Conseil de l'Union européenne se fonde sur la « violation par la Fédération de Russie (...) de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de l'Ukraine », préambule, § 1. On trouve des qualifications similaires dans les *Executive orders* 13660 (6 mars 2014), 13661 (17 mars 2014) et 13662 (20 mars 2014) du Président états-unien. V. le dossier consacré à la crise ukrainienne dans le *JDI*, vol. 141, 2014, n° 3, not. les contributions suivantes et leurs références aux textes pertinents : R. Bismuth, « Odyssée dans le *conundrum* des réactions décentralisées à l'illicite », pp. 719-731 ; C. Beaucillon, « Crise ukrainienne et mesures restrictives de l'Union européenne : quelle contribution aux sanctions internationales à l'égard de la Russie ? », pp 787-807, même si l'un et l'autre rejettent la possibilité d'adopter des contre-mesures d'intérêt général.

assistance que l'on retrouve à l'article 42 des articles de la CDI de 2001⁵⁰³). Les États manifestent ainsi leur intention d'en préserver l'intégrité. L'idée est particulièrement pertinente devant des situations qui s'inscrivent dans le temps long. Par le maintien d'au moins quelques contre-mesures et en précisant leurs motifs, les États refusent toutes les hypothèses rattachables à l'émergence d'un droit nouveau sur le fondement d'un fait illicite (*ex facto jus non oritur*), toute éventuelle présomption d'acquiescement ou toute forme de consolidation historique. À cet égard, il peut être souligné que l'adoption de contre-mesures n'a certes pas empêché certaines violations graves de normes *erga omnes* de durer, comme dans les cas de l'invasion de l'Afghanistan par l'URSS, du régime d'*apartheid* en Afrique du Sud ou plus récemment à propos de l'annexion de la Crimée par la Russie⁵⁰⁴. Néanmoins, comme cela a pu être souligné, les mesures coercitives expriment « *a commitment to the violated norms. It helps sustain the belief that the violations are impermissible – that the norms are not purely aspirational, even if they also are not fully effective* »⁵⁰⁵.

B. Aspect punitif : la répression du comportement fautif

118. Connotation pénale des contre-mesures d'intérêt général – Les contre-mesures ont des fonctions très diverses qui varient selon la nature du fait illicite auquel elles répondent⁵⁰⁶. La particularité des contre-mesures d'intérêt général est qu'elles ne poursuivent aucune cause compensatoire. Cela s'explique par le fait que l'État qui réagit à la violation du droit international n'est pas directement lésé dans ses intérêts subjectifs. Par ailleurs, le régime des contre-mesures n'admet pas la violation de certaines catégories d'obligations (selon l'article 50 des articles de la CDI, celles relatives à l'interdiction du recours à la force, les règles de protection des droits de l'homme, de caractère humanitaire et toutes celles qui ont un caractère de *jus cogens*). Dès lors, devant la violation d'une norme *erga omnes* tombant dans l'une de ces catégories (ce qui est souvent le cas), l'État ne peut répondre en y portant lui aussi atteinte. Autrement dit, il ne s'agit pas dans ce genre d'hypothèses de rétablir l'égalité entre les parties, contrairement à ce qui a été énoncé dans l'affaire de l'*Accord relatif aux services aériens*

⁵⁰³ On reviendra sur cette question en Seconde partie de cette étude, v. *infra*, §§ 342 et s.

⁵⁰⁴ V. par ex. C. J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, *op. cit.*, p. 229, qui constate l'effet généralement limité des contre-mesures d'intérêt général dans ce genre de situation.

⁵⁰⁵ M. Hakimi, « Unfriendly Unilateralism », *op. cit.*, pp. 128-129.

⁵⁰⁶ D. Alland, « Les contre-mesures d'intérêt général », *op. cit.*, p. 173. Du même auteur, *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorie des contre-mesures en droit international public*, *op. cit.*, sur la fonction punitive des contre-mesures, pp. 190-194.

(1978)⁵⁰⁷. Les contre-mesures d'intérêt général poursuivent avant tout un objectif répressif. Par leur adoption, les États entendent sanctionner l'État ciblé en raison de la gravité du fait illicite dont il est l'auteur et afin de le ramener vers le respect du droit. Ils assurent en ce sens une fonction de police décentralisée de l'ordre public international⁵⁰⁸. Les anciens projets de la CDI sur la responsabilité des États laissent apparaître cette connotation pénaliste bien plus clairement en opérant une distinction entre les délits et les crimes internationaux et en permettant explicitement l'adoption de contre-mesures par les États non directement lésés par les seconds. Toutefois, la crainte générée par ces textes en raison des abus potentiels qu'ils étaient susceptibles de permettre a abouti au retrait des dispositions concernées⁵⁰⁹.

119. *Caractère substitutif des contre-mesures d'intérêt général* – Si les auteurs de ce type de mesures se placent comme les garants d'une légalité prétendument objective, c'est aussi en raison de la faiblesse institutionnelle de l'ordre juridique international et des carences des autorités habilitées en sens ; soit parce que celles-ci n'existent pas, soit qu'elles s'avèrent inefficaces, comme lorsque le Conseil de sécurité des Nations Unies est bloqué. Les contre-mesures d'intérêt général ont donc, du point de vue de leurs auteurs, un caractère substitutif qui permet d'assurer une certaine effectivité aux régimes collectifs protégeant des intérêts particuliers d'un groupe ou de la Communauté internationale⁵¹⁰.

Il semble dès lors logique que la plupart des exemples concernent les domaines du maintien de la paix et de la sécurité internationales. En la matière, soit les États agissent unilatéralement lorsque le Conseil de sécurité apparaît paralysé, soit ils agissent parallèlement ou au-delà de ses résolutions. Que l'on pense notamment à l'affaire des Malouines ou à celle des otages à Téhéran, le Conseil de sécurité n'a ni expressément qualifié les situations de violations du droit international, ni requis l'adoption de sanctions. Les États qui ont adopté des mesures l'ont donc fait dans le cadre du droit international général⁵¹¹. Il en va de même

⁵⁰⁷ Affaire de l'*Accord relatif aux services aériens*, SA préc., § 90.

⁵⁰⁸ D. Alland, « Les contre-mesures d'intérêt général », *op. cit.*, p. 169 ; v. également J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op. cit.*, p. 221.

⁵⁰⁹ Sur l'évolution des travaux de la CDI à cet égard, v. D. Alland, *ibid.*, pp. 169-180 ; A. Pellet, « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – Suite – et fin ? », *op. cit.*, pp. 11-22.

⁵¹⁰ V. par ex. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, p. 1061 ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international, op. cit.*, pp. 221-222 ; P.-M. Dupuy, « Observations sur la pratique récente des "sanctions" de l'illicite », *op. cit.*, p. 515.

⁵¹¹ Pour les Malouines, v. la résolution 502 du 3 avril 1982. S'agissant de l'affaire des otages, le projet de résolution du 10 janvier 1980 a été rejeté en raison du veto opposé par l'Union soviétique. Sur ces deux situations et plus généralement les rapports entre l'adoption de contre-mesures et le rôle du Conseil de sécurité, v. C. Leben, « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *AFDI*, vol. 28, 1982, spéc. pp. 27-33.

pour les mesures adoptées plus récemment contre la Syrie ou la Russie. Plus généralement, certains États agissent aussi en réaction à des faits de violations des droits de l'Homme ou de corruption, comme dans le cadre du *Global Magnitsky Act* adopté en 2016 par le Congrès états-unien qui habilite le Président à refuser ou retirer des visas ou adopter des sanctions financières à l'encontre de toute personne étrangère⁵¹².

Au-delà des questions relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales, on peut encore citer des exemples de contre-mesures adoptées dans le domaine de l'environnement afin de pallier l'ineffectivité de certains régimes. En ce sens, l'amendement Pelly au *Fisherman's Protective Act* de 1967 permet par exemple au Président états-unien d'ordonner des restrictions aux importations contre les États dont les activités de pêche « *diminish the effectiveness of an international fishery conservation program* » ou (depuis 1978) « *an international program in force with respect to the United States for the conservation of endangered or threatened species* »⁵¹³. Ce moyen a été utilisé à plusieurs reprises pour inciter au respect du moratoire sur la chasse à la baleine décidé en 1986, notamment à l'encontre de l'Islande, ou de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES)⁵¹⁴.

* *

Les mesures coercitives adoptées par les États occidentaux jouent un rôle important en vue d'assurer l'exécution de certains régimes collectifs. Cependant, leur adoption tend généralement à véhiculer deux types de prétentions. Le premier est relatif à l'existence même d'une règle les habilitant à agir en ce sens. Le second porte sur la mise en œuvre de cette habilitation et notamment sur la qualification des faits de violation du droit international auxquels ils entendent réagir. Dans ces conditions, la promotion de l'intérêt général a tendance à camoufler une politique de puissance visant la projection des valeurs de leurs auteurs.

⁵¹² La loi est consultable sur le site du Congrès : <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/284/text>.

⁵¹³ Texte disponible sur la page du *US Fish and Wildlife Service* : <https://www.fws.gov/international/laws-treaties-agreements/us-conservation-laws/pelly-amendment.html>.

⁵¹⁴ M. Hakimi, « Unfriendly Unilateralism », *op. cit.*, p. 138 ; D. Bodansky, « What's So Bad about Unilateral Action to Protect the Environment », *op. cit.*, p. 346.

Section 3. L'unilatéralisme sollicité par les tiers

120. À l'inverse de l'hypothèse précédente, certains actes peuvent être motivés par le simple fait d'accéder à la sollicitation d'un autre État. À cet égard, on entend par le terme « sollicitation » tout type de démarche diplomatique engagée par un tiers, sans qu'il puisse toutefois revendiquer un droit à obtenir satisfaction, afin que l'État sollicité adopte une certaine position juridique. En ce sens, contrairement aux « demandes » qui, elles, se fondent sur une règle de droit, les sollicitations ressortissent au domaine strictement politique et n'appellent pas nécessairement de réponse positive de la part de l'État destinataire (A). L'objet d'une sollicitation n'est pas défini *a priori* et peut varier selon les domaines dans lesquels les États sont amenés à coopérer. Cela dit, les deux hypothèses les plus fréquemment rencontrées en pratique concernent l'octroi d'autorisations (B) et le fait de fournir des assurances diplomatiques (C).

A. Distinction entre les sollicitations politiques et les demandes juridiques

121. Intérêts de la distinction – *Lato sensu*, la « demande » d'un État est régulièrement envisagée comme synonyme d'une « sollicitation » visant à obtenir d'un autre sujet qu'il fasse ou non quelque chose⁵¹⁵. À ce titre, elle constitue un instrument essentiel de la diplomatie interétatique. Son objet n'est pas limité ; il peut s'agir d'une demande d'autorisation à intervenir sur un navire étranger en haute mer ou encore de demandes de renseignements, d'extradition, de réparation, d'arrestation, d'assurances, *etc.* Dans tous les cas, l'obtention du résultat recherché dépend nécessairement de l'acceptation de son destinataire ; c'est pour cette raison que, sauf règle contraire, le silence est dans ce cas interprété comme un rejet⁵¹⁶. Cependant, pour des raisons de clarté et afin de distinguer différentes hypothèses qui seront évoquées dans le cadre de cette étude, il semble opportun d'opérer une distinction sémantique entre les « sollicitations » simples et les « demandes » fondées sur une règle juridique. Les premières interviennent dans des domaines indéterminés du droit international. Il en va ainsi par exemple lorsqu'il s'agit simplement de solliciter des renseignements ou l'extradition d'une personne dans les cas où aucune règle conventionnelle établie n'en encadre l'octroi. Dans

⁵¹⁵ À l'inverse, lorsqu'il est envisagé *stricto sensu*, le terme est synonyme de « requête » ou fait référence aux prétentions au fond du demandeur au cours d'une instance. C'est en tout cas l'unique définition retenue par le *Dictionnaire de droit international public* dirigé par J. Salmon, *op. cit.*, p. 315.

⁵¹⁶ C. Santulli, *Introduction au droit international*, *op. cit.*, pp. 117-118 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, spéc. pp. 41-57. On revient par ailleurs sur la question du silence comme rejet d'une demande en seconde Partie, v. *infra*, §§ 372 et s.

pareilles situations, l'État sollicité dispose d'une complète liberté pour en accepter les termes ou y opposer son refus. Les secondes (c'est-à-dire les actes auxquels on réserve le vocable « demandes ») sont juridiquement fondées. Cela implique que leurs auteurs estiment disposer d'un droit à obtenir satisfaction⁵¹⁷. À ce titre, ces demandes sont susceptibles de véhiculer différents types de prétentions normatives. Par exemple, si une demande d'extradition se fonde sur un traité, son auteur prétend que les conditions prévues par celui-ci sont réunies et que l'État requis est dès lors tenu de l'accepter. De même, une demande de réparation emporte logiquement de la part d'un État s'estimant lésé une prétention relative à la violation d'une obligation pesant sur l'État destinataire et au contenu de la réparation attendue.

122. *Similitudes entre « offres » et sollicitations diplomatiques* – Le vocable « offre », quant à lui, est régulièrement utilisé par la doctrine internationaliste mais il fait rarement l'objet d'une définition clairement établie⁵¹⁸. Il convient pourtant, comme pour les sollicitations simples, de le distinguer nettement des demandes juridiquement motivées. Dans un sens large, le terme « offre » peut recouvrir toute forme de « propositions normatives » et inclure différents types de prétentions évoquées dans cette étude⁵¹⁹. Dans d'autres cas plus fréquents, le vocable sert à décrire, dans un sens plus restreint et qui se rapproche du droit civil, un certain type d'offres d'engagement⁵²⁰. Selon cette acception, il s'agirait donc du comportement par lequel un ou plusieurs États indiquent à un ou plusieurs autres sujets les conditions dans lesquelles ils proposent de s'engager, conditions qui appellent l'engagement réciproque des destinataires concernés⁵²¹. Là non plus, son objet n'est pas limité. Il peut s'agir d'une offre adressée à une organisation internationale afin d'accueillir son siège où l'un de ses bureaux régionaux sur son territoire, comme celle de l'Égypte adressée à l'Organisation mondiale de la

⁵¹⁷ Sur cette distinction, v. R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 206-207. En ce sens, il est permis de comparer la demande à une « réclamation », J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 936 : « A. Action par laquelle un sujet de droit s'adresse à un autre sujet de droit pour protester contre des agissements qu'il estime contraires à ses droits et demander la reconnaissance de ces derniers. (...) B. Demande formelle par laquelle une contestation juridique prend naissance, souvent appelée réclamation diplomatique ».

⁵¹⁸ À part l'« offre de service » d'un État neutre ou d'un organisme humanitaire, le terme n'est pas défini par le *Dictionnaire de droit international public* (J. Salmon (dir.), *op. cit.*, p. 779).

⁵¹⁹ V. en ce sens R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 200-203. L'auteur y inclut les renonciations, promesses et habilitations.

⁵²⁰ Par ex., G. Venturini, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 400-401. C'est aussi en ce sens que la CDI y fait référence mais sans pour autant donner de définition explicite, « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, par ex., p. 7, § 22, p. 11, § 49, p. 19, § 96 ou p. 22, § 114.

⁵²¹ V. par ex., G. Cornu (dir.) *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 707 : « [m]anifestation de volonté, expresse ou tacite, par laquelle une personne propose à une ou plusieurs autres (déterminées ou indéterminées) la conclusion d'un contrat à certaines conditions ». C'est par ex. l'approche de C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, pp. 228-234.

santé en 1949⁵²² ; d'une offre d'aide économique, comme celle du Royaume-Uni faite au Zimbabwe le 27 avril 2000 de participer à la réforme agraire à la condition de mettre en place des élections libres et équitables⁵²³ ; d'une offre de protection, comme celle des États-Unis d'Amérique, rendue publique le 19 janvier 2003, adressée à la Corée du Nord à condition qu'elle renonce à son programme nucléaire militaire⁵²⁴ ou encore d'une offre d'indemnisation, de médiation ou de règlement juridictionnel d'un différend. D'un point de vue formel, les stipulations conventionnelles d'obligations pour autrui peuvent être vues comme des offres collectives du groupe d'États parties au traité à un ou plusieurs tiers. Dans cette hypothèse, l'article 35 de la Convention de Vienne sur le droit des traités exige de ces derniers, afin que lesdites obligations leur deviennent opposables, qu'ils les acceptent expressément par écrit.

Suivant cette seconde définition, l'offre n'est donc envisagée que comme une partie d'un schéma plus large, réunissant offre et acceptation, aboutissant logiquement à un accord plus ou moins formalisé. C'est la raison pour laquelle elle est généralement exclue des études portant sur les actes juridiques unilatéraux et *a fortiori* « purement unilatéraux », comme ce fut explicitement le cas dans les travaux de la CDI⁵²⁵. En ce sens, l'offre peut être assimilée à une sollicitation diplomatique. En effet, les deux se rejoignent en ce qu'elles constituent une même espèce de proposition laissant l'État destinataire libre d'en accepter ou d'en refuser les termes. Une simple reformulation permet d'illustrer cette affirmation. Par exemple, par une offre d'aide économique, une offre de protection, une offre de négociation, d'arbitrage ou d'indemnisation, l'État *sollicite* le tiers destinataire afin de savoir s'il accepte ou non telle aide, telle protection ou telle procédure de règlement des différends, dans telles ou telles conditions. Par ailleurs, dans les deux cas, le silence du destinataire sera interprété comme un rejet. Cependant, comme les offres et sollicitations ne constituent pas des prétentions juridiquement fondées à obtenir satisfaction, un tel rejet demeure purement discrétionnaire. Il n'a pas à être motivé et ne concrétise aucun différend juridique.

⁵²² CIJ, avis consultatif du 20 décembre 1980, *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, Rec., § 43.

⁵²³ La CDI assimile les offres d'aide économique à des promesses, « Septième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 18, § 32. L'exemple de l'offre du Royaume Uni est cité à la note 58 ainsi qu'au *South African Yearbook of International Law*, vol. 26, 2001, p. 314.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 21, § 38 et RGDIP, vol. 107, 2003, pp. 440-442.

⁵²⁵ CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, par ex. p. 22, § 114 : « [i]l convient d'autre part d'exclure du cadre de l'étude les actes unilatéraux qui ne produisent d'effets juridiques qu'après que l'État ou les États auxquels ils s'adressent acceptent l'offre que constitue cet acte. Les déclarations unilatérales simultanées ou successives formulées dans le but de créer un acte juridique sont du ressort du droit conventionnel ».

En définitive, seules les demandes fondées sur une règle peuvent constituer de véritables prétentions normatives *stricto sensu* telles que définies dans cette étude. Néanmoins, la satisfaction des sollicitations diplomatiques *largo sensu* peut constituer la cause exogène d'un acte unilatéral véhiculant une prétention normative. C'est généralement le cas lorsqu'un État formule une autorisation.

B. L'octroi d'autorisations

123. Réponse à une sollicitation et constitution d'un « accord » ? – L'autorisation permet à l'État de formuler une norme permissive visant à accorder à un ou plusieurs autres sujets un pouvoir dont ils étaient auparavant dépourvus⁵²⁶. De ce fait, il n'est pas étonnant qu'en pratique une autorisation soit généralement fournie en réponse à la sollicitation expresse d'un État tiers afin qu'il puisse accomplir une action considérée normalement comme illicite. L'existence d'une sollicitation préalable apparaît explicitement dans certaines affaires ayant trait à l'intervention sur des navires étrangers en haute mer. Par exemple, dans un arrêt de 2009 relatif à l'intervention de la marine française à la suite des actes de piraterie commis à l'égard du « Ponant » au large de la Somalie, la Cour de cassation a rappelé que :

« par la note verbale du 5 avril 2008, le Gouvernement fédéral de transition de Somalie, *répond de façon positive à la demande d'autorisation du Gouvernement français* et, autorise la Marine française à entrer dans les eaux territoriales de Somalie, à prendre toutes les mesures nécessaires y compris l'usage proportionné de la force, dans le contexte de la crise, autorise quelques avions militaires français à survoler le territoire de Somalie »⁵²⁷.

De même, dans l'affaire *Medvedyev et autres c. France* (2010) relative à l'arraisonnement d'un navire portant pavillon cambodgien et à l'arrestation de ses membres d'équipage, la CEDH souligna que :

« [p]ar une note verbale datée du 7 juin 2002, le ministre des Affaires étrangères et de la Coopération internationale du Cambodge, *saisi d'une demande de l'ambassade de France* à Phnom Penh, donna l'accord de son gouvernement pour l'intervention des autorités françaises »⁵²⁸.

⁵²⁶ C. Santulli, *Introduction au droit international*, *op. cit.*, p. 122 ; R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 201. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 113. On reviendra sur cette définition, v. *infra*, § 264.

⁵²⁷ Cass. crim., 16 septembre 2009, n° 09-82777, affaire « Ponant », non publié au *Bulletin*, italique ajouté, RGDIP, vol. 114, 2010, n° 4, p. 904, note S. Touzé.

⁵²⁸ CEDH (Grande chambre), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, requête n° 3394/03, § 10, italique ajouté.

D'autres exemples fournissent des illustrations similaires, quelle que soit la qualité – étatique ou privée – du destinataire de l'autorisation⁵²⁹. Par ailleurs, il est possible d'ajouter aux permissions d'intervenir sur des navires en haute mer le cas du consentement donné par un État afin que celui l'ayant sollicité puisse mener sur son territoire certaines opérations militaires spécifiques. En ce sens, certains États consentent à la pratique des interventions humanitaires sur leur territoire visant pour un État tiers à déployer des troupes en vue de protéger ses ressortissants menacés par une crise ou libérer des otages. Pour ce qui concerne la seule pratique française, il est possible d'évoquer les interventions présentées comme humanitaires par les autorités aux Comores en 1989, au Zaïre en 1991, en République centrafricaine en 1996 ou au Gabon en 1999⁵³⁰. Pour ce qui relève de la libération d'otages, toutes les informations ne sont pas nécessairement accessibles mais la France est intervenue à plusieurs reprises en Somalie depuis le début des années 2000. Les médias ont par exemple révélé au début de l'année 2013 l'échec de l'intervention qui visait à libérer l'agent français Denis Allex⁵³¹.

Toutefois, il convient surtout de noter que les actes permissifs sont souvent laissés de côté par la doctrine s'intéressant aux actes unilatéraux (et surtout par la CDI) dans la mesure où la concordance temporelle et/ou de contenu entre les demandes et les autorisations octroyées en retour incite à y voir un schéma conventionnel. En ce sens, dans l'affaire *Medvedyev*, la CEDH a semblé considérer que l'instrument soumis à son analyse constituait un « accord *ad hoc* » entre la France et le Cambodge, sans toutefois écarter l'hypothèse de

⁵²⁹ Par ex., Cass. crim., 8 août 2007, n° 07-83689, affaire « *Canito* », *Bull. crim.* 2007, n° 190, cité dans *AFDI*, vol. 54, 2008, p. 663 ; Cass. crim., 29 avril 2009, n° 09-80157, affaire « *Junior* », *Bull. crim.*, n° 83. Ces affaires traitent d'autorisations octroyées en application de l'article 17 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988, qui prévoit en son paragraphe 3 qu'une Partie ayant des motifs raisonnables de penser qu'un navire se livre à une activité de trafic illicite peut demander à l'État du pavillon l'autorisation de prendre les mesures appropriées. À propos de l'autorisation octroyée à une personne privée, v. l'affaire de l'*Interprétation de l'accord aérien du 27 mars 1946 (États-Unis/France)*, SA du 22 décembre 1963, *RSJ*, vol. XVI, spéc. pp. 64-67 (pour la version française, *RGDIP*, vol. 69, 1965, n° 1, pp. 189-260). Dans cette affaire, l'approbation constante des horaires de desserte de la ville de Téhéran par le secrétaire général de l'aviation civile et commerciale française a été interprétée comme une autorisation permanente, et non révocable arbitrairement, accordée en raison des demandes explicites de la Pan American Airways.

⁵³⁰ Ces exemples, et d'autres concernant d'autres États que la France, sont relatés par T. Christakis et K. Mollard-Bannelier, « *Volenti non fit injuria ? Les effets du consentement à l'intervention militaire* », *AFDI*, vol. 50, 2004, pp. 123-124.

⁵³¹ V. par ex. « Somalie : Hollande assume l'opération ratée malgré "l'assassinat" de l'otage français », *Le Monde.fr*, 16 janvier 2013. La presse ne s'intéresse pas à l'existence d'une sollicitation ni d'une autorisation expresse. On en suppose simplement l'existence dans la mesure où ce type d'opérations ne fait pas l'objet de protestation.

l'engagement unilatéral⁵³². Ces hypothèses constituent en effet des cas limites se rapprochant effectivement du schéma de l'accord. Néanmoins, à la lumière des critères de l'unilatéralité déterminés en introduction, il demeure difficile de considérer que les tiers destinataires de ces autorisations aient formellement participé à leur élaboration⁵³³. Ils en ont simplement sollicité l'adoption sur un plan politique. Sans négociations ni signatures formelles, les autorisations obtenues en retour ne constituent que des prétentions à la satisfaction des termes desdites sollicitations. Il en va de même pour ce qui concerne les hypothèses dans lesquelles un État formule des assurances diplomatiques.

C. La formulation d'assurances diplomatiques

124. *Le cas des assurances formulées par l'agent d'un État au cours d'une procédure juridictionnelle* – Que l'État cherche à s'engager et créer un droit dans le chef d'un autre sujet (en formulant une promesse) ou entende prononcer l'extinction de l'un de ses droits (par une renonciation), l'examen de la pratique permet, comme pour les autorisations, de constater que bon nombre de ces actes répondent à des sollicitations expresses. Dans ce genre d'hypothèses, on assimile alors les « assurances diplomatiques » à un type particulier de promesses ou de renonciations visant précisément à y répondre⁵³⁴. Les assurances fournies par l'agent d'un État devant un tribunal constituent l'exemple le plus ancien et le plus évoqué

⁵³² CEDH (Grande chambre), *Medvedyev et autres c. France*, préc., §§ 96-98 : « les notes verbales constituent une source de droit international susceptible d'être qualifiée de traité ou d'accord lorsqu'elles constatent un consentement entre les autorités concernées, une position mutuelle sur une question donnée ou encore, par exemple, l'expression d'un souhait ou d'un engagement unilatéral. 97. Dans ces conditions, la Cour considère, avec le Gouvernement, que la note verbale adressée par les autorités cambodgiennes le 7 juin 2002 constatait l'accord de ces dernières pour l'interception du Winner (...) Pour autant, l'existence d'un accord *ad hoc* ne règle pas le problème de sa portée, puisqu'il appartient à la Cour de l'apprécier en vue d'établir si la note verbale autorisait ou non l'arrestation, la détention à bord et le transfert des membres de l'équipage vers la France ». Dans le même ordre d'idée, dans la sentence rendue en 1921 à propos de l'arraisonnement par les États-Unis du navire britannique *Wanderer*, le Tribunal arbitral a considéré qu'il résultait des échanges diplomatiques entre les deux États un accord sur le sens à donner à la loi britannique autorisant des officiers américains à intervenir, affaire *Owners, officers and men of the Wanderer (Great Britain v United States of America)*, SA du 9 décembre 1921, RSA, vol. VI, pp. 68-77, spéc., p. 73. Le même genre de réflexions existe à l'égard des interventions armées sollicitées, v. par ex. E. Lieblich, « Intervention and Consent: Consensual Forcible Interventions in International Armed Conflicts as International Agreements », *Boston University International Law Journal*, vol. 29, 2011, n° 2, pp. 337-382.

⁵³³ V. *supra*, § 57.

⁵³⁴ Cela n'est pas incohérent avec la définition généralement admise, v. « Assurance », in J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 104 : « [e]ngagement unilatéral, équivalent à une promesse ou à une garantie, qui fait naître des droits au profit des tiers ». Par ailleurs, selon la distinction adoptée entre « demandes » et « sollicitations », on ne traite pas ici des « garanties de non-répétition » car, en vertu de l'article 30 des articles de la CDI de 2001 sur la responsabilité des États, un État reconnu responsable d'un fait internationalement illicite est tenu d'en formuler s'il reçoit une demande en ce sens, v. *infra*, § 255.

en doctrine. Elles ont été les premières déclarations de nature unilatérale à se voir reconnaître formellement une valeur obligatoire dans l'histoire jurisprudentielle. Pour autant, compte tenu du contexte dans lequel elles sont formulées, le Rapporteur spécial de la CDI sur les actes unilatéraux des États a préféré y voir les éléments d'un accord entre les parties à l'instance⁵³⁵. Une telle position ne trouve cependant pas l'appui des juges, qui ne se sont jamais prononcés explicitement en ce sens.

De façon générale, les assurances formulées peuvent ainsi viser à préciser le contenu d'une obligation ou d'un fait ou encore à réaffirmer l'intention de mettre en œuvre une obligation préexistante. L'affaire des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem* tranchée au fond en 1925 en donne une première illustration. La CPJI dut se prononcer sur une requête de la Grèce aux fins de protection de l'un de ses ressortissants à l'encontre du Royaume-Uni. M. Mavrommatis avait obtenu de la ville de Jérusalem (sous autorité ottomane à l'époque) un contrat de délégation de service public portant sur la fourniture d'électricité, la construction et la gestion d'un service de tramways ainsi que d'un service d'eau potable. Cependant, à l'issue de la Première Guerre mondiale, la Palestine était un territoire mandataire confié au Royaume-Uni. Les autorités britanniques ont alors choisi d'adopter un nouveau contrat de concession d'un service d'électricité avec M. Rutenberg, qui se voyait octroyer le droit de demander l'annulation des concessions précédentes. Toutefois, dans un échange avec les autorités britanniques, celui-ci fit savoir qu'il ne ferait pas usage de cette faculté, laissant à M. Mavrommatis la possibilité d'exécuter sa concession. Or, c'est bien parce que la Grèce a d'abord « mis en doute la valeur de cette déclaration pour démontrer que *The Palestine Electric Corporation, Limited*, la Société formée par M. Rutenberg (...), avait définitivement et sans condition renoncé à provoquer l'expropriation »⁵³⁶ que le Royaume-Uni a décidé d'ajouter, en cours d'audience, une promesse précise formulée en son nom propre. Le représentant britannique a alors affirmé qu'il n'était pas question « de donner suite à une requête tendant à l'expropriation de M. Mavrommatis. Si M. Rutenberg était assez déraisonnable (...) pour nous demander de procéder à l'expropriation, après avoir déclaré qu'il n'en avait pas l'intention, nous ne donnerions aucune suite à sa demande »⁵³⁷. L'engagement britannique, dont la Cour a constaté le caractère obligatoire, répondait donc à la sollicitation du gouvernement hellénique. De la même façon, dans l'*Affaire du filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent* (1986),

⁵³⁵ CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », préc., p. 24, § 126.

⁵³⁶ CPJI, arrêt du 26 mars 1925, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem* (Grèce c. Grande-Bretagne), Série A, n° 5, p. 36.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 37. V. aussi CPJI, arrêt du 25 mai 1926, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Allemagne c. Pologne), fond, Série A, n° 7, pp. 11-13.

les préoccupations du Canada quant à la préservation des ressources halieutiques et le respect des quotas furent prises en compte par la France dont l'agent a réaffirmé en cours d'audience que les navires français « ne capturer[eraient] pas un kilogramme de morue de plus que le quota autorisé ». Dès lors, « [e]u égard aux circonstances dans lesquelles elle a été faite, le Tribunal [a] considér[é] pareille déclaration comme engageant la France (...) »⁵³⁸. Un autre exemple célèbre fut livré par les déclarations des États-Unis d'Amérique devant le Groupe spécial de l'Organe de règlement des différends de l'OMC dans le litige qui l'opposait à la Communauté européenne à propos de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur. Selon le panel réuni dans cette affaire :

« [e]n réponse aux questions que nous leur avons posées avec insistance, les États-Unis ont confirmé à plusieurs reprises, de manière explicite, officielle et inconditionnelle, l'engagement exprimé dans le SAA, à savoir que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales « fondera toute détermination, au titre de l'article 301, concluant à la violation ou l'inexécution des droits des États-Unis au titre de l'accord pertinent sur les constatations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD » »⁵³⁹.

Cela permit au Groupe spécial de considérer que l'application de la loi litigieuse ne serait pas incompatible avec les obligations auxquelles les États-Unis d'Amérique étaient soumis en vertu du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

Les procédures en indication de mesures conservatoires constituent également l'un des domaines de prédilection des assurances diplomatiques. En la matière, si un État défendeur

⁵³⁸ *Affaire du Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent (France/Canada)*, SA du 17 juillet 1986, RSA, vol. XIX, pp. 225-296 et RGDI, vol. 90, 1986, n° 3, pp. 713-786 (on ne se référera qu'à la version française), spéc. p. 756, § 63, 2).

⁵³⁹ *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, rapport du Groupe spécial du 22 décembre 1999, WT/DS152/R, § 7.115, et l'analyse plus détaillée de leur caractère obligatoire dans les paragraphes suivants, §§ 7.116-7.126. On retrouve encore une logique similaire dans l'affaire ayant opposé l'Irlande au Royaume-Uni devant la CEDH après le scandale qui a éclaté dans les années 1970 à propos des techniques de torture utilisées par les autorités britanniques. L'Irlande a considéré que les déclarations britanniques n'offraient aucunement l'assurance que ces pratiques ne seraient plus utilisées à l'avenir, v. « Compte rendu intégral des audiences publiques des 7, 8 et 9 février 1977 », *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme. Série B : Mémoires, Plaidoiries et Documents*, vol. 23, 1981, n° 2, p. 317. Le lendemain, à l'audience du 8 février 1977, l'Attorney-General du Royaume-Uni a déclaré devant la Cour que « [l]e Gouvernement du Royaume-Uni a réfléchi au problème du recours aux "cinq techniques" avec une extrême attention et en ayant notamment égard à l'article 3 (art. 3) de la Convention. Il prend à présent l'engagement inconditionnel qu'elles ne seront réintroduites en aucune circonstance pour aider aux interrogatoires », CEDH (plénière), *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, requête n° 5310/71, § 102 et § 153. Si la CEDH a formellement pris note de l'engagement britannique, elle n'a cependant pas considéré que le différend était devenu sans objet. V. également l'*Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, relatif à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental entre ces deux pays*, SA du 11 avril 2006, RSA, vol. XXVII, pp. 147-251, § 291, où le Tribunal se fonde sur les déclarations des agents des États pour appuyer leur obligation de négocier des mesures coordonnées pour la conservation et le développement des stocks de poissons passant d'une zone économique exclusive à l'autre.

veut atténuer les probabilités que son comportement soit vu comme risquant de causer un préjudice irréparable aux droits de l'État demandeur, il a tout intérêt à répondre explicitement aux préoccupations de ce dernier. Ce fut le cas dans l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (2009). La Belgique avait saisi la CIJ d'une demande en indication de mesures conservatoires afin que l'ancien Président tchadien H. Habré, poursuivi pour crimes de droit international, demeure sous le contrôle et la surveillance des autorités judiciaires du Sénégal en attendant qu'un arrêt au fond soit rendu. Or, dans son ordonnance, la Cour s'est appuyée sur l'affirmation du coagent belge précisant qu'une :

« déclaration solennelle faite par l'agent du Sénégal au nom de son gouvernement, et selon laquelle celui-ci ne permettrait pas à M. Habré de quitter le territoire sénégalais aussi longtemps que la Cour serait saisie de la présente affaire, pourrait suffire à la Belgique pour considérer que sa demande en indication de mesures conservatoires n'aurait plus d'objet »⁵⁴⁰.

C'est donc en constatant l'engagement solennel pris par le représentant sénégalais en cours d'audience, qui visait à répondre à la demande belge et à la question d'un juge, que la Cour a conclu qu'aucune urgence ne justifiait l'adoption de mesures conservatoires⁵⁴¹.

125. Les assurances diplomatiques délivrées en dehors des procédures juridictionnelles – Le témoignage de la pratique révèle également de nombreux cas de promesses ou renoncements formulés en dehors des prétoires en réponse à des sollicitations. L'affaire relative au *Statut juridique du Groënland oriental* (1933) constitue l'un des exemples les plus anciens et manifestes. À cette occasion, les juges étaient invités à se prononcer sur la valeur de la déclaration formulée par M. Ihlen, ministre des affaires étrangères du Gouvernement norvégien, à propos des prétentions danoises à l'égard de l'intégralité du territoire du Groënland. Or, en revenant sur le contenu de l'échange diplomatique s'étant tenu entre les deux parties, la Cour se focalisa largement sur la demande initiale. Elle conclut alors que :

« ce que le Danemark désirait obtenir de la Norvège, c'était qu'elle ne fit rien qui pût entraver les projets danois au regard de l'ensemble du Groënland. La déclaration que le

⁵⁴⁰ CIJ, ordonnance du 28 mai 2009, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires, Rec., p. 139, § 33 et § 69.

⁵⁴¹ La déclaration est ainsi formulée : « [L]e Sénégal ne permettra pas à M. Habré de quitter le Sénégal aussi longtemps que la présente affaire sera pendante devant la Cour. Le Sénégal n'a pas l'intention de permettre à M. Habré de quitter le territoire alors que cette affaire est pendante devant la Cour », *ibid.*, § 68. V. aussi TIDM, ordonnance du 8 octobre 2003, *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, mesures conservatoires, affaire n° 12, Rec. p. 10, §§ 76-81. Le Tribunal a pris acte des assurances qui visaient à répondre aux sollicitations de la Malaisie, bien que cela ne l'ait pas empêché d'enjoindre à Singapour de ne pas mener de travaux qui auraient pu porter un préjudice irréparable au demandeur ou causer des dommages graves au milieu marin.

ministre des Affaires étrangères fit le 22 juillet 1919, au nom du Gouvernement norvégien, fut nettement affirmative : « J'ai dit aujourd'hui au ministre de Danemark que le Gouvernement norvégien ne ferait pas de difficultés au règlement de cette affaire. » La Cour considère comme incontestable qu'*une telle réponse à une démarche du représentant diplomatique d'une Puissance étrangère*, faite par le ministre des Affaires étrangères au nom du Gouvernement, dans une affaire qui est de son ressort, lie le pays dont il est le ministre »⁵⁴².

L'affaire des *Essais nucléaires* (1974) peut également être relue sous cet angle. En rapportant les échanges diplomatiques entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande d'un côté et la France de l'autre, les arrêts font en effet état des demandes de cessation des essais adressées à cette dernière. Ainsi, dans une note du 3 janvier 1973, le Gouvernement australien a explicitement demandé au Gouvernement français « de s'abstenir de tous nouveaux essais nucléaires en atmosphère dans la région du Pacifique et de lui donner l'assurance formelle qu'il n'y sera procédé à aucun nouvel essai de ce genre ». De même, le Premier ministre de Nouvelle-Zélande déclarait dans une lettre adressée au Président de la République française en date du 4 mai 1973 que :

« [L]a France n'ayant pas accédé à notre demande de mettre un terme aux essais atmosphériques d'armes nucléaires dans le Pacifique Sud, et le Gouvernement français n'acceptant pas le point de vue néo-zélandais selon lequel ces essais sont illégaux, le Gouvernement néo-zélandais n'a pas d'autre choix que de soumettre à la Cour internationale de Justice le différend qui l'oppose à la France »⁵⁴³.

L'arrêt des essais en atmosphère fut donc sollicité par la voie diplomatique ; et même si les États demandeurs considéraient que les déclarations françaises ne constituaient pas des assurances suffisantes, elles ont néanmoins suffi à ce que la Cour juge qu'elles répondaient au contenu des sollicitations et, par conséquent, que le différend était devenu sans objet. Un autre exemple est encore fourni par l'assurance offerte par le Canada à l'Espagne dans le contexte de tensions liées à la pêche du flétan noir au large des côtes de Terre-Neuve. Les négociations menées par la Commission européenne avec le Canada aboutirent à ce que celui-ci accepte de ne pas appliquer sa législation extraterritoriale aux navires espagnols et portugais. Cependant, pour s'assurer du caractère obligatoire de l'engagement canadien, l'Espagne exigea qu'il soit réitéré explicitement par la voie d'une note verbale⁵⁴⁴.

⁵⁴² CPJI, *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*, préc., p. 71, nous soulignons.

⁵⁴³ CIJ, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, préc., § 26 et (*Nouvelle-Zélande c. France*), préc., § 26.

⁵⁴⁴ En réponse à une question posée par le groupe parlementaire socialiste espagnol le 15 novembre 1999, le Gouvernement de José María Aznar a indiqué qu'il avait requis du Canada un engagement distinct : « [*i*]o formalise this commitment in a way that is legally binding for Canada, Spain insists that it be reiterated by Canada by means of a Note Verbale from the Canadian embassy in Helsinki, capital of the Member State that currently holds the Presidency of the European Union, at the end of July. This note would not only ratify the content of the former letter from the Canadian Ambassador in brussels but would also clarify and definitely confirm the guarantees that Spain calls for so that the Spanish

Enfin, on peut encore évoquer les nombreux cas ressortissant au domaine de l'extradition. En la matière, deux catégories de pratique doivent être distinguées. D'une part, dans la lignée de l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* rendu par la CEDH le 7 juillet 1989 ou de la communication n° 829/1998 du 5 août 2003 du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Rodger Judge c. Canada*, de nombreux États refusent d'extrader une personne vers un État dans lequel elle risquerait d'être condamnée à mort⁵⁴⁵. Dans ce cas, l'État requis d'une demande d'extradition peut solliciter de l'État requérant une assurance de ne pas soumettre la personne concernée à la peine capitale. Pour ce qui concerne la France, le Conseil d'État, saisi d'une requête en annulation, a considéré que la décision d'extrader Mme Aylor vers les États-Unis d'Amérique ne pouvait être accordée « qu'à la condition que la partie requérante donne des assurances suffisantes que la peine de mort encourue ne soit pas prononcée ou ne sera pas exécutée ». Or, compte tenu de la nature fédérale de l'État américain, les juges ont prêté attention au fait que les autorités américaines avaient bien transmis aux autorités françaises l'engagement pris par le Procureur du comté de Dallas au nom de l'État du Texas selon lequel le Ministère public n'allait pas requérir la peine de mort⁵⁴⁶. D'autre part, la pratique est plus éclatée et complexe concernant l'extradition d'une personne vers des États où elles risqueraient d'être soumises à de la torture ou des traitements inhumains et dégradants. À cet égard, les États se satisfaisaient auparavant des assurances livrées par les États requérants. C'est toutefois moins le cas aujourd'hui, surtout pour les États membres du Conseil de l'Europe. La jurisprudence de la CEDH a en effet précisé les conditions dans lesquelles l'extradition pouvait être acceptée dans le respect des droits garantis par la Convention. S'agissant des assurances diplomatiques, elle a détaillé sa position dans l'arrêt *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* du 17 janvier 2012. Si celles-ci constituent « un facteur pertinent supplémentaire dont il faut tenir compte », les juges ont considéré que :

« les assurances ne sont pas en elles-mêmes suffisantes pour garantir une protection satisfaisante contre le risque de mauvais traitements : il faut absolument vérifier qu'elles prévoient, dans leur application pratique, une garantie suffisante que le requérant sera

ships fishing outside of the Canada's exclusive economic zone will not be subject to Canadian Law », déclaration reproduite dans la chronique dirigée par C. Jiménez Piernas, « Spanish Diplomatic and Parliamentary Practice in Public International Law, 1999, and 2000 », *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 7, 1999-2000, p. 107.

⁵⁴⁵ CEDH (plénière), 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, requête n° 14038/88 ; CDH, 5 août 2003, *Rodger Judge c. Canada*, communication n° 829/1998.

⁵⁴⁶ CE, ass., 15 octobre 1993, *Mme Aylor* ; *RFDA*, 1993, p. 1116, concl. C. Vigouroux ; *JDI*, 1994, p. 413, note J. Chappex ; *RFDA*, 1998, p. 878, note D. Ruzié. À l'inverse, dans un arrêt du 14 février 2012 relatif à l'extradition vers Hong-Kong d'un ressortissant paraguayen, la Cour de cassation a considéré que l'assurance de ne pas réextrader cette personne vers la Chine populaire où elle risquait la peine de mort, en tant qu'elle n'émanait pas d'un État souverain, était insuffisante, Cass. crim., 14 février 2012, n° 11-87679, publié au *Bulletin, Recueil Dalloz*, 2012, p. 931, note M. Benillouche.

protégé contre le risque de mauvais traitements. En outre, le poids à leur accorder dépend, dans chaque cas, des circonstances prévalant à l'époque »⁵⁴⁷.

La Cour évalue leur fiabilité en tenant compte, notamment, de leurs termes, de leurs caractères généraux ou précis, de leurs auteurs, de la probabilité que les autorités locales les respectent, de la législation de l'État d'accueil, du fait qu'elles émanent d'un État partie à la Convention ou non, de l'historique des relations entre l'État d'envoi et l'État d'accueil ou encore de la possibilité de vérifier objectivement leur respect⁵⁴⁸. On voit en conséquence, d'autant plus dans ces conditions, que la formulation d'assurances diplomatiques constitue une prétention à satisfaire une sollicitation préalable.

* *

Certains actes unilatéraux étatiques trouvent une cause exogène dans la satisfaction des intérêts des tiers qui les sollicitent (cause qui s'ajoute à l'intérêt propre de leurs auteurs). La pratique est particulièrement fournie lorsqu'il s'agit pour les tiers de requérir des autorisations ou la formulation d'assurances diplomatiques. Les hypothèses envisagées se rapprochent alors du modèle de l'accord sans pour autant se confondre avec lui. Les actes adoptés ne constituent en effet que des prétentions visant à répondre aux sollicitations reçues. Ces prétentions, en particulier pour ce qui concerne les assurances diplomatiques, peuvent très bien être considérées comme insuffisantes par leurs destinataires, comme on l'a vu dans l'affaire des *Essais nucléaires* (1974). Les tiers peuvent alors exiger qu'elles soient précisées, réitérées dans un contexte solennel ou juridictionnel ou encore inscrites dans un instrument formel. Leur valeur et leur portée juridiques dépendent ainsi en toute hypothèse du contexte et des interactions pertinentes entre les intéressés.

⁵⁴⁷ CEDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, requête n° 8139/09, § 187.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, § 189. La CEDH refuse ainsi de tenir compte des assurances livrées par certains États lorsque des sources fiables font état de pratiques manifestement contraires à la Convention. V. notamment CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume Uni*, 70/1995/576/662, §§ 80 et 105 ; CEDH, 24 avril 2008, *Ismoilov et autres c. Russie*, requête n° 2947/06, § 127 ; CEDH, 19 juin 2008, *Riabikine c. Russie*, requête n° 8320/04, § 119 ; CEDH, 28 février 2009, *Saadi c. Italie*, requête n° 37201/06, § 147 ; également, Amnesty International, « Accords dangereux : la confiance accordée par l'Europe aux « assurances diplomatiques » contre la torture », avril 2010, 31 p.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

126. Les causes exogènes des prétentions normatives unilatérales des États peuvent être classées selon qu'elles sont tournées vers le développement du droit international, vers son exécution ou vers la satisfaction des sollicitations émises par les tiers. Dans le premier cas, l'objectif de leurs auteurs consiste à peser sur les orientations données à l'évolution du droit international. Les États peuvent ainsi revendiquer un certain *leadership* et se positionner comme précurseurs d'une telle évolution. Cependant, dans cette situation, le rapport de force instauré n'est pas nécessairement en leur faveur. Ils peuvent même apparaître, au moins dans un premier temps, relativement isolés. En conséquence, ils tendent à mobiliser tous les arguments possibles, juridiques et politiques, en vue de rallier les tiers à leurs causes. À défaut, il leur est possible de recourir à des techniques plus autoritaires (impliquant parfois la menace de mesures coercitives dans les limites de la légalité internationale) en vue de faire évoluer les positions des tiers récalcitrants. Dans le deuxième cas, l'objectif affiché par les États est d'assurer l'effectivité du droit international tel qu'ils se le représentent. Ce type de comportement est le plus révélateur d'une politique de puissance. L'argument de l'intérêt général est mis en avant, et parfois instrumentalisé, pour permettre l'adoption de mesures coercitives en vue d'assurer le respect de régimes collectifs. Celles-ci révèlent cependant différentes prétentions, d'abord à l'égard de l'existence même d'une habilitation à agir en ce sens et, ensuite, vis-à-vis des conditions de sa mise en œuvre. Inversement, dans le dernier cas, les actes sollicités par les tiers apparaissent comme les plus désintéressés. Si l'intérêt n'est pas de réparer un tort éventuel, il peut simplement résider dans le fait d'entretenir de bonnes relations diplomatiques, de rappeler la prééminence du droit tout en attendant que les tiers concernés adoptent, le cas échéant, une attitude similaire en retour.

Il sied toutefois de rappeler que les causes exogènes se combinent, en réalité, aux causes endogènes évoquées précédemment. Si un État formule une prétention normative unilatérale, c'est aussi, et peut-être surtout, pour satisfaire ses intérêts propres. Les différentes justifications invoquées constituent ainsi autant d'arguments de légitimation de leurs actions en vue d'obtenir, *in fine*, le ralliement des tiers à leurs positions.

CONCLUSION DU TITRE 1

127. Les causes subjectives, politico-normatives, constituent le moteur de l'action unilatérale des États dans les relations internationales. Selon leurs motivations et le contenu du droit en vigueur, les États agissent unilatéralement dans l'objectif de faire coïncider les sphères du droit et de leurs intérêts, et ce en assumant les rapports de force plus ou moins importants susceptibles d'en découler. Ainsi, parce qu'elles leur permettent de peser sur la définition et l'évolution du droit international, les prétentions normatives unilatérales des États constituent un outil essentiel de leurs politiques juridiques extérieures. À cet égard, la typologie des causes subjectives proposées, selon leur caractère endogène ou exogène, permet de comprendre les multiples intérêts et jeux de pouvoir qui découlent des actes unilatéraux étatiques comportant de telles prétentions. Ces dernières révèlent une lutte pour le droit et au sein du droit dont l'issue est nettement dépendante de l'influence de leurs auteurs. Dans ce contexte, les marges d'appréciation laissées par le droit international constituent autant de ressources que les États peuvent exploiter pour satisfaire leurs intérêts. Pour autant, les marges évoquées déterminent également les limites de ce que les États ont le pouvoir de réaliser en agissant unilatéralement. Or, c'est uniquement dans ce cadre que leurs prétentions peuvent réaliser certains effets sur les rapports de droit.

TITRE 2

L'ENCADREMENT : MARGES D'APPRECIATION ET CONTRAINTES DANS LA FORMULATION DE PRETENTIONS NORMATIVES

128. Il ne suffit pas que les États aient l'intention de formuler des prétentions normatives pour que leurs comportements se voient attribuer cette qualité. Afin de donner naissance à un acte juridique véhiculant une prétention, les États doivent agir dans le cadre des habilitations régissant leurs pouvoirs. Le rapport entre les prétentions normatives unilatérales des États et leurs fondements soulève différents enjeux. D'une part, le fait que les États prétendent agir sur la base des habilitations que le droit international leur reconnaît constitue une condition d'existence de leurs prétentions normatives en tant qu'actes juridiques. Autrement dit, c'est parce qu'elles ont l'apparence d'actes à tout le moins non manifestement (ir)réguliers qu'elles s'en trouvent aptes à générer un effet autonome de sommation appelant les tiers à réagir⁵⁴⁹. D'autre part, l'analyse des fondements des actes étatiques permet de mettre en lumière les marges d'appréciation et contraintes dans le cadre desquelles leurs auteurs agissent et qui font précisément l'objet de leurs prétentions, soit interprétatives (dans le cadre de marges d'appréciation), soit modificatives (en cas de remise en cause de contraintes déterminées).

La représentation des éléments caractéristiques des prétentions normatives *stricto sensu* s'inscrit dans le cadre plus général de l'analyse du régime juridique des actes unilatéraux étatiques. Or, à cet égard, les travaux de la CDI et d'une grande partie de la doctrine reposent sur une séparation assez artificielle entre les régimes des actes dits non encadrés ou autonomes, pris sur le fondement d'une liberté souveraine, et des actes dits encadrés fondés sur des règles conventionnelles ou coutumières spécifiques. Pourtant, le régime général, coutumier, des actes unilatéraux et les régimes spéciaux s'appliquent souvent de manière simultanée, le premier intervenant de façon subsidiaire lorsque les conditions posées par les seconds ne sont pas parfaitement déterminées. Par ailleurs, l'objet de ce travail est de mettre en lumière le fait que, quel que soit leurs fondements, les prétentions normatives étatiques

⁵⁴⁹ Ce point fera l'objet des développements ultérieurs, dans le cadre de l'analyse des conditions d'opposabilité et des effets autonomes des prétentions normatives étatiques, v. *infra*, §§ 281 et s.

stricto sensu relèvent d'un régime unique : elles sont présumées opposables mais potentiellement contestables, si bien que les tiers s'en voient sommés de réagir. En conséquence, il semble utile de proposer une systématisation globale des fondements des actes unilatéraux des États au moyen du concept de norme d'habilitation. À ce titre, le concept présente en effet un intérêt heuristique. En premier lieu, il permet de décloisonner des analyses trop souvent sectorielles des actes unilatéraux des États (soit, on l'a dit, en raison de présupposés théoriques, soit du fait d'une sélection des domaines du droit international et des intérêts scientifiques privilégiés par les auteurs). En second lieu, le concept offre une représentation unique et cohérente des règles régissant les pouvoirs des États : selon les différents éléments qui les caractérisent, ces règles s'étalent le long d'un *continuum* allant de la plus grande détermination, dans le cas de régimes spécifiques, à la liberté de principe limitée simplement par des règles extrinsèques à celle-ci. Or, les situations les plus fréquemment rencontrées en pratique se trouvent dans des zones intermédiaires situées entre les pôles de la détermination et de l'indétermination quasi totales des habilitations internationales. Enfin, divers intérêts pratiques s'ajoutent à ces considérations théoriques. Pareille représentation permet d'opérer une distinction claire entre deux questions distinctes. D'un côté, celle de savoir si un État est compétent pour réaliser telle ou telle action entraînant des effets à l'égard de ses pairs, de personnes privées ou de toute situation concrète. En la matière, le concept de norme d'habilitation éclaire la problématique de l'articulation des compétences des États entre eux et même des compétences des États vis-à-vis de celles d'autres acteurs comme les organisations internationales, qui sont passibles d'une représentation théorique similaire. D'un autre côté, l'analyse de l'encadrement des prétentions normatives étatiques permet de mieux identifier leur objet, considérant que c'est relativement à cet objet que les tiers intéressés seront appelés à réagir.

La démarche proposée implique donc une présentation des différentes caractéristiques du concept de norme d'habilitation. Elles seront préalablement détaillées dans l'objectif d'opérer ensuite un découpage des éléments constitutifs des règles qui fondent les prétentions normatives unilatérales des États et sont en même temps susceptibles d'en former l'objet. À cette fin, une méthode classique mais affinée consiste à évoquer, d'abord, toutes les conditions procédurales relatives à l'acteur et à l'action (**Chapitre 1**) et, ensuite, les conditions de fond

relatives au champ d'application et au champ des effets des règles d'habilitation (**Chapitre 2**)⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ Cela peut ainsi rappeler, par ex., la systématisation du régime des actes juridiques internationaux proposée par P. Reuter, « Principes de droit international public », *op. cit.*, p. 536 : « [t]out acte juridique pour être valable doit répondre à une double série de conditions : en premier lieu celles qui concernent le respect des règles relatives à la formation de la volonté et à l'imputation de l'acte à un sujet de droit, en second lieu celles qui lient au fond l'auteur de l'acte ».

CHAPITRE 1

LES CONDITIONS RELATIVES A L'ACTEUR ET A L'ACTION

129. Après une présentation préalable du concept de norme d'habilitation et de ses différentes caractéristiques (**Section préliminaire**), les conditions procédurales d'adoption des actes unilatéraux des États dans l'ordre international seront déterminées. À cet égard, tout l'enjeu pour leurs auteurs réside dans le fait que les tiers soient amenés à reconnaître qu'ils ont objectivement souhaité faire usage d'une certaine procédure à laquelle est attribuée la signification de donner naissance à de tels actes et, *a fortiori*, à d'éventuelles prétentions normatives que les règles d'habilitation permettent ou dont elles font l'objet. Par conséquent, en tant qu'elles constituent des conditions essentielles de formation et d'existence objective d'un acte juridique apte à véhiculer une prétention, les conditions relatives à l'acteur et à l'action doivent être respectées. Elles sont certes susceptibles, selon les cas, de faire l'objet de prétentions interprétatives. Cependant, si un État cherche à les modifier ou les contourner, son acte échoue à naître et, *a fortiori*, à générer une prétention normative *stricto sensu* dont peut découler un effet de sommation. Ce n'est qu'en tant que prétention *largo sensu* que le comportement étatique ne respectant pas les conditions décrites pourrait faire l'objet d'une acceptation expresse débouchant sur un accord, sortant ainsi du processus représenté dans cette étude.

Dans certains cas, des règles conventionnelles ou coutumières spécifiques prévoient assez précisément les conditions qui régissent l'attribution de la valeur d'un acte à certains comportements. Dans d'autres, si les États agissent dans le cadre d'une liberté dont les champs sont indéterminés, cela n'implique pas pour autant que leurs actes interviennent dans le vide juridique ou en l'absence de toute condition relative à leur formation. En pratique, il faut bien parvenir à considérer que l'auteur d'un acte est un État et que l'action réalisée par une certaine personne lui est rattachable et peut effectivement se voir attribuer la valeur envisagée. Ces conditions ressortissent au régime général des actes unilatéraux étatiques, qui intervient de manière subsidiaire chaque fois que les éléments d'une règle spéciale demeurent totalement

ou partiellement indéterminés. Ainsi, pour chacune des conditions évoquées, il est possible de voir comment les différents régimes identifiés s'articulent.

La première condition étudiée a trait à l'identification de l'acteur, autrement dit au fait de déterminer la qualité d'État compétent pour adopter un acte juridique donné dont il peut découler une prétention normative (**Section 1**). La seconde condition consiste à identifier la ou les actions qui permettent à l'État de manifester concrètement le pouvoir d'adopter un certain type d'acte (**Section 2**).

Section préliminaire – Les pouvoirs des États analysés au prisme du concept de norme d'habilitation

130. Toute habilitation détermine avec plus ou moins de précision les conditions relatives à son usage et, dès lors, à l'existence et la validité des actes susceptibles d'être adoptés sur son fondement. En conséquence, la définition du concept (§1) permet de mieux cerner les différents degrés d'encadrement du pouvoir des États dans l'ordre international (§2). L'intérêt scientifique de la notion d'habilitation réside alors dans la possibilité d'évaluer plus aisément les marges d'appréciation dont ils disposent ou les éléments de contrainte auxquels ils sont soumis dans le cadre de l'adoption d'actes juridiques unilatéraux susceptibles d'emporter les effets attribués à des prétentions normatives.

§1. Définition et caractéristiques des normes d'habilitation

131. *Exposé des deux conceptions traditionnelles du pouvoir des États et du domaine de leurs compétences* – La compétence est généralement définie comme la qualité d'un sujet, ou son aptitude, à exercer un pouvoir dans une situation définie⁵⁵¹. Elle constitue « un titre de pouvoir, tandis que le pouvoir est l'attribution ou la somme d'attributions autorisées par le droit de la compétence »⁵⁵². Le pouvoir dont il est question est celui d'agir dans l'ordre du droit par l'adoption d'actes juridiques. Quant à la nature de ces derniers et aux situations dans lesquelles ils peuvent intervenir, ce sont des règles de compétence qui les définissent. Pour reprendre les mots de C. Eisenmann, une règle de compétence « habilite un

⁵⁵¹ Sur cette définition, v. not. P. Théry, « Compétence », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 251 ; G. Cahin, « Rapport » sur les notions, in SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, op. cit., spéc. pp. 25-26 ; dans le même ouvrage, F. Poirat, « Rapport » sur l'exercice des compétences, spéc. pp. 205-207 et J. Combacau, « Conclusions générales », spéc. pp. 305-306.

⁵⁵² O. Beaud, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 169.

certain sujet à faire valablement un certain acte »⁵⁵³. Elle est la condition nécessaire et suffisante d'une telle aptitude au sens où elle est la cause de la réussite d'un acte, c'est-à-dire de son efficacité dans les relations qui lient son auteur à tous les autres sujets qui en admettent également l'existence. En cela, on peut dire d'une juridiction qu'elle dispose du pouvoir de juger. Cependant, elle ne peut l'exercer que dans le champ défini par les règles de compétence qui la concernent (potentiellement fondées sur différents types des critères territoriaux, matériels, personnels, *etc.*). De même, aux termes de l'article 24 de la Constitution de 1958, le Parlement français « vote la loi ». Toutefois, il ne peut accomplir valablement cette tâche que dans les domaines déterminés par l'article 34. Dans cet exemple, un même texte institue l'organe (le Parlement), lui octroie un pouvoir (législatif) et détermine le champ de ses compétences d'attribution, ce qui a pour conséquence, par opposition à une compétence générale, que ce qui n'y apparaît pas ne relève pas en principe de la compétence de cet organe.

Les problématiques attachées à la source du pouvoir des États et du mode d'encadrement de leurs compétences se posent en des termes plus complexes en droit international dans la mesure où elles dépendent d'un débat sur la « nature » propre de celui-ci. En la matière, deux conceptions traditionnelles s'affrontent, fondées l'une et l'autre sur des prémisses opposées : soit l'individualité de l'État souverain (conception atomiste), soit les intérêts inhérents à l'existence d'une Communauté internationale (conception communautaire)⁵⁵⁴. Selon la première, chaque État tire de son statut de souverain – lui-même découlant d'une simple reconnaissance mutuelle originaire – des pouvoirs illimités dans la mesure de ceux reconnus aux autres. Le droit apparaît dans ce cas, *a posteriori*, comme le produit de sa libre volonté, pour en délimiter éventuellement les champs d'exercice. Les règles de compétence de l'État seraient alors purement limitatives, ayant pour fonction de réduire une liberté de principe. Selon la seconde conception, le droit international et avec lui les intérêts de la Communauté sont présentés comme supérieurs aux États, seule manière d'éviter l'anarchie. Les pouvoirs des États leur seraient dans ce cas attribués en même temps que le champ de leurs compétences est délimité. Toute action de leur part ne serait valable qu'en vertu d'un titre juridique exprès ; tout cela afin d'assurer la conciliation entre leur liberté respective et les besoins découlant de la vie en société.

⁵⁵³ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, t. 2, p. 239.

⁵⁵⁴ Pour une présentation des deux approches, v. par ex. R. Kolb, *Théorie du droit international*, *op. cit.*, pp. 315-317 et plus généralement toute la partie consacrée à « La règle résiduelle de liberté ou la règle de liberté résiduelle en droit international (« tout ce qui n'est pas interdit est permis ») », pp. 315-342.

La première conception fut largement favorisée par l'arrêt rendu par la CPJI dans l'affaire du *Lotus* (1927). La Cour devait déterminer si la Turquie pouvait étendre l'application de son droit pénal à des faits déroulés en haute mer, dans la mesure où certains de ses ressortissants y trouvèrent la mort à la suite d'un abordage, ou au contraire céder face à la compétence exclusive de l'État du pavillon, en l'occurrence la France. Les débats opposèrent les deux conceptions évoquées : la France exigeait de la Turquie qu'elle produise un titre de compétence, tandis que cette dernière se fondait simplement sur l'absence d'une règle prohibitive l'empêchant d'exercer librement son pouvoir souverain. Avec la voix prépondérante de son Président Max Huber, la Cour préféra cette seconde solution et en profita pour livrer une certaine vision (non partagée par tous ses membres) des rapports interétatiques :

« [l]oin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse à cet égard une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables (...). Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans la souveraineté »⁵⁵⁵.

L'extrait a encouragé les conceptions doctrinales les plus agressives de la souveraineté, fondées sur l'idée d'une concurrence universelle des compétences étatiques et se résumant par l'image d'une règle résiduelle du type « tout ce qui n'est pas interdit est permis ». Le temps et la pratique y ont néanmoins apporté divers tempéraments. L'État ne peut pas tout au prétexte de sa souveraineté, loin s'en faut. Premièrement, la souveraineté n'est pas inconditionnée comme la liberté n'est pas absolue ni synonyme d'anarchie. Faut-il rappeler que l'État n'est pas seul, que son statut découle d'une relation déterminée par la reconnaissance mutuelle de ses pairs, que son pouvoir est soumis à une exigence de coexistence avec celui également admis pour les autres et, qu'à ce titre, les États entretiennent éventuellement des différends dont l'objet est justement de déterminer la compétence ou l'incompétence des uns et des autres⁵⁵⁶ ? La souveraineté encadre ainsi le pouvoir de l'État en même temps qu'elle en constitue le fondement. Deuxièmement, la règle de liberté consacrée vaut essentiellement sur le territoire de l'État. C'est là que joue une présomption de compétence générale et exclusive, non pas vers l'extérieur où le droit prohibitif (ou l'absence d'habilitation) est fort développé.

⁵⁵⁵ CPJI, *Affaire du Lotus (Turquie/France)*, préc., p. 19.

⁵⁵⁶ V. par ex. G. Cahin, « Rapport » sur les notions, in SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, op. cit., p. 19 ; dans le même ouvrage E. Lagrange, « Rapport » sur les titres de compétences, p. 105.

« De quel droit » l'État pourrait-il régir la pêche au thon dans un océan situé à mille lieues de son territoire, le passage de certaines catégories de navires ou encore l'activité des personnes, la circulation de certains biens ou engins là-bas, dans l'espace extra-atmosphérique ou simplement sur le territoire d'un autre État ? Aux premiers cas s'opposent les principes coutumiers de liberté des espaces soumis à la juridiction d'aucun État, au dernier la souveraineté protectrice de l'indépendance des États sur leur territoire. On le voit, c'est bien d'un titre juridique dont il doit se prévaloir s'il entend que son acte puisse obtenir une quelconque efficacité dans les relations qu'il entretient avec ses pairs⁵⁵⁷. Or, qu'un tel titre lui ait été attribué ou simplement reconnu, c'est une règle de compétence qui en détermine le contenu. Ce n'est donc pas préjuger de la nature du droit international que de décrire ces règles à l'aide du concept de normes d'habilitation, afin d'en décortiquer les aspects et identifier les champs de liberté ou les contraintes, plus ou moins importants, dans le cadre desquels les États disposent du pouvoir d'agir. En ce sens, telle ou telle habilitation n'est pour l'État que la condition de l'efficacité d'un acte juridique, sans être nécessairement la source de son pouvoir.

132. Intérêts et caractéristiques du concept de norme d'habilitation – Comme on l'a déjà expliqué, pour générer un certain effet, les actes juridiques comme les actes de langage dépendent de la « signification conventionnelle » accordée par les acteurs concernés ou interlocuteurs à un certain énoncé. En droit, ces significations reposent en grande partie sur des normes d'habilitation. On envisage ainsi comme synonymes les expressions « règles de compétence » et « règles (ou normes) d'habilitation ». La première a été largement préférée par la doctrine internationaliste francophone, influencée par celle des publicistes, dès la première moitié du 20^{ème} siècle⁵⁵⁸. La seconde fut théorisée plus tardivement et approfondie, on l'a vu, avec la thèse de G. Tusseau. Cette synonymie ne préjuge pas cependant de la nature

⁵⁵⁷ Après un recensement détaillé de la doctrine, c'est le sens du raisonnement final proposé par R. Kolb sur la portée de la règle résiduelle de liberté en droit international, *Théorie du droit international, op. cit.*, p. 342. V. également A. Pellet, « Lotus que de sottises on profère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puisseux*, Paris, Pedone, 2008, p. 221, où cherchant à atténuer la signification trop volontariste accordée au *dictum* de la CPJI, l'auteur conclut de la façon suivante : « [a]insi conçue, la théorie des compétences signifie que l'État, tout souverain qu'il soit, ne tire sa faculté d'agir au plan international que du droit international et que, pour agir, il doit pouvoir se prévaloir d'un titre – c'est-à-dire d'une habilitation résultant de celui-ci ». Sur la question des titres traditionnels de compétence, v. *infra*, §§ 181 et s.

⁵⁵⁸ On cite généralement C. Rousseau, « L'aménagement des compétences en droit international », *RGDIP*, vol. 57, 1930, pp. 420-460 ; du même auteur, *Traité de droit international, t. 3. Les compétences*, Paris, Sirey, 1977, xvi-635 p. ; G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1933, spéc. pp. 363-420 ; J. Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 58, 1936, spéc. pp. 591-613.

« habilitative » du droit international, comme d'ailleurs en philosophie du langage la reconnaissance des significations conventionnelles n'implique pas la négation d'un pouvoir *a priori* inconditionné des individus de prétendre octroyer à leurs énoncés telle ou telle valeur non explicitement interdite.

Le concept de norme d'habilitation a plusieurs intérêts. D'abord, une règle d'habilitation est envisagée comme la condition nécessaire et suffisante pour la naissance d'un acte juridique⁵⁵⁹. Le concept est en mesure de rendre compte de toutes les productions d'actes au moins présumés valides. Ensuite, il dispose d'un fort pouvoir discriminant. Parler d'habilitation ne revient pas à évoquer un pouvoir factuel mais bien un pouvoir juridique, canalisé dans un certain ordre par une règle permettant à un acteur d'adopter valablement un acte juridique. De même, on ne se réfère pas à une simple permission, comme cela a déjà pu être exposé dans un autre contexte⁵⁶⁰. Enfin et surtout, l'identification des caractéristiques des règles d'habilitation permet d'appréhender les différents champs qu'elles réglementent et la variation de leur degré de détermination respectif.

La structure d'une règle d'habilitation se compose de quatre éléments indispensables permettant d'identifier un acteur, une action, un champ d'application et un champ de réglementation⁵⁶¹. L'identification de *l'acteur* est, en premier lieu, l'aspect minimal de toute règle d'habilitation. Il s'agit du titulaire de la compétence, destinataire de la norme d'habilitation, dont le comportement aura pour signification qu'un acte est produit⁵⁶². La règle peut alors viser un ou plusieurs acteurs (par exemple, pour l'adoption d'un traité, il faut au moins deux États) ; ou encore avoir un caractère général (tous les États peuvent conclure des traités) ou particulier (seul l'État de nationalité d'une personne peut exercer à l'égard de celle-ci la protection diplomatique).

En second lieu, une norme d'habilitation prévoit *l'action* qui aura pour résultat la production d'un acte. Comme le souligne G. Tusseau, pareille norme « doit nécessairement se référer aux actes empiriques par lesquels une compétence peut être mise en œuvre, c'est-à-dire à la procédure à laquelle elle confère une signification spécifique »⁵⁶³. L'auteur précise néanmoins que « [t]oute disposition juridique implique un nombre variable de références et de renvois implicites à d'autres dispositions ». Autrement dit, toute la procédure n'est pas à

⁵⁵⁹ G. Tusseau, *Les normes d'habilitation, op. cit.*, p. 307.

⁵⁶⁰ V. *supra*, § 43.

⁵⁶¹ G. Tusseau, *Les normes d'habilitation, op. cit.*, p. 306.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 293.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 296.

chaque fois prévue ni rappelée dans chaque règle de cette nature : « [i]l est donc toujours nécessaire de reconstruire et rassembler des dispositions, selon le problème à traiter »⁵⁶⁴. Les conditions relatives à l'action peuvent varier mais elles sont susceptibles de porter, en particulier, sur sa consistance matérielle (exiger un instrument précis, qu'un consentement soit exprès ou, au contraire, admettre qu'il puisse être tacite) ou de l'encadrer par exemple dans certaines conditions de temps et de lieu.

En troisième lieu, le *champ d'application* a trait aux différents types d'activités, de situations, de phénomènes à l'égard desquels une norme d'habilitation permet l'adoption d'actes juridiques. Il peut s'agir, potentiellement, de tout « secteur de la réalité considéré comme un ensemble spécifique et distinct », par exemple un territoire, une période de temps, une catégorie d'individus ou de biens, *etc.*, selon l'intérêt qu'y trouve l'auteur de la règle d'habilitation⁵⁶⁵. C'est ainsi par la détermination ou l'indétermination volontaire du champ d'application qu'il peut être décidé d'accorder à un acteur une compétence générale ou une compétence d'attribution.

En quatrième lieu, le *champ de réglementation* correspond, selon G. Tusseau, aux types de significations normatives susceptibles d'être produites par un acteur habilité : une obligation, une interdiction, une permission, *etc.*⁵⁶⁶. Cependant – c'est la seule adaptation du concept que l'on s'autorisera – l'auteur ne voit dans son référentiel que la possibilité de produire des normes, ce qui n'est pas le cas dans le cadre de la théorie des actes juridiques préférée depuis le seuil de cette étude⁵⁶⁷. Un acte juridique peut effectivement avoir pour objet de créer une norme ou de participer à sa création. Mais il peut également avoir pour objet de faire naître la condition qui déclenchera l'application du contenu de normes préexistantes afin de générer l'effet prescrit par celles-ci ; il s'agit alors d'actes-conditions. Selon une telle perspective, le champ de réglementation n'est pas le type de norme qui peut être créée mais le type d'acte juridique pouvant être adopté, ou plus précisément le type d'effet susceptible d'être emporté par celui-ci. Il conviendrait dès lors plus logiquement et plus généralement de se référer au *champ des effets* prescrits par une règle d'habilitation. Ce champ des effets a par ailleurs la particularité de constituer un critère d'identification du type d'acte juridique que la règle d'habilitation permet (délimiter un territoire, attribuer la nationalité d'un État, *etc.*). Il est dès lors difficilement modifiable pour l'État auteur de l'acte car cela reviendrait à prétendre

⁵⁶⁴ *Ibid.*, pp. 296-297, pour les deux citations.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, pp. 299-300.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 300.

⁵⁶⁷ V. *supra*, § 45.

adopter un autre type d'acte juridique que celui prévu par la règle et donc à ne pas se fonder sur elle. Par exemple, un État ne peut prétendre avoir attribué sa nationalité par le biais d'un acte qui visait à reconnaître à un individu la qualité de réfugié. Ainsi, soit le champ des effets est déterminé par la règle d'habilitation, soit il est libre et simplement limité par des règles qui sont extrinsèques à la règle d'habilitation.

Les quatre éléments décrits sont intrinsèques à toute norme d'habilitation. Cela dit, au-delà de ceux-ci et plus généralement au-delà des règles d'habilitation considérées pour ce qu'elles sont, rien n'empêche d'autres normes de dicter leur emploi à un certain acteur. Toutefois, il s'agit dans ce cas d'éléments extrinsèques aux normes d'habilitation bien qu'ils portent directement sur leur usage⁵⁶⁸. À cet égard, le principe le plus souvent constaté en pratique est celui de la libre utilisation des habilitations. Par exemple, les États disposent du pouvoir de contracter des obligations nouvelles (par l'adoption de traités ou de promesses, notamment) mais ils ne le font que s'ils souhaitent effectivement faire usage de cette faculté. En revanche, même si cela est plus rare, il peut aussi exister des normes prescrivant l'emploi d'un certain type d'habilitation lorsque certaines conditions sont réunies. Le domaine du droit international pénal en regorge, par exemple en matière de lutte contre le terrorisme, où de nombreux traités imposent aux États d'établir leur compétence pour réprimer les faits conventionnellement définis. Par ailleurs, de manière générale, ces textes obligent ceux qui détiennent sur leur territoire des individus suspectés d'avoir commis ces faits de les juger ou de les extraditer (*aut dedere, aut judicare*).

133. Illustrations – Si l'on reprend l'ensemble des éléments présentés, il devient alors possible de décomposer avec précision toute règle de compétence. La remarque vaut dans tout système d'attribution de valeurs aux comportements des acteurs en présence. Aux échecs, par exemple, un coup peut se décomposer de la façon suivante : c'est au tour du joueur qui contrôle les pièces blanches de jouer (identification de *l'acteur*) ; il peut déplacer une certaine pièce blanche sur certaines cases en fonction de la qualité de cette pièce et éventuellement prendre une pièce noire (*l'action*) ; son fou peut se déplacer en diagonale (*champ d'application* valant pour le fou) ; son fou peut prendre le roi noir, ce qui permet de remporter la partie (*champ des effets* prescrits pour ce type d'acte). Il faut ajouter à cela une règle, extrinsèque à l'habilitation, qui consiste en l'obligation pour chaque joueur de jouer (ou en l'impossibilité de passer son tour) afin que la partie puisse suivre son cours jusqu'à son terme. Une démarche

⁵⁶⁸ Sur les normes prescrivant l'emploi d'habilitations comme critères extrinsèques à celles-ci, v. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, pp. 347-356.

identique est possible pour toute règle attribuant une certaine compétence aux États dans les rapports internationaux. Ceux-ci peuvent par exemple adopter des déclarations de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice. Cette faculté (au sens où il ne s'agit pas d'une obligation, contrairement à l'exemple précédent, de faire usage de cette habilitation) est réglementée par l'article 36 de son Statut. À cet égard, les *acteurs* concernés sont « les États parties au présent statut » (article 36, § 2). Leurs *actions* consistent en la formulation de déclarations « remises au Secrétaire général des Nations Unies, qui en transmettra une copie aux parties au présent Statut ainsi qu'au Greffier de la Cour » (article 36, § 4) ; elles peuvent être émises « à n'importe quel moment » (article 36, § 2). S'agissant du *champ d'application*, l'article 36, § 2 prévoit dans un premier temps certaines limites générales à la compétence de la Cour, qui peut être reconnue « à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation » et « sur tous les différends d'ordre juridique » énumérés. Le paragraphe 3 précise dans un second temps que, dans ce cadre général, les États disposent d'une liberté quant au contenu de leurs déclarations dans la mesure où elles peuvent être formulées « purement et simplement ou sous condition de réciprocité de la part de plusieurs ou de certains États, ou pour un délai déterminé ». Enfin, le *champ des effets* de l'acte consiste simplement à « reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale (...) la juridiction de la Cour » (article 36, § 2). En définitive, la décomposition des règles d'habilitation permet de voir quels en sont les éléments plus ou moins déterminés et d'identifier quelles sont les marges d'appréciation dont les États disposent.

§2. Les degrés variables de détermination des normes d'habilitation

134. *Relativisation de l'opposition classique entre l'exercice d'un pouvoir souverain inconditionné et l'adoption d'actes unilatéraux encadrés* – La doctrine ayant promu la conception stricte des actes unilatéraux « autonomes » a logiquement poussé au rejet des actes adoptés sur le fondement du droit conventionnel ou coutumier dans la mesure où leurs effets n'étaient pas le pur résultat d'une unique volonté. Reprise par le rapporteur spécial de la CDI, une telle approche aboutit à la négation dans ses travaux de toute problématique ou effort de conceptualisation ayant trait de près ou de loin à l'exercice des compétences des États. C'est en effet une séparation étanche entre deux catégories d'actes qui fut instaurée. On la retrouve exposée très clairement dans le rapport annuel de 2006 pour expliquer l'orientation donnée aux principes directeurs :

« certains actes unilatéraux sont adoptés dans le cadre et sur le fondement d'une habilitation expresse du droit international, alors que d'autres le sont dans l'exercice de la liberté des États d'agir sur le plan international ; conformément aux décisions antérieures de la Commission, seuls ces derniers ont fait l'objet d'un examen par la Commission et son Rapporteur spécial »⁵⁶⁹.

Cependant, une telle opposition ne paraît pas justifiée du point de vue de la théorie des actes juridiques. On l'a vu, la valeur d'un acte ayant par définition vocation à déployer certains effets dépend d'une règle d'habilitation. Les deux catégories identifiées ne fonctionnent pas différemment l'une de l'autre. En réalité, la CDI ne fait qu'opposer deux sources de pouvoir aux contenus variés, un régime général d'un côté (et encore limité aux déclarations visant la formulation d'obligations pour leurs auteurs selon la formule consacré au Principe 1) et des régimes spéciaux de l'autre, déterminés par le droit coutumier ou conventionnel. On comprend dès lors qu'à toute fin pratique, les travaux de la Commission aient pu se limiter aux premiers seulement, tant les seconds couvrent de vastes étendues du droit international. Cependant, la justification avancée a instillé une certaine incohérence dans la théorie des actes unilatéraux. La CDI aurait plutôt dû raisonner sur un régime général « sans préjudice des régimes spéciaux existants ou à venir » plutôt que de se fonder sur une distinction de nature entre les actes « autonomes » et les autres.

Le concept de norme d'habilitation permet donc de décroiser l'analyse des deux catégories d'actes dont les effets découlent simplement de règles aux contenus plus ou moins (in)déterminés. En ce sens, l'exercice d'une liberté souveraine et l'adoption d'actes unilatéraux encadrés représentent les deux extrêmes d'un même *continuum*, ou les deux pôles « indétermination / détermination » relatifs à l'exercice des pouvoirs de l'État dans l'ordre international. Selon le premier modèle, le contenu d'un acte est libre au sens où son champ d'application et celui des effets prévus par l'habilitation sont relativement indéterminés. L'État peut par exemple adopter une promesse dans un domaine qui n'est pour lui pas réglementé (comme s'engager à ne pas soumettre une personne extradée vers son territoire à la peine de mort). Dans cette hypothèse, le champ d'application est libre dès lors que la promesse ne se heurte pas à une règle contraire. Le champ des effets prescrits par l'habilitation, quant à lui, permet à l'État de s'engager librement (à l'inverse, il ne peut faire peser sur aucun tiers une obligation sans son consentement ; il ne dispose d'aucune habilitation de principe en ce sens). Dans la même veine, on dit de l'État qu'il dispose sur son territoire d'une liberté pleine et

⁵⁶⁹ « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session (1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006) », p. 169, § 174. La note 870 évoque à titre d'exemples les lois fixant la largeur de la mer territoriale ou les réserves aux traités.

exclusive. Dans ce cas, la règle lui permettant d'exercer son pouvoir est constituée d'un champ d'application déterminé par un critère territorial et un champ inconditionné d'effets admissibles (dont l'une des premières illustrations est la liberté de choisir son organisation politique). L'État dispose à ce titre d'une compétence générale de principe, sous réserve du respect du droit international qui agit comme limite et dont les pressions s'accroissent au fil de sa densification. Inversement, selon le second modèle correspondant au pôle de la détermination complète, l'adoption et/ou le contenu d'un acte adopté par l'État lui sont imposés. L'exemple topique de l'acte obligatoire (à la fois pour son adoption et son contenu) est la notification lorsqu'elle est requise par une règle conventionnelle ou coutumière ou encore l'extradition lorsqu'elle est exigée par un tiers sur le fondement d'un traité. Or, entre les deux extrêmes présentés ici, d'importantes variations sont possibles consistant soit à resserrer ou libérer les différents champs caractéristiques des règles d'habilitation, soit à prescrire plus ou moins nettement l'emploi d'une habilitation par une norme extrinsèque à celle-ci.

135. Affinement des distinctions entre pouvoir discrétionnaire, dirigé ou lié – Selon une approche classique inspirée des publicistes francophones, certains auteurs distinguent entre trois modèles-types d'encadrement du pouvoir de l'État dans l'ordre international⁵⁷⁰. Le premier permet de décrire les cas révélant un niveau de détermination faible. On dit alors que l'État dispose d'un *pouvoir discrétionnaire* dans la mesure où les motifs comme le contenu de son action sont laissés à sa propre appréciation⁵⁷¹. Il dispose en ce sens d'une large liberté, soit parce qu'elle lui est explicitement octroyée ou reconnue par une règle conventionnelle ou coutumière, soit parce qu'elle lui est accordée par défaut dans la mesure où il agit dans un domaine non réglementé (hypothèse de la liberté originaire attachée à la souveraineté)⁵⁷². La

⁵⁷⁰ Sur la distinction entre pouvoir discrétionnaire, dirigé et lié, v. C. Santulli, *Introduction au droit international*, *op. cit.*, pp. 119-121. D'autres auteurs utilisent des terminologies différentes pour des descriptions empiriquement équivalentes. R. Rivier distingue ainsi « l'absence d'encadrement », « l'encadrement partiel » et « l'encadrement complet » des actes unilatéraux par le droit international, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 198-200. F. Poirat, quant à elle, a utilisé les expressions de « liberté » de l'État, « détermination partielle » et « détermination totale », v. « Rapport » sur l'exercice des compétences, in SFDI, *Les compétences de l'État en droit international. Colloque de Rennes*, *op. cit.*, pp. 217-218. V. également les distinctions opérées par C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, t. 2, pp. 260-270.

⁵⁷¹ J. Basdevant (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, *op. cit.*, p. 134. V. aussi G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 342 et les références théoriques citées. Pour une analyse en droit des organisations internationales, v. G. Cahin, « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *RGDIP*, vol. 107, 2003, n° 3, pp. 535-600.

⁵⁷² Les deux hypothèses ne sont pas nécessairement distinguées (v. C. Santulli, *Introduction au droit international*, *op. cit.*, p. 120 ; R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 198) alors qu'on peut légitimement penser que l'exercice de certains pouvoirs discrétionnaires reconnus aux États seraient illicites en l'absence de leur fondement conventionnel ou coutumier, v. not. E. Lagrange, « Rapport » sur les titres de compétence, in SFDI, *Les compétences de l'État en droit international. Colloque de Rennes*, *op. cit.*, pp. 105-107.

plupart du temps, le comportement de l'État ne peut dans ce genre de cas être utilement contesté. Les seules limites qui lui sont imposées découlent de l'obligation de respecter les droits accordés aux tiers. Le second modèle-type a trait aux hypothèses dans lesquelles l'État agit en vertu d'un *pouvoir dirigé*, les plus fréquentes en pratique. Le niveau d'encadrement des actes qu'il peut adopter est alors intermédiaire ou partiel. Le droit conventionnel ou coutumier reconnaît ainsi à l'État une certaine faculté. Il est libre de faire usage ou non de son habilitation au sens où le choix des motifs de son action correspond, le cas échéant, à une décision de nature discrétionnaire. Toutefois, s'il décide d'agir, le droit international pose certaines conditions procédurales et/ou de fond pour l'adoption d'un acte valide⁵⁷³. Ce n'est que si elles sont respectées que l'acte pourra être opposé aux tiers. Le troisième modèle-type représente quant à lui les hypothèses où l'État se trouve en situation dite de *pouvoir lié*. Selon une définition classique, un État exerce un pouvoir lié (ou une compétence liée) lorsqu'il est tenu d'adopter un acte au contenu défini chaque fois que les conditions prévues à l'avance par une règle sont réunies. Toute décision différente serait considérée par les autres sujets comme un fait illicite. L'État ne dispose dans ce cas d'aucune marge d'appréciation ou presque, ni dans le choix d'adopter l'acte et la détermination de ses motifs, ni dans la définition de son contenu. Le niveau de détermination de sa conduite est très élevé⁵⁷⁴.

136. Le concept de norme d'habilitation tel qu'il a été présenté permet cependant d'affiner ces différents modèles et de comprendre pour chaque cas où se situent pour l'État les marges de liberté dont il dispose ou les contraintes auxquelles il est soumis pour l'adoption d'actes juridiques opposables aux tiers. À cet égard, deux séries de remarques méritent d'être formulées. En premier lieu, il est possible de préciser les différentes hypothèses évoquées. Il faut pour cela faire intervenir deux variables distinctes, l'une extrinsèque à la norme d'habilitation qui a trait à l'existence ou non d'une règle qui en prescrirait l'emploi, l'autre intrinsèque à celle-ci, c'est-à-dire la détermination ou non du champ des effets admis en conséquence de l'adoption d'un certain type d'acte. Par un tel raisonnement, il devient alors possible de distinguer avec plus de clarté les hypothèses rencontrées en pratique : 1) le cas où l'État est obligé d'utiliser son habilitation dont le champ des effets prescrits est par ailleurs

L'auteur cite à cet égard la règle de l'exclusivité de la compétence de l'État du pavillon sur les navires situés en haute mer.

⁵⁷³ C. Santulli, *Introduction au droit international*, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁷⁴ V. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, pp. 344-345, où l'auteur cite notamment L. di Qual selon qui « la compétence liée n'existe que lorsque l'agent n'a aucun choix, quand il ne peut prendre qu'une seule mesure déterminée. (...) Autrement dit, chaque fois que la règle donne à un agent le pouvoir de poser, en telle circonstance, une norme, une seule norme parfaitement définie, le fond de la norme est strictement déterminé », *La compétence liée*, Paris, LGDJ, 1964, p. 80.

strictement défini (c'est le cas, par exemple, des notifications exigées par le droit conventionnel ou coutumier⁵⁷⁵) ; 2) celui où l'État est tenu d'agir mais le champ des effets prescrits par son habilitation demeure indéterminé (l'obligation de juger un individu suspecté d'avoir commis un crime internationalement réprimé par exemple, sans obligation d'aboutir à un résultat défini à l'avance) ; 3) lorsque l'État dispose d'une simple faculté d'utiliser une norme d'habilitation mais dont le champ des effets admis serait prédéfini (ainsi de la délimitation d'une zone maritime notamment) ; 4) ou encore les cas dans lesquels l'État est libre de faire usage d'un pouvoir et le champ des effets de la règle d'habilitation est par ailleurs indéterminé (la possibilité, par exemple, de s'engager par la voie d'une promesse sur tout sujet à propos duquel l'État n'est pas soumis à une obligation contraire)⁵⁷⁶. Les deux premières hypothèses sont souvent qualifiées comme révélant des situations de pouvoirs liés alors qu'elles méritent d'être distinguées. On peut parler de *pouvoir totalement lié* dans le premier cas et de *pouvoir partiellement lié* dans le second. Les troisième et quatrième hypothèses, quant à elles, sont parfois réunies sous la seule bannière du pouvoir discrétionnaire. Pourtant, seule la quatrième y correspond dans sa version la plus poussée, tandis que la troisième (celle de la faculté avec un champ des effets prédéfini) renvoie à l'image du pouvoir dirigé. Cependant, pouvoir discrétionnaire et pouvoir dirigé ne sont pas, en réalité, deux catégories distinctes. Les deux modèles renvoient l'un et l'autre à une faculté (une permission d'utiliser l'habilitation). La différence réside dans le fait que le pouvoir discrétionnaire de l'État est faiblement déterminé, au sens où son usage s'apprécie essentiellement en fonction des droits protégés des tiers ou de règles hiérarchiquement supérieures (qui constituent des limites extrinsèques à l'habilitation), tandis que le pouvoir dirigé est plus ou moins fortement déterminé, ce qui suppose qu'un acte adopté sur son fondement sera opposable dès lors qu'il ne contrevient pas manifestement aux conditions intrinsèques à la règle d'habilitation.

En second lieu, il faut souligner, toujours dans l'optique de préciser les modèles habituellement évoqués, que l'indétermination d'une règle d'habilitation comme sa détermination ne sont jamais totales. D'un côté, même lorsqu'il dispose d'un pouvoir discrétionnaire, un État doit pouvoir être reconnu comme l'acteur à qui une action est rattachée (condition d'imputation) ; il doit aussi accomplir une action valablement (re)connue comme telle par les tiers pour pouvoir leur être opposable, fût-elle déterminée par un simple

⁵⁷⁵ V. *infra*, § 228.

⁵⁷⁶ G. Tusseau expose ces différents exemples justement pour démontrer l'utilité et la maniabilité du concept de norme d'habilitation pour représenter de façon exhaustive les degrés d'encadrement du pouvoir d'un acteur donné, *ibid.*, pp. 366-367.

renvoi à sa volonté claire et non équivoque ou à son droit interne comme pour l'attribution de sa nationalité. En outre, toute action discrétionnaire ne vaut malgré tout que pour un champ d'application déterminé (le territoire de l'État dans de nombreux cas, certaines personnes physiques ou morales ou certains engins pour l'attribution de nationalité, *etc.*). Quant au champ des effets potentiels, il demeure certes inconditionné en principe mais il n'est pas absolu. Certains tiers pourraient toujours accuser l'État d'agir en violation d'un principe général interdisant l'abus de droit ou plus généralement de faire usage de son pouvoir en vue de la poursuite d'une cause illicite. Par ailleurs, ce champ des effets se trouve être progressivement compressé par le droit existant (on revient là à l'hypothèse des limitations apportées à la liberté originaire des États), éventuellement par des règles de *jus cogens*. De l'autre, même en cas de pouvoir lié, il existe toujours des domaines incompressibles de liberté. On ne peut tout réglementer pour déterminer si des actes juridiques sont valablement adoptés : le statut interne du représentant étatique, la qualité de la signature ou de l'encre utilisée pour établir la preuve d'un acte, *etc.* Chaque élément non réglementé offre en ce sens, même dans le cadre d'une habilitation hautement déterminée, une certaine marge d'appréciation.

Ainsi, le *continuum* envisagé n'a pas d'extrémités parfaitement définies. On peut simplement dire que les habilitations sur lesquelles les États fondent leurs actes juridiques ont des contenus plus ou moins (in)déterminés. Ce sont alors les actes concrets de mise en œuvre de ces règles qui révèlent des prétentions plus ou moins variées, autrement dit des manifestations de volonté ayant pour objet le sens de leur habilitation ou, en cas de pouvoir purement discrétionnaire, le sens des limites posées aux champs indéterminés de celle-ci. Dans ce genre d'hypothèses, lorsque l'État joue sur les espaces de liberté qu'une habilitation lui laisse, son comportement peut être vu comme une prétention interprétative. En revanche, lorsque son comportement tend à aller à l'encontre des contraintes qu'une habilitation ou des limites extrinsèques à celle-ci lui opposent, lorsqu'un acte tend à déborder ou contredire ses champs d'application et de réglementation, alors il peut sous certaines conditions être vu comme une prétention modificative, soit de l'habilitation elle-même si ses champs sont déterminés, soit des règles extrinsèques qui en limitent l'emploi dans le cas contraire.

* *

Le concept de normes d'habilitation révèle son utilité pour décrire autant les conditions d'existence et *a fortiori* de validité présumée des actes unilatéraux que pour identifier leurs causes en tant que prétentions normatives, c'est-à-dire le rapports interprétatif ou modificatif

qu'ils entretiennent avec cette règle. L'appréhension de l'ensemble des éléments des règles internationales d'habilitation peut alors débiter par la condition relative à l'acteur.

Section 1 – Les conditions relatives à l'acteur

137. En présence ou non d'une règle spéciale, la reconnaissance de la qualité de l'État en tant qu'acteur habilité soulève deux types de problématiques. La première consiste à déterminer si et quels États sont compétents, ce qui suppose d'identifier le ou les destinataires des règles d'habilitation (§1). La seconde porte sur le point de savoir dans quelles conditions les comportements des individus et organes censés agir pour le compte de l'État doivent être considérés comme attribuables à ce dernier et dès lors susceptibles de générer en son nom des actes unilatéraux (§2).

§1. L'identification des États habilités

138. Le ou les destinataires des habilitations varient selon les règles envisagées. Les régimes internationaux spéciaux peuvent dès lors être distingués suivant leur caractère général ou particulier (A). L'hypothèse de l'absence de règle spécifique renvoie quant à elle simplement à la capacité *a priori* inconditionnée des États d'adopter des actes juridiques unilatéraux, qui peut également faire l'objet d'une représentation théorique en tant que règle d'habilitation générale (B).

A. En présence d'une règle spéciale : caractère général ou particulier de l'habilitation

139. *Habilitation à caractère général* – Selon la typologie établie par G. Tusseau, il est permis de parler de norme d'habilitation générale si celle-ci est adressée « à absolument tous les individus ou à tous les individus dotés de certaines caractéristiques »⁵⁷⁷. L'affirmation apparaît parfaitement utilisable dans le cadre de cette étude afin de distinguer selon les États destinataires des règles internationales d'habilitation. Les deux hypothèses trouvent en effet de nombreuses illustrations dans l'ordre international. En premier lieu, certaines règles sont destinées à régir les compétences de « tout État » sans distinction aucune. C'est le cas, par

⁵⁷⁷ G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 326.

exemple, pour ce qui concerne la capacité des États d'adopter des actes juridiques : tous les États peuvent adopter des traités (article 6 de la Convention de Vienne de 1969) ou des actes juridiques unilatéraux (Principe directeur 2 adopté par la CDI en 2006 à l'issue de ses travaux sur les actes unilatéraux étatiques)⁵⁷⁸. Pour ce qui concerne les actes unilatéraux fondés sur un régime spécifique, il est possible de citer l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, selon lequel « [t]out État a le droit de fixer la largeur de sa mer territoriale ». De la même façon, constitue une règle d'habilitation à caractère général une disposition visant « un État » au singulier, tant que la formule demeure parfaitement indéterminée. C'est le cas de l'article 12, § 3 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, selon lequel « [s]i l'acceptation de la compétence de la Cour par un État qui n'est pas partie au présent Statut est nécessaire aux fins du paragraphe 2, cet État peut (...) » déclarer unilatéralement reconnaître la compétence de la Cour à l'égard d'une situation donnée. Il en va encore de même dans les cas où l'habilitation ne vise que l'un des organes d'un État. En ce sens, elle renvoie au pouvoir de tout État sans distinction. Par exemple, selon l'article 110 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer, « un navire de guerre qui croise en haute mer un navire étranger » peut, dans certaines conditions, exercer un droit de visite sur ce dernier. Ledit navire de guerre agit, dans une telle situation, au nom de l'État dont il relève, l'article 29 de la Convention le définissant comme faisant « partie des forces armées d'un État » et à ce titre placé « sous le commandement d'un officier de marine au service de cet État ». La règle constitue bien, par conséquent, une habilitation à destination de tout État.

En second lieu, certaines règles visent une catégorie particulière d'États identifiables sur la base d'une caractéristique leur étant commune. C'est le cas notamment dans toutes les situations où l'exercice d'un certain pouvoir est soumis pour les États à l'obtention de la qualité de parties à un traité. Par exemple, seuls les États parties à un traité donné peuvent formuler des réserves à celui-ci. Dans la même veine, selon l'article 36, § 2 du Statut de la CIJ, seuls « [l]es États parties au présent Statut » (y étant *ipso facto* parties les États membres de l'ONU selon l'article 93, § 1 de sa Charte) peuvent formuler une déclaration unilatérale ayant pour objet d'en reconnaître la juridiction obligatoire. Au-delà de la qualité de partie à un traité, une règle d'habilitation peut tenir compte de toute caractéristique pertinente susceptible de permettre l'identification d'un groupe d'États donné qui, pour cette raison, seront fondés à exercer un certain pouvoir. En droit de la mer, notamment, la Convention de Montego Bay

⁵⁷⁸ Sur le fait que la capacité substantielle des États à adopter des actes juridiques unilatéraux peut être analysée comme une habilitation à caractère général, v. *infra*, § 142.

comporte diverses dispositions ayant vocation à régir les compétences des États « côtiers » ou des États « du port »⁵⁷⁹.

140. *Habilitation à caractère particulier* – Inversement, une norme d’habilitation peut être considérée comme particulière « si elle s’adresse à un individu spécifié ou à un nombre d’individus spécifiés »⁵⁸⁰. G. Tusseau en distingue alors deux types. Le premier identifie nommément l’acteur habilité. Dans l’ordre international, on peut par exemple penser aux mandats délivrés dans le cadre de la SDN à certains États clairement désignés (mandataires) chargés de l’administration d’un territoire au sens de l’article 22 du Pacte de 1919. De telles habilitations individuelles sont cependant relativement rares. Même les accords bilatéraux ont généralement pour objet d’habiliter, le cas échéant, les deux États parties à adopter certains actes, par exemple des demandes d’extradition ou d’entraide judiciaire. Les dispositions pertinentes de ces traités constituent en ce sens des habilitations à caractère général du point de vue des parties. Afin d’illustrer l’hypothèse d’une habilitation particulière émanant d’un État et à destination d’un seul autre État clairement identifié, on peut évoquer le cas de la Constitution des Îles Cook, dont le § 5 du Préambule délègue à la Nouvelle-Zélande les compétences du petit État insulaire en matière de défense et de politique étrangère⁵⁸¹.

Le second type a trait aux règles qui habilitent « une certaine classe d’individus dont une seule personne à la fois peut être membre »⁵⁸². Dans une telle hypothèse, l’habilitation est rattachée à une fonction susceptible d’être occupée par des personnes distinctes selon les époques. Là encore, ce type d’habilitation s’avère relativement rare dans l’ordre international mais il n’est pas inexistant. On peut évoquer par exemple le cas d’un État assurant la présidence d’un conseil ou d’une commission au sein d’une organisation internationale et qui, à ce titre, prend des actes d’autorité en vertu du règlement de ce conseil ou de cette commission (actes relatifs à l’ouverture ou la clôture de la session, à la définition de l’ordre du jour, à la distribution de la parole, *etc.*). On peut aussi faire référence à l’article 92, § 1 de la

⁵⁷⁹ Par exemple, en vertu de l’article 60, § 1, « [d]ans la zone économique exclusive, l’État côtier a le droit exclusif de procéder à la construction et d’autoriser et réglementer la construction, l’exploitation et l’utilisation : a) d’îles artificielles ; b) d’installations et d’ouvrages affectés aux fins prévues à l’art. 56 ou à d’autres fins économiques ; c) d’installations et d’ouvrages pouvant entraver l’exercice des droits de l’État côtier dans la zone ». Sur les pouvoirs de l’État du port, v. not. l’article 218 lui permettant d’ouvrir une enquête et d’intenter une action contre les rejets effectués au-delà des zones maritimes soumises à sa compétence par des navires qui se trouvent dans l’un de ses ports ou l’une de ses installations terminales au large.

⁵⁸⁰ G. Tusseau, *Les normes d’habilitation*, *op. cit.*, p. 325.

⁵⁸¹ L’exemple est plus amplement évoqué à un stade ultérieur, v. *infra*, § 267.

⁵⁸² G. Tusseau, *Les normes d’habilitation*, *op. cit.*, p. 325, où l’auteur cite à titre d’exemple le Président de la République.

Convention de Montego Bay sur le droit de la mer, selon lequel les navires situés en haute mer sont soumis en principe à la juridiction de l'État de leur pavillon, sachant que selon la même disposition ils ne peuvent battre le pavillon que d'un seul et unique État à la fois. De même, aux fins d'exercice de la protection diplomatique, un seul État peut se voir reconnaître la qualité d'État de nationalité d'une société, ce qui fait d'une telle règle une habilitation à caractère particulier⁵⁸³.

En somme, en présence de règles spéciales, l'identification des acteurs habilités apparaît relativement aisée. Les règles internationales évoquées habilitent soit collectivement, soit individuellement certains États aux fins de l'exercice d'un pouvoir donné. En l'absence de régime spécifique, il convient de s'en référer simplement au statut étatique dont découle une capacité générale d'adopter des actes juridiques dans le cadre des limites déterminées par le droit international.

B. En l'absence de règle spéciale : la capacité générale des États d'adopter des actes unilatéraux

141. *Statut et capacité substantielle des États dans l'ordre international* – La notion de « capacité » des États renvoie à l'« ensemble des pouvoirs que l'ordre juridique international [leur] reconnaît ou [leur] accorde (...) et qui leur permet d'exercer une activité juridique sur le plan international »⁵⁸⁴. En renvoyant à une somme de facultés, elle constitue le pendant actif de la notion de personnalité juridique qui, elle, représente l'aptitude passive d'un sujet à être le destinataire de droits et obligations⁵⁸⁵. Or, dans l'ordre international, tous les États disposent d'une capacité originaire pleine et entière qui émane directement de leur statut de souverains⁵⁸⁶. Ils s'accordent cette capacité et se l'opposent mutuellement pourvu, au moins,

⁵⁸³ L'article 9 du Projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique retient à cet égard les critères alternatifs de l'État d'incorporation de la société ou, en cas de défaut d'un lien substantiel de rattachement avec ce premier État, de l'État du siège de son administration et de son contrôle financier. V. CDI, « Rapport de la Commission du droit international – Cinquante-huitième session », 2006, doc. A/61/10, p. 53. Inversement, pour ce qui concerne les individus, plusieurs États peuvent être simultanément considérés comme leurs États de nationalité. Dans ce cas, ces derniers sont tous réputés aptes à exercer la protection diplomatique à leur égard (article 6 du projet). Dans cette hypothèse, il s'agit d'une habilitation à caractère général.

⁵⁸⁴ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., pp. 147-148.

⁵⁸⁵ R. Rivier, *Droit international public*, op. cit., p. 259.

⁵⁸⁶ On pourrait dire, comme l'a fait S. Sur, que cette capacité est « inhérente » au statut coutumier de l'État, v. « L'inhérence en droit international », *RGDIP*, vol. 118, 2014, p. 787. De façon générale, sur la capacité des sujets du droit international et en particulier des États, v. J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, op. cit., pp. 72-91.

qu'ils se reconnaissent la qualité d'État. En effet, sans que cela porte théoriquement atteinte à son statut, l'État non reconnu par certains autres voit malgré tout sa capacité concrètement limitée. La reconnaissance apparaît donc sous cet angle comme un préalable, dans leurs relations mutuelles, à l'exercice des pouvoirs conférés par la qualité étatique⁵⁸⁷. Sous réserve de cette limite, chaque État dispose d'un statut objectif dont découlent un certain nombre de pouvoirs *a priori* inconditionnés⁵⁸⁸. Parmi ceux-ci, on peut distinguer en termes généraux la capacité *substantielle*, qui correspond à une compétence normative générale permettant aux États d'adopter des actes juridiques, et la capacité *processuelle* relative à la réalisation du droit⁵⁸⁹. Or, si l'on recourt encore une fois au concept descriptif de règle d'habilitation, il est permis de considérer que la capacité substantielle de l'État qui intéresse ce raisonnement est construite sur le modèle d'une habilitation à caractère général.

142. Caractère général de l'habilitation des États à formuler des actes juridiques –

Le principe selon lequel les États disposent d'une capacité inconditionnée d'adopter des actes juridiques et en particulier des traités trouve une première consécration dans l'arrêt de la CPJI relatif au vapeur *Wimbledon* : « la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État »⁵⁹⁰. Il fut ensuite repris à l'article 6 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, selon lequel « [t]out État a la capacité de conclure des traités ». Quant aux actes unilatéraux, la question n'a fait couler que peu d'encre en doctrine. En réalité, elle est directement liée à une autre question plus vaste qui avait trait, jusqu'aux années 1960-1970, au fait de reconnaître un caractère obligatoire ou non aux actes unilatéraux des États⁵⁹¹. Une fois qu'il fut répondu par l'affirmative à cette dernière, les auteurs ayant évoqué la question de la capacité ont assez logiquement considéré que le principe apparaissant dans la Convention de Vienne pouvait s'appliquer par extension aux actes unilatéraux⁵⁹². Dans les années 2000, les travaux du Rapporteur spécial de la CDI

⁵⁸⁷ J.-P. Jacqué, *ibid.*, p. 244.

⁵⁸⁸ Cela n'empêche pas, comme certains le notent, qu'un État puisse par exemple déléguer la gestion de ses relations extérieures et transférer alors à un tiers la capacité de formuler des actes juridiques internationaux. La situation des États anciennement sous protectorat est souvent donnée en exemple. V. par ex. J.-P. Jacqué, *ibid.*, pp. 76-78 ; G. Teboul, « Actes unilatéraux (États) », *Répertoire international Dalloz*, avril 2016, § 15.

⁵⁸⁹ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 236 : « la capacité est l'aptitude donnée ou reconnue à un sujet d'agir dans l'ordre juridique duquel il la tient, soit en produisant du droit (capacité substantielle), soit en usant des voies légales destinées à le réaliser effectivement (capacité processuelle) ».

⁵⁹⁰ CPJI, *Affaire du vapeur « Wimbledon » (Allemagne c. France et autres)*, préc., p. 25.

⁵⁹¹ Sur ce point, v. *supra*, § 13.

⁵⁹² V. par ex., J.-D. Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *op. cit.*, p. 657 ; J. Barberis, « Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional publico », *op. cit.*, p. 106 ; G. Teboul, « Actes unilatéraux (États) », *op. cit.*, § 18 ; V.-D. Degan, « Unilateral Act as a Source of Particular International Law », *op. cit.*, pp. 173-174 ; V. Rodríguez Cedeño, M. I. Torres

suivirent ce même raisonnement et menèrent, dès lors, à l'adoption quasiment sans commentaire d'un Principe 2 selon lequel « [t]out État a la capacité d'assumer des obligations juridiques par des déclarations unilatérales »⁵⁹³.

Il est ainsi possible de voir dans la capacité substantielle des États, attribut du statut de souverain qu'ils se reconnaissent mutuellement, un type particulier d'habilitation à caractère général. On l'a dit, toute règle d'habilitation identifie un acteur qui constitue le destinataire de cette règle et le titulaire du pouvoir qu'elle confère. Or, certaines ont un caractère général car elles confèrent un pouvoir à une catégorie large de sujets. C'est le cas pour la règle qui reconnaît aux États la capacité d'adopter, en dehors de toute règle spéciale, des actes juridiques unilatéraux. Pareille formulation demeure, par ailleurs, sans préjudice d'éventuelles questions de fond. Que les États disposent d'une capacité générale ne revient pas à contredire l'idée qu'il leur est pour autant impossible de faire peser des obligations sur les États tiers sans leur consentement ou d'aller à l'encontre d'engagements précédents encore en vigueur⁵⁹⁴. On se limite simplement à souligner que chaque fois que l'auteur d'un acte est bien un État, reconnu comme tel par les tiers intéressés par cet acte, la première condition relative à l'acteur est remplie.

Par conséquent, en présence d'une règle spéciale ou non, les destinataires des règles d'habilitation sont assez aisément identifiables, soit en raison de la détermination d'une catégorie spécifique, soit du fait d'une qualité reconnue à tout État. En agissant sur le fondement de ces règles, un État prétend alors à tout le moins disposer de la qualité requise. La seconde condition relative à l'acteur a trait quant à elle à l'identification des représentants aptes à s'exprimer au nom de l'État.

Cazorla, « Unilateral Acts of States in International Law », *op. cit.*, § 15. La plupart des autres auteurs se dispensent, certainement par commodité, de soulever cette question peu débattue. D'autres évoquent parfois la « capacité de l'État » pour traiter en réalité des questions d'imputation.

⁵⁹³ CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, p. 389. On peut évidemment rappeler à ce titre la phrase de la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, préc., § 46 : « [d]es déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux (...) peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques ».

⁵⁹⁴ V. par ex. J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, p. 73, où l'auteur tend à souligner que la capacité de l'État n'est pas illimitée dans la mesure où il ne peut librement imposer des obligations aux tiers. Pourtant, dans les pages suivantes (pp. 74-75), il revient à distinguer, en s'appuyant sur les travaux de Sir G. Fitzmaurice à la CDI, la capacité illimitée des États et la question relative au respect d'engagements antérieurs. V. aussi G. Teboul, « Actes unilatéraux (États) », *op. cit.*, § 14 et §§ 16-17. Contrairement à ce que l'auteur affirme dans ces deux derniers paragraphes, on considère que l'impossibilité pour un État neutre ou démilitarisé d'adopter certains actes ne relève pas d'une question de capacité restreinte mais d'une question de fond, c'est-à-dire de conformité à des engagements précédents. Sur les limites extrinsèques à la liberté souveraine des États, v. *infra*, §§ 210 et s.

§2. Les conditions relatives à l'imputabilité des actes unilatéraux étatiques

143. L'action d'imputer un acte ou un fait à un sujet de droit revient à rattacher à ce dernier le comportement d'individus ou d'entités⁵⁹⁵. Il s'agit de porter cet acte ou ce fait à son compte afin qu'il puisse en répondre, c'est-à-dire, littéralement, en supporter la responsabilité⁵⁹⁶. Dans le cas présent, l'acte d'un État est celui d'une personne morale. Cela suppose donc de déterminer les conditions dans lesquelles le comportement d'individus censés le représenter peut être considéré comme lui étant imputable⁵⁹⁷. La problématique revêt plusieurs enjeux. En premier lieu, il s'agit d'appréhender les comportements en question en tant qu'ils sont susceptibles de manifester la volonté de l'État et non seulement en tant que faits juridiques. Ainsi, au-delà de la question de savoir si les individus ou entités considérés sont ou non sous la responsabilité de l'État, qui doit dès lors répondre de leurs comportements, l'objectif est de déterminer ceux qui sont aptes à utiliser au nom de l'État les procédures que le droit international général lui offre afin de formuler des actes juridiques et *a fortiori* des prétentions normatives unilatérales. En second lieu, l'intérêt est également d'appréhender l'articulation entre, d'un côté, des régimes prévoyant une condition déterminée et, de l'autre, le régime général et subsidiaire de l'imputabilité des actes unilatéraux des États dans l'ordre international. À cet égard, soit la *lex specialis* régit directement la question et, dans ce cas, l'acte pris sur son fondement n'est valable que s'il émane de l'autorité spécifiquement désignée à cet effet. Dans cette hypothèse, la condition spéciale d'imputation se mue alors en une condition d'existence de l'acte relative à l'action (*i.e.* à sa procédure d'adoption) (A). Soit la règle d'habilitation demeure silencieuse sur ce point et le régime général s'applique alors par défaut aux seules fins d'identification de la qualité étatique de l'acteur. Sont ainsi considérés comme des actes de l'État ceux émanant d'autorités habilitées par le droit interne à agir en son nom pour ce qui a trait à l'exercice des pouvoirs considérés (B).

⁵⁹⁵ V. par ex. J. Salmon (dir.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 565.

⁵⁹⁶ On ne peut recenser les multiples ponts établis dans la théorie juridique entre la personnalité juridique, l'imputation et la responsabilité. Chacune de ces notions peut successivement être envisagée, à l'égard d'un sujet donné, comme un critère d'existence des deux autres. V. par ex. D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 253 qui considère que la personnalité juridique et le sujet d'imputation sont deux expressions synonymes. V. aussi M. Forteau, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, vol. 111, 2007, spéc. p. 741 : « [c]oncevoir, dans un ordre juridique donné, l'État comme une personne juridique implique d'envisager l'opération d'attribution comme une opération normative, régie par ce même ordre juridique ; réciproquement, considérer dans un ordre juridique donné et à l'égard de l'État l'opération d'attribution comme étant de nature normative implique d'appréhender celui-ci comme une personne juridique issue de ce même ordre juridique ».

⁵⁹⁷ On rappelle souvent que l'État ne peut « agir qu'au moyen et par l'entreprise de la personne de [ses] agents et représentants », CPJI, avis consultatif du 10 septembre 1923, *Certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, Série B, n° 6, p. 22.

A. En présence d'une règle spéciale

144. *La lex specialis fait de la condition d'imputabilité une condition relative à l'action* – Certaines règles internationales conférant ou reconnaissant aux États certains pouvoirs d'adopter des actes unilatéraux ne laissent pas ces derniers libres de déterminer eux-mêmes laquelle de leurs autorités internes pourra effectivement procéder à leur adoption. En ce sens, ces règles constituent autant de dérogations au principe général par un encadrement du régime de l'imputabilité. Elles sont toutefois relativement rares. Il est possible de citer, à titre d'exemple, l'article 107 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer, qui précise que « [s]euls les navires de guerre ou aéronefs militaires, ou les autres navires ou aéronefs qui portent des marques extérieures indiquant clairement qu'ils sont affectés à un service public et qui sont autorisés à cet effet, peuvent effectuer une saisie pour cause de piraterie ». La condition déterminée dans cette disposition est proche du principe général de liberté. Néanmoins, un État ne peut habilitier *tout* navire ou aéronef dans la mesure où il est indiqué qu'ils doivent, à tout le moins, être affectés à un service public clairement identifiable. De la même manière, si l'article 110 déjà évoqué ne traite que des navires de guerre, il est permis d'en déduire que le droit de visite en haute mer ne peut *a priori* être exercé par des autorités civiles. Certaines règles spécifiques peuvent également être recensées dans les domaines de l'extradition ou de l'entraide judiciaire. Par exemple, le Quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, adopté le 20 septembre 2012, en modifie l'article 12 afin de préciser que toute requête doit être « adressée par le ministère de la Justice ou toute autre autorité compétente de la Partie requérante ». Or, si un État entend désigner une autre autorité compétente que le ministère de la Justice, il est tenu de le notifier au Secrétaire général du Conseil de l'Europe. Le Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, adopté le 8 novembre 2001, modifie également l'article 15 de cette Convention afin de préciser que toute demande d'entraide doit être adressée « par le Ministère de la Justice de la Partie requérante », sans possibilité de déroger à cette exigence, contrairement au texte précédemment cité.

La particularité de ces règles doit être soulignée en ce qu'elles incorporent l'opération d'imputation parmi les conditions relatives à l'action. Les conditions relatives à l'action couvrent l'ensemble des éléments procéduraux liés à l'adoption d'un acte juridique (forme, délais, autorité d'adoption, *etc.*). Si une règle internationale pose comme prescription que seul un organe donné de l'État peut adopter un certain acte, cette condition intègre cet ensemble

d'éléments procéduraux⁵⁹⁸. Autrement dit, un tel acte ne peut être considéré comme valablement formé que dans la mesure où il est adopté par l'autorité correspondante. Dans ce cas, ce n'est que de manière incidente que cette condition de validité remplit, en outre, la fonction d'imputation de l'action à l'État-acteur habilité. Le procédé fait figure d'exception par rapport au principe général car, dans cette hypothèse, c'est la règle internationale qui habilite l'organe ou l'agent de l'État à agir en son nom pour l'adoption d'un certain type d'acte. Il n'est dès lors plus utile de vérifier, aux fins de l'opération d'imputation, que cet organe ou agent soit habilité par le droit interne à agir au nom de l'État ; il s'agit simplement de constater que le droit interne octroie à cet agent ou organe la qualité évoquée par renvoi dans la règle internationale. En ce sens, lorsque la règle impose, par exemple, que l'acte soit adopté par le « ministère de la Justice », il s'agit uniquement de vérifier que l'organe agissant est bien celui que le droit interne a désigné comme tel. À l'inverse, en l'absence d'une condition spécifique de cette nature, l'enjeu consiste à déterminer quel individu ou quelle entité est habilité par le droit interne à agir concrètement au nom de l'État en vue de l'exercice de l'un des pouvoirs qui lui sont attribués ou reconnus dans l'ordre international. Il ne s'agit plus d'une condition procédurale de validité de l'acte dictée par la règle internationale mais simplement de reconnaître dans l'action de cet individu ou de cette entité l'action de l'État-personne morale qui se trouve en position d'acteur habilité. À cet égard, le droit international ne pose aucune prescription.

B. En l'absence d'une règle spéciale : régime général de l'imputabilité des actes unilatéraux étatiques

145. La logique du régime de l'imputabilité des actes unilatéraux des États est relativement simple et consiste à renvoyer aux pouvoirs des agents ou organes de l'État déterminés par le droit interne de ce dernier (1). Pareil principe apparaît suffisamment large pour virtuellement tenir compte des comportements adoptés par toute personne ou entité habilitée à agir en nom de l'État, indépendamment de son statut ou rang hiérarchique. Cela dit, sa mise en œuvre concrète peut s'avérer complexe. On ne peut notamment exiger des États tiers qu'ils maîtrisent en détail le droit interne de l'auteur d'un acte. Le droit international en encadre

⁵⁹⁸ Les conditions relatives à l'action seront développées ultérieurement, v. *infra*, §§ 154 et s. C'est par commodité que l'on traite à ce stade l'hypothèse de l'existence d'une condition spéciale d'imputation, afin de la distinguer clairement de l'enjeu relatif à l'identification de l'acteur habilité en l'absence d'une règle spéciale.

donc certains aspects en posant notamment une présomption d'imputabilité des actes émanant des hauts représentants du pouvoir exécutif (2). Une fois le principe et ses contours clairement déterminés, il apparaît alors possible et nécessaire de souligner qu'il s'applique dans toutes les hypothèses où aucune condition spéciale n'est prévue, que les États agissent sur le fondement d'une liberté *a priori* inconditionnée ou d'une *lex specialis* simplement silencieuse quant à la question de l'imputabilité, y compris pour tout ce qui a trait à la constitution de pratiques interprétatives ou modificatives des traités et coutumes (3).

1. Le principe : renvoi aux pouvoirs de l'organe ou de l'agent

146. *Fondement et logique du principe* – Les États disposent d'une liberté *a priori* inconditionnée relative à leur organisation administrative et politique interne. C'est la raison pour laquelle le droit international de la responsabilité comme le droit des actes juridiques font reposer toute opération d'imputation sur un renvoi au droit interne des États, peu important leur organisation unitaire ou plurielle, démocratique ou non. Toutefois, si ces deux champs font appel à un principe commun, il convient de souligner que les enjeux sont nettement différents dans un cas et dans l'autre. Il faut dès lors clairement séparer la question de l'imputation à l'État d'un fait illicite de celle d'un acte juridique. En effet, la finalité n'étant pas la même, le moyen par lequel un comportement est attribué à l'État diffère⁵⁹⁹. En droit de la responsabilité, le fait de tout agent ou organe de l'État peut engager la responsabilité de celui-ci. Il s'agit dans ce cas de déterminer si un individu, un groupe d'individus ou une entité dispose de la qualité d'agent ou organe de cet État et, à cette fin, il est possible de voir s'ils exercent des prérogatives de puissance publique. Ces prérogatives constituent l'un des éléments susceptibles d'apporter la preuve de la qualité d'agent ou d'organe, surtout lorsqu'elle n'apparaît qu'en fait et non en droit⁶⁰⁰. En revanche, pour déterminer si un individu peut

⁵⁹⁹ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 277 et plus largement sur la question de l'imputation, pp. 275-289. Pour un exemple d'auteur assimilant totalement l'imputation d'un fait illicite à celle d'un acte unilatéral, v. F. V. Kramer, « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 149. V. aussi O. Barsalou, « Les actes unilatéraux étatiques en droit international public : observations sur quelques incertitudes théoriques et pratiques », *op. cit.*, pp. 397-401, où l'auteur ne conteste pas que l'imputabilité des actes unilatéraux soit fondée sur l'habilitation interne de l'organe ou de l'agent qui en est à l'origine mais considère cette solution, pourtant largement corroborée par la pratique, comme incohérente voire dangereuse.

⁶⁰⁰ Le régime de l'imputabilité des faits susceptibles d'engager la responsabilité d'un État est détaillé aux articles 4 à 11 des articles de la CDI de 2001. V. not. l'article 9 qui prévoit que « [l]e comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces

manifeste ou non la volonté de l'État, sa qualité d'agent ou d'organe ne constitue pas une preuve suffisante. Il doit être démontré qu'il est habilité à agir en ce sens, autrement dit qu'il dispose d'un certain type de prérogatives de puissance publique ressortissant au domaine des actes juridiques internationaux. En somme, tout agent ou organe de l'État peut, par son comportement, engager la responsabilité internationale de cet État ; mais tout agent ou organe n'est pas nécessairement habilité par son État à formuler en son nom un acte juridique⁶⁰¹.

Ainsi, le principe qui régit l'imputation des actes unilatéraux des États tient pour pertinents les pouvoirs que les agents ou organes à l'origine de ces actes tirent de l'ordre interne dont ils relèvent. L'opération d'imputation suppose donc d'établir un lien entre les pouvoirs des agents ou organes et l'objet de l'action qu'ils accomplissent au nom de l'État. Le principe est largement admis par la doctrine⁶⁰². Il trouve par ailleurs une inspiration directe dans l'article 7, § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, également fondé sur un critère relatif à l'habilitation des personnes se présentant comme aptes à engager l'État⁶⁰³. Il est enfin conforme à la pratique jurisprudentielle. À cet égard, si un Professeur d'Université, agent de l'État, ne peut engager la France sur le terrain de sa politique nucléaire militaire, le Président de la République, lui, le peut. Cela ressort de ses attributions constitutionnelles, en tant que chef des armées. Comme l'a souligné la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires* (1974),

prérogatives », CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 115.

⁶⁰¹ Comme l'a souligné M. Forteau, « [l]e problème de l'habilitation se situe en aval de celui de l'attribution, dans le registre de la compétence », v. « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *op. cit.*, p. 748. À la même page, il en conclut qu'« [o]n peut, sans dommage, transposer une technique comme celle de l'attribution du plan des faits juridiques à celui des actes juridiques, car dans ce dernier s'imisce le déterminant de la compétence. L'« attribution » d'un traité à l'État suppose, à l'inverse de l'attribution d'un fait illicite, de recourir non plus à une seule, mais à deux opérations distinctes : cela implique de vérifier que c'est l'État qui s'engage d'une part, qu'il s'engage (au sens juridique du terme) d'autre part ».

⁶⁰² G. Venturini, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 408 ; K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 243 ; G. Teboul, « Actes unilatéraux (États) », *op. cit.*, § 21 ; C. Santulli, « Travaux de la Commission du droit international (2000) », *op. cit.*, p. 422 ; R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 192 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 278 ; P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 387.

⁶⁰³ L'article 7, § 1 prévoit en effet qu'« [u]ne personne est considérée comme représentant l'État pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de l'État à être lié par un traité : a) si elle produit des pleins pouvoirs appropriés ; ou b) s'il ressort de la pratique des États intéressés ou d'autres circonstances qu'ils avaient l'intention de considérer cette personne comme représentant l'État à ces fins et de ne pas requérir la présentation de pleins pouvoirs », italique ajouté. Certains auteurs évoquent l'article 7 de la Convention de Vienne pour l'appliquer par extension aux actes unilatéraux étatiques mais sans réellement expliquer que cela équivaut à un renvoi au droit interne de l'État et aux pouvoirs de ses organes ou agents. V. par ex. J.-D. Sicaut, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *op. cit.*, p. 657 ; C. Goodman, « *Acta Sunt Servanda*, a Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *op. cit.*, p. 54 ; C. Eckart, *Promises of States in International Law*, *op. cit.*, pp. 234-235.

« [é]tant donné *ses fonctions*, il n'est pas douteux que les communications ou déclarations publiques, verbales ou écrites, qui émanent de lui *en tant que* chef de l'État, représentent dans le domaine des relations internationales des actes de l'État français »⁶⁰⁴. La Cour a été d'autant plus claire dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (2006). Il s'agissait de déterminer si la Ministre de la Justice du Rwanda pouvait engager son État par une déclaration formulée dans le cadre d'un organe onusien. Après avoir rappelé que les actes des chefs d'États, chefs de gouvernement et ministres des Affaires étrangères sont imputables à l'État, la CIJ souligna :

« qu'il est de plus en plus fréquent, dans les relations internationales modernes, que d'autres personnes représentant un État dans des domaines déterminés soient autorisées par cet État à engager celui-ci, par leurs déclarations, dans les matières relevant de leur compétence. Il peut en être ainsi des titulaires de portefeuilles ministériels techniques exerçant, dans les relations internationales, des pouvoirs dans leur domaine de compétence, voire même de certains fonctionnaires »⁶⁰⁵.

La Cour considéra alors que la Ministre agissait bien dans son domaine de compétence, bien qu'elle ait ensuite considéré que le contenu de sa déclaration n'engageait pas le Rwanda. Sans l'avoir affirmé de manière si explicite, d'autres arrêts se sont très clairement fondés sur le même principe. Par exemple, dans l'affaire du *Golfe du Maine* (1984), le Canada souhaitait imputer aux États-Unis d'Amérique l'acquiescement prétendument formulé par l'un de leurs fonctionnaires subalternes à propos du tracé d'une limite du plateau continental. La Cour rejeta une telle prétention dans la mesure où l'agent n'avait pas le pouvoir de formuler un tel acte au nom de son État :

« M. Hoffman, comme son homologue canadien d'ailleurs, agissait *dans le cadre de ses attributions techniques*, et il ne paraissait pas avoir été averti de ce que la question de principe que pouvait mettre en jeu l'objet de la correspondance n'était pas réglée (...) cette situation, propre à l'administration interne des États-Unis, ne permet pas au Canada de s'appuyer sur le contenu d'une lettre d'un fonctionnaire du Bureau of Land Management du département de l'intérieur, relative à un aspect technique, comme s'il s'agissait d'une déclaration officielle du Gouvernement des États-Unis sur les limites maritimes internationales de ce pays »⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, préc., § 51. On peut préciser que la référence commode aux « fonctions » d'un agent ou organe de l'État est répandue mais son intérêt est surtout qu'elle renvoie nécessairement aux « pouvoirs » de celui-ci. En ce sens, C. Santulli, « Travaux de la Commission du droit international », *op. cit.*, p. 422.

⁶⁰⁵ CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (République démocratique du Congo c. Rwanda), *compétence et recevabilité de la requête*, préc., § 47.

⁶⁰⁶ CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, préc., § 139, italique ajouté.

De la même façon, dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* (2008), la Cour fut amenée à se prononcer sur une lettre du Directeur de cabinet du Ministre de la Justice français manifestant son intention de coopérer avec les autorités de Djibouti en vue de la transmission du « dossier Borrel ». Elle refusa, cependant, d'y voir un engagement unilatéral contraignant. Après avoir considéré que le contenu de la lettre n'était pas suffisamment clair, elle ajouta qu'une telle promesse ne relevait pas des attributions du Directeur de cabinet du Ministre de la Justice :

« [d]e toute façon, il ne pouvait s'engager définitivement puisque la législation française (article 694-2 du Code de procédure pénale français) réserve l'exécution des commissions rogatoires au juge d'instruction, par exception à l'exécution par le procureur de la République, dans les cas où celles-ci concernent les actes de l'instruction elle-même (ce que le directeur de cabinet du ministre de la justice avait rappelé à son homologue des affaires étrangères dans sa lettre susmentionnées du 1^{er} octobre 2004 (voir paragraphe 125) et dont Djibouti avait connaissance) »⁶⁰⁷.

La pratique des tribunaux internes français suit elle aussi le même principe. Cela se vérifie en particulier dans le domaine de l'extradition. Si l'État tiers à l'origine de la demande a transmis une promesse de ne pas soumettre la personne concernée à une peine capitale, le juge vérifie si l'autorité à l'origine de l'acte a bien le pouvoir, dans son ordre juridique, de formuler un tel engagement contraignant. Ce fut très clairement le cas dans l'affaire *Aylor* (1993) :

« les autorités américaines ont transmis aux autorités françaises l'engagement pris au nom du Texas par le procureur du comté de Dallas où M^{me} Aylor serait appelée à être jugée que le ministère public compétent ne requerrait pas la peine capitale contre l'intéressée ; qu'en vertu de la section 1 de l'article 37-071 du code texan de procédure criminelle une telle peine ne peut être prononcée si elle n'est pas demandée par le ministère public ; que, dans ces conditions, la requérante n'est pas fondée à soutenir que le décret attaqué ne serait pas assorti de garanties suffisantes et que son extradition serait contraire à l'ordre public français »⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ CIJ, *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, préc., § 129. V. aussi, l'arrêt CIJ, 12 juillet 2005, *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, Rec., § 65 : « [l]a chambre relève en outre que, en droit colonial français, le lieutenant-gouverneur d'une colonie n'avait pas compétence pour déterminer unilatéralement les limites extérieures de celle-ci. Par conséquent, le Bénin n'est pas fondé à invoquer cette lettre en tant que titre juridique fixant la limite à la rive gauche du fleuve ».

⁶⁰⁸ CE, ass., 15 octobre, 1993, *Mme Joy Davis-Aylor*, préc., italique ajouté. Le même principe a, au contraire, motivé l'annulation d'un décret d'extradition dans l'affaire CE, 14 décembre 1987, *Gacem*, n° 85491, Rec. p. 733 : « si par note diplomatique du 9 octobre 1986, le gouvernement algérien a indiqué que l'intéressé n'était « pas exposé à une condamnation à la peine capitale », ni cette réserve ni cette indication n'ont pour effet de lier les juridictions algériennes et ne garantissent que la peine de mort, si elle venait à être prononcée, ne serait pas exécutée ; que par suite, M. Gacem est fondé à soutenir que le décret attaqué est entaché d'excès de pouvoir ». Dans le même sens et avec des exemples supplémentaires, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 278-279.

147. Conséquence : indifférence quant à la nature ou à la position hiérarchique de l'agent ou de l'organe – En vertu du principe général retenu, peu importe, en réalité, que la personne apte à engager l'État ait la qualité d'agent ou organe de celui-ci. Pour les besoins de l'opération d'imputation, le constat de la qualité d'agent ou organe demeure secondaire et seul compte le fait que la personne soit habilitée à engager l'État. Par extension, il apparaît alors logique que la pratique ne tienne pas compte du caractère exécutif, législatif ou judiciaire des pouvoirs des agents ou organes concernés ni de leur position hiérarchique dans l'ordre interne. Peuvent ainsi être imputés à un État les actes du pouvoir exécutif et notamment de différents ministres du gouvernement⁶⁰⁹ mais également les actes émanant d'autres autorités, comme un parlement national ou encore une assemblée constituante⁶¹⁰. Sont également imputables les actes des administrations et fonctionnaires subalternes habilités. À cet égard, deux exemples ont déjà été évoqués avec les affaires du *Golfe du Maine (Canada/ États-Unis d'Amérique)* (1984), à propos d'un fonctionnaire du *Bureau of Land Management*, et *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* (2008), concernant la lettre d'un Directeur de cabinet du Ministre de la Justice. La CIJ avait cependant constaté dans les deux cas qu'ils ne disposaient pas de l'habilitation nécessaire⁶¹¹. À l'inverse, dans l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi sur le commerce extérieur* (1999), le Groupe spécial a jugé que l'administration états-unienne pouvait formuler un engagement selon lequel toute décision émanant du Représentant pour les questions commerciales internationales relative à la violation des droits

⁶⁰⁹ En plus de l'affaire des *Essais nucléaires* ayant évoqué des actes du chef de l'État, du Ministre des affaires étrangères et du Ministre de la défense, v. CIJ, *Affaire des Minquiers et des Écréous (France/Royaume-Uni)*, préc., p. 71, à propos de la lettre du Ministre français de la marine compétent pour les questions insulaires ; CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, préc., § 46, à propos d'une déclaration de la Ministre de la Justice du Rwanda ; *Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-Est (Convention OSPAR)*, SA du 2 juillet 2003, RSA, vol. XXIII, pp. 88-89, §§ 87-90, à propos d'une déclaration commune à plusieurs ministres du Royaume-Uni.

⁶¹⁰ CIJ, arrêt du 18 novembre 2008, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, Rec., § 107 pour l'imputation de l'acte d'une assemblée constituante. Dans une autre affaire la Cour a accepté de tenir compte des actes du parlement géorgien tout en rappelant la prééminence de principe du pouvoir exécutif dans la direction des relations internationales de l'État, v. CIJ, arrêt du 1^{er} avril 2011, *Affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Russie)*, exceptions préliminaires, Rec., § 37 : « en droit international comme dans la pratique, c'est en règle générale l'exécutif qui représente l'État dans ses relations internationales et s'exprime en son nom sur le plan international (...). Une attention toute particulière sera donc accordée aux déclarations faites ou entérinées par l'exécutif de chacune des Parties ».

⁶¹¹ CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/ États-Unis d'Amérique)*, préc., § 139 ; CIJ, *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, préc., § 129.

commerciaux des États-Unis d'Amérique devrait se faire uniquement sur la base des constatations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC⁶¹².

L'inconvénient d'un principe aussi large que celui du renvoi au droit interne de chaque État est qu'il risque de porter atteinte aux intérêts des tiers intéressés. D'un côté, on ne peut exiger des États tiers qu'ils maîtrisent en détail le droit interne de leurs pairs afin de déterminer si les comportements de leurs agents ou organes manifestent ou non leur volonté⁶¹³. De l'autre, l'État apparemment auteur d'un acte unilatéral pourrait vraisemblablement arguer du fait que son agent ou organe n'était pas habilité à agir en son nom afin de contester la formation d'un acte unilatéral⁶¹⁴. C'est la raison pour laquelle le droit international encadre certains aspects du principe.

2. L'encadrement du principe

148. *Présomption d'imputabilité des actes des hautes autorités exécutives* – Dans le but de protéger l'intérêt légitime des tiers à pouvoir se fonder sur les actes adoptés par leurs pairs, le droit international a développé différentes règles encadrant le principe du renvoi aux pouvoirs de l'agent ou de l'organe. La première consiste à poser une présomption selon laquelle les hautes autorités relevant du pouvoir exécutif sont habilitées par le droit interne à parler au nom de l'État. Il s'agit en ce sens de préserver l'apparence d'autorité fournie par l'auteur d'un acte à ces destinataires éventuels, qui peuvent dès lors tabler sur lui sans craindre que son auteur ne revienne sur son adoption⁶¹⁵. C'est déjà la logique suivie par l'article 7, § 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui renvoie aux fonctions des divers agents et organes de l'État pour moduler le champ de la présomption⁶¹⁶. La pratique juridictionnelle

⁶¹² *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, préc., § 7.109. V. aussi CIJ, *Affaire de la délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, fond, préc., § 119 et § 164, où l'agent rédacteur des lettres soumises à l'appréciation de la Cour précise lui-même qu'il est habilité à agir par l'autorité hiérarchique qu'il représente.

⁶¹³ En ce sens, v. not. A. Gigante, « The Effect of Unilateral State Acts in International Law », *op. cit.*, p. 356 ; C. Santulli, « Travaux de la Commission du droit international (2000) », *op. cit.*, p. 423.

⁶¹⁴ R. Rivier, P. Lagrange, « Travaux de la Commission du droit international et de la sixième commission (2006) », *op. cit.*, p. 310.

⁶¹⁵ Sur la doctrine de l'autorité apparente, v. A. Gigante, « The Effect of Unilateral State Acts in International Law », *op. cit.*, pp. 355-356.

⁶¹⁶ L'article 7, § 2 de la Convention de Vienne de 1969 indique qu'« [e]n vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de plein pouvoirs, sont considérés comme représentant leur État : a) les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, *pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité* ; b) les chefs de mission diplomatique, *pour l'adoption du texte d'un traité entre l'État accréditant et l'État accréditaire* ; c) les représentants accrédités des États à une conférence internationale ou auprès d'une organisation internationale ou d'un de ses organes, *pour l'adoption du texte d'un traité dans cette conférence, cette organisation ou cet organe* ».

suit le même raisonnement. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (2006), la CIJ a par exemple souligné que :

« conformément à une jurisprudence constante (...), c'est une règle de droit international bien établie que le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'État du seul fait de l'exercice de leurs fonctions, y compris pour l'accomplissement au nom dudit État d'actes unilatéraux ayant valeur d'engagement international »⁶¹⁷.

La Cour paraît alors étendre la règle à tout type d'acte juridique. Non seulement l'extrait est formulé *in abstracto* (« sont réputés représenter l'État (...), y compris pour l'accomplissement (...) d'actes unilatéraux ») mais l'arrêt renvoie dans le même paragraphe à l'article 7, § 2 de la Convention de Vienne comme étant l'expression de « cette règle coutumière » dans le domaine conventionnel.

La question est alors de savoir si le bénéfice de la présomption peut être étendu à d'autres organes ou agents de l'État. À cet égard, si l'on applique par extension l'article 7, § 2 valable pour les traités, la présomption doit également pouvoir être appliquée aux chefs de mission diplomatique ainsi qu'aux représentants de l'État accrédités auprès d'organisations ou conférences internationales. Ce fut la position initiale du Rapporteur spécial de la CDI dans son deuxième rapport de 1999⁶¹⁸. Cependant, il faut reconnaître que la jurisprudence demeure pour l'instant assez lacunaire et que l'hypothèse mérite confirmation⁶¹⁹. Par ailleurs, il paraît

⁶¹⁷ CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), compétence de la Cour et recevabilité de la requête, préc., § 46. V. également pour des exemples d'imputation implicite, CPJI, *Statut juridique du Groënland oriental* (*Danemark c. Norvège*), préc., p. 71 ; CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, préc., §§ 39-40 ; CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (*République démocratique du Congo c. Belgique*), préc., § 53 ; CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (*El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenants)*), préc., §§ 203-204. La problématique de l'imputation se pose en des termes similaires lorsqu'elle est soulevée devant des tribunaux arbitraux compétents en matière d'investissements, v. J. Cazala, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, vol. 23, 2009, n° 1, pp. 5-32.

⁶¹⁸ V. le projet d'article 4, calqué sur l'article 7, § 2 de la Convention de Vienne, dans CDI, « Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États – additif », doc. A/CN.4/500/add.1, 10 mai 1999, p. 3, § 71. La disposition sur les chefs de mission diplomatique et représentants auprès d'organisations ou conférences internationales a toutefois été supprimée dans les rapports ultérieurs.

⁶¹⁹ À propos de l'engagement pris par le chef d'une mission diplomatique, v. par ex. *Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre C, du Traité de Paix (Biens italiens en Tunisie – Échange de lettres du 2 février 1951)*, décision n° 171 du 6 juillet 1954 (affaire dite « Lucia Schiano »), *RSJ*, vol. XIII, p. 413. Dans une note du 9 mai 1951, la Résidence générale de France à Tunis a notifié au Consul général d'Italie à Tunis que Mme Lucia Schiano était fondée à invoquer les dispositions du Traité de Paix. Le tribunal a alors considéré que « le Gouvernement français, en promettant de suivre une conduite déterminée, a assumé un engagement et a fait naître l'obligation qu'il a déclaré prendre à sa charge, en faveur du Gouvernement italien. La déclaration, qui a toute la précision voulue, aussi bien en ce qui concerne son contenu que la volonté de l'obliger, a été faite par un organe à ce compétent et a été portée à la connaissance d'un agent du gouvernement italien autorisé à la recevoir ». On n'est pas certain de voir dans cet extrait une présomption. On peut cependant ajouter que les correspondances diplomatiques sont des éléments très souvent pertinents dans la jurisprudence pour établir la position d'un État, v. *infra*, §§ 163-166.

raisonnable d'ajouter à cette liste le cas des agents représentant l'État devant des juridictions internationales. En effet, s'ils tirent eux aussi leurs pouvoirs d'une habilitation de droit interne, ils semblent bénéficier lorsqu'ils s'adressent aux juges internationaux d'un statut coutumier⁶²⁰. Ils sont depuis bien longtemps considérés comme aptes à engager l'État pour ce qui a trait aux contentieux dans lesquels ils le représentent, en particulier par la formulation de promesses unilatérales visant généralement à répondre à certaines préoccupations des parties adverses⁶²¹.

Au-delà des cas évoqués, *a contrario*, aucun fonctionnaire subalterne ne bénéficie de la présomption. Dans ce cas, comme on l'a vu avec l'affaire du *Golfe du Maine* (1984), il convient d'apporter la preuve que le fonctionnaire était habilité à agir au nom de l'État en vertu du droit interne. La charge de cette preuve pèse alors sur la partie qui se prévaut du pouvoir de l'agent. C'était donc au Canada de démontrer que M. Hoffman, fonctionnaire du *Bureau of Land Management*, était habilité à engager les États-Unis d'Amérique à propos de la délimitation de leur territoire maritime, ce qu'il n'est pas parvenu à réaliser⁶²².

À la lumière de ces éléments, il semble que le Principe 4 adopté par la CDI dans la version finale des Principes directeurs relatifs aux actes unilatéraux étatiques ne respecte pas tout à fait l'esprit de la pratique et notamment de la jurisprudence de la CIJ. D'abord, il ne fait plus aucune référence aux représentants de l'État à l'étranger ou au sein d'organisations ou conférences internationales. Ensuite, sa rédaction peut être critiquée dans la mesure où elle laisse apparaître une prescription plutôt qu'une présomption :

« [u]ne déclaration unilatérale n'engage internationalement l'État que si elle émane d'une autorité ayant compétence à cette fin. En vertu de leurs fonctions, les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères *sont habilités* à formuler de telles déclarations. D'autres personnes représentant l'État dans des domaines déterminés peuvent être autorisés à engager celui-ci, par leurs déclarations, dans les matières relevant de leur compétence »⁶²³.

La formulation relative aux hauts représentants du pouvoir exécutif semble donc trahir la conception du Rapporteur spécial de la CDI, qui n'a jamais évoqué ni dans ces rapports ni dans ces commentaires l'idée d'un renvoi au droit interne des États aux fins d'identification des pouvoirs de leurs organes ou agents. Pour certains commentateurs, elle tend alors à

⁶²⁰ En ce sens, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 285.

⁶²¹ V. tous les exemples déjà évoqués *supra*, §§ 124-125.

⁶²² CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, préc., § 139.

⁶²³ CDI, V. « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, p. 391.

remettre en cause la nature même du régime, tandis que la formule retenue pour les subalternes, si elle n'est pas contraire à la pratique, n'apporte aucune précision⁶²⁴. À trop vouloir se fonder sur la Convention de Vienne sur le droit des traités, le Rapporteur spécial n'en a pas réellement perçu le principe fondamental à l'origine de l'opération d'imputation. On peut par ailleurs déplorer l'absence de toute disposition, dans la version finale des principes directeurs, relative à la question des actes adoptés *ultra vires*.

149. Le régime des actes adoptés ultra vires – La seconde série de règles encadrant l'opération d'imputation et tendant à protéger les intérêts des États tiers concerne le régime des actes adoptés en l'absence ou en violation d'une habilitation interne. À cet égard, deux problématiques se posent. La première porte sur le caractère réfragable de la présomption consistant à imputer automatiquement les actes adoptés par les hautes autorités exécutives de l'État. Sur ce point, la doctrine s'est interrogée sur l'application de l'article 46 de la Convention de Vienne⁶²⁵. Celui-ci permet à l'État vu comme l'auteur d'un traité de démontrer que l'agent ou l'organe qui s'est prononcé en son nom a agi *ultra vires*⁶²⁶. On ne voit *a priori* aucun obstacle à ce que cette règle soit également valable pour l'imputation des actes unilatéraux⁶²⁷. Cela dit, d'une part, sa mise en œuvre est strictement encadrée. La possibilité n'est ouverte que pour les cas de violation manifeste d'une règle interne d'importance fondamentale. D'autre part, l'hypothèse est peu reçue par la pratique, la CIJ considérant que ce n'est pas aux États tiers de s'informer du droit interne de l'auteur d'un acte. Dans l'*Affaire relative à la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (2002), le Nigéria invoqua, s'agissant de la conclusion d'un

⁶²⁴ En ce sens, v. R. Rivier, P. Lagrange, « Travaux de la Commission du droit international et de la sixième commission (2006) », *op. cit.*, p. 310. V. aussi à propos d'une ancienne version du projet du Rapporteur spécial, C. Santulli « Travaux de la Commission du droit international (2000) », *op. cit.*, p. 423.

⁶²⁵ V. par ex., J.-D. Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *op. cit.*, pp. 658-659 ; K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 230 ; P. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, p. 235 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 285.

⁶²⁶ L'article 46 est rédigé comme suit : « 1. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale. 2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi ».

⁶²⁷ Le Rapporteur spécial de la CDI proposa plusieurs projets en ce sens dès son deuxième rapport, expliquant que l'article 46 de la Convention de Vienne s'appliquait « sans aucun doute dans sa plénitude aux actes unilatéraux », CDI, « Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États – additif », *op. cit.*, p. 14, § 141. V. aussi « Troisième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 23, § 167, projet d'article 5, § 8, ainsi que le « Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États », p. 2, principe 6 : « [l']État auteur d'un acte unilatéral ne peut pas invoquer comme cause de nullité le fait que l'acte en question est contraire à une norme de son droit interne à moins qu'il s'agisse d'une norme d'importance fondamentale de son droit interne et que cette contradiction soit manifeste ». La version finale des principes directeurs n'y fait toutefois aucune référence.

accord liant les deux parties, la méconnaissance de ses règles constitutionnelles internes en ce que son chef d'État n'avait pas le pouvoir de l'engager sans en référer au gouvernement. La Cour répondit alors que les règles internes relatives au pouvoir de signer des traités constituent bien des règles d'importance fondamentale. Toutefois, elle souligna que celles-ci devaient être portées à la connaissance du Cameroun :

« si la capacité d'un chef d'État à cet égard est restreinte, cette restriction n'est manifeste au sens du paragraphe 2 de l'article 46 que si, à tout le moins, elle a été rendue publique de manière appropriée. Cela est d'autant plus nécessaire que les chefs d'État font partie des personnes qui, aux termes du paragraphe 2 de l'article 7, sont considérées comme représentant leur État « [e]n vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs » »⁶²⁸.

Ensuite, face à l'argument du Nigéria selon lequel le Cameroun était ou aurait dû être au courant de ces dispositions, les juges répondirent « qu'un État n'est pas juridiquement tenu de s'informer des mesures d'ordre législatif ou constitutionnel que prennent d'autres États et qui sont, ou peuvent devenir, importantes pour les relations internationales de ces derniers »⁶²⁹. En l'espèce, les échanges entre les deux États n'ont pas permis de mettre en exergue l'existence d'avertissements suffisants ayant pu porter ces informations à la connaissance du Cameroun. Dans ces conditions, il apparaît particulièrement complexe de parvenir au renversement de la présomption d'imputabilité des actes adoptés par les hauts représentants de l'exécutif. Surtout, il semblerait que le fait d'exiger qu'un État tiers ait été informé aurait plutôt tendance à empêcher, en amont, l'application de la présomption d'imputabilité (pourquoi, dans ce cas, un tiers passerait-il un accord avec un représentant notoirement incompétent ?) plutôt que de la renverser en aval de l'adoption *apparente* (là est justement le problème) de l'acte.

150. La seconde problématique porte sur la question de la confirmation potentielle par l'État des actes adoptés *ultra vires* par ses agents ou organes, que ceux-ci bénéficient d'une présomption d'imputabilité ou non. À ce propos, la question s'est posée de savoir s'il était possible d'appliquer l'article 8 de la Convention de Vienne⁶³⁰. Comme pour la question précédente, on n'y voit aucun obstacle de principe. La doctrine a envisagé une telle possibilité⁶³¹. C'est par ailleurs en ce sens que le Rapporteur spécial de la CDI sur les actes

⁶²⁸ CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, préc., § 265.

⁶²⁹ *Ibid.*, § 266.

⁶³⁰ L'article 8 dispose qu'« [u]n acte relatif à la conclusion d'un traité accompli par une personne qui ne peut, en vertu de l'article 7, être considérée comme autorisée à représenter un État à cette fin est sans effet juridique, à moins qu'il ne soit confirmé ultérieurement par cet État ».

⁶³¹ V. not. G. Teboul, « Actes unilatéraux (États) », *op. cit.*, § 34 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 287.

unilatéraux a proposé plusieurs projets⁶³². Cependant, aucun n'a finalement été retenu dans la version finale des principes directeurs. Pourtant, la pratique semblait pouvoir en confirmer la portée. A. Marie évoque par exemple l'affaire du *Steamer « Montijo »*. Le navire battant pavillon états-unien fut saisi dans les eaux colombiennes en raison du fait qu'il naviguait sans autorisation. La Colombie expliqua que ses propriétaires connaissaient bien cette exigence dans la mesure où ils avaient bénéficié d'une licence émise par le Président du Panama. Le problème venait toutefois du fait que ce dernier n'avait pas le pouvoir légal de l'accorder. Un tel acte devait normalement émaner du « Gouvernement de l'Union » que le Panama formait à l'époque avec la Colombie. Cela dit, le surarbitre souligna que le navire avait, depuis plusieurs années, navigué dans ces mêmes conditions sans que la Colombie ne s'en préoccupe. Il admit dans ce cas que l'autorité normalement habilitée par le droit interne à délivrer l'autorisation avait endossé celle fournie initialement sans fondement⁶³³. L'affaire permet non seulement d'envisager la possibilité d'étendre le principe prévu par l'article 8 de la Convention de Vienne aux actes unilatéraux des États mais également de laisser ouverte la possibilité d'une confirmation tacite d'un acte adopté *ultra vires*, alors que le Rapporteur spécial exigeait durant longtemps, sans réelle justification, qu'elle fût expresse⁶³⁴.

La portée du régime général ainsi dégagé mérite d'être précisée. Alors qu'il est souvent évoqué dans le cadre d'études relatives à des actes unilatéraux étatiques dits « autonomes », en particulier dans les travaux de la CDI, il peut être démontré qu'il a vocation à s'appliquer de manière subsidiaire chaque fois qu'une habilitation internationale demeure silencieuse sur ce point. L'affirmation revêt à ce titre un enjeu important dans la mesure où elle inclut la question

⁶³² CDI, « Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 2, principe 4 : « [u]n acte unilatéral accompli par une personne non autorisée (ou habilitée) pour agir au nom de l'État, conformément aux dispositions des principes directeurs énoncés ci-dessus, peut être confirmé ultérieurement par l'État soit expressément soit par des actes concluants dont se déduit aisément une telle confirmation ». V. aussi « Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 7, § 100 et « Troisième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 18, § 121.

⁶³³ Affaire du *Steamer « Montijo »* (Colombie/États-Unis d'Amérique), SA du 26 juillet 1875, *RAI*, vol. III, p. 665 pour l'argument de la Colombie et p. 672 : « [l]e prédisent de l'État de Panama, par le contrat de 1869, a nettement autorisé le *Montijo* à continuer son commerce. Si, ainsi qu'il est allégué, il n'avait pas le droit de le faire, il aurait dû être blâmé par le Gouvernement général et son contrat aurait dû être annulé. Mais nulle mesure de ce genre n'a été prise. La maxime : « Qui ne dit rien consent », est entièrement applicable à cette affaire et c'est dans ce sens que le soussigné doit se prononcer », cité par A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 286-287. L'auteur évoque par ailleurs un extrait de l'affaire CIJ, *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, préc., § 66 : « [l]a limite telle que définie dans la lettre aurait pu être validée par une autorité supérieure, et c'est dans une telle perspective que le gouverneur de Dahomey demanda un complément d'information dans sa lettre en date du 11 décembre 1954. Toutefois, cette lettre du 11 décembre 1954 demeura sans réponse ».

⁶³⁴ V. par ex. CDI « Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 8, § 107. La version proposée dans le neuvième rapport précité abandonnait finalement cette exigence.

des pratiques subséquentes dont il peut découler des prétentions interprétatives ou modificatives des traités et coutumes.

3. L'application du principe aux régimes spéciaux silencieux quant à la condition d'imputabilité

151. *Confirmation de la règle du renvoi au droit interne* – Qu'elles soient coutumières ou conventionnelles, de nombreuses règles internationales habilitant les États à adopter des actes unilatéraux particuliers ne précisent pas lequel de leurs organes ou agents doit concrètement mettre en œuvre le pouvoir qu'elles régissent. Comme on a eu l'occasion de l'exposer, nombre d'entre elles se limitent à des formules générales du type « tout État peut (...) » ou « tel type d'État peut formuler tel type d'acte juridique ». C'est le cas, notamment, des règles de délimitation des espaces maritimes contenues dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Elles fixent une largeur maximale que les États ne peuvent outrepasser sans toutefois préciser l'organe interne qui peut ou doit procéder aux délimitations. Il en va de même pour l'article 36, § 2 du Statut de la CIJ, qui permet à tout État partie à celui-ci de reconnaître la juridiction obligatoire de la Cour, sans autre précision relative à l'autorité pouvant formuler pareille déclaration. En l'absence de toute indication, c'est alors au principe général évoqué et dès lors au droit interne de chaque État qu'il convient de se référer.

L'application du principe se vérifie dans toutes les hypothèses envisagées. Il en va ainsi, par exemple, en matière de réserves aux traités. S'inspirant de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969, le Principe 2.1.3 du Guide de la pratique adopté par la CDI en livre une illustration très nette. Son paragraphe 1) a) indique, d'une part, qu'une personne est considérée comme représentant l'État pour la formulation d'une réserve dès lors qu'elle « produit les pleins pouvoirs appropriés aux fins de l'adoption ou de l'authentification du traité à l'égard duquel la réserve est formulée ». D'autre part, son second paragraphe pose comme présomption que certains hauts représentants du pouvoir exécutif sont considérés aptes à formuler une réserve au nom de l'État. La présomption s'applique en toute circonstance pour les chefs d'État, de gouvernement ou ministres des affaires étrangères (paragraphe 2) a)). S'agissant des autres représentants diplomatiques de l'État, elle ne vaut que pour les réserves aux traités adoptés au sein de l'organe, de l'organisation ou de la conférence auprès desquels

ils sont nommés par l'État (paragraphes 2 b), c) et d))⁶³⁵. Le principe du renvoi aux pouvoirs de l'organe ou de l'agent trouve également des illustrations régulières en matière d'attribution de nationalité ou de délimitation des espaces maritimes. Dans ces domaines, les actes pertinents des États prennent généralement la forme d'actes internes émanant du pouvoir exécutif. En cas de contentieux, le juge international se limite, par conséquent, à constater leur existence⁶³⁶. De la même façon, si l'article 36, § 2 du Statut de la CIJ ne précise pas quel agent ou organe de l'État peut formuler une déclaration reconnaissant sa juridiction obligatoire, les États demeurent libres d'investir celui qu'ils souhaitent en vue de la mise en œuvre de cette faculté. Nombre de ces déclarations sont directement signées de la main du Ministre des affaires étrangères. On peut évoquer, par exemple, celle de la France du 30 avril 2008. Cependant, il peut être noté que d'autres le sont, parfois, du représentant permanent de l'État auprès des Nations Unies (par exemple, celles de la Norvège du 24 juin 1996 ou du Togo du 25 octobre 1979), d'un « chargé d'affaires » (pour la déclaration du Panama datant du 25 octobre 1921) ou encore d'un Consul, sans plus de précision (pour celle d'Haïti adoptée le 4 octobre 1921)⁶³⁷. Dans le premier cas, le Ministre des affaires étrangères est présumé agir pour le compte de l'État. Il en va de même dans le second cas dans la mesure où il s'agit du représentant permanent auprès des Nations Unies et que la Cour en est l'organe judiciaire principal. En revanche, aucune présomption ne peut être avancée (du moins sans précision supplémentaire sur leur statut) pour ce qui concerne un chargé d'affaires ou un Consul, qui sont supposés être expressément habilités à agir au nom de l'État afin de déclarer en son nom reconnaître la compétence de la Cour.

Il faut également souligner, en matière d'imputabilité des actes encadrés, la valeur de la jurisprudence relative aux questions territoriales, en particulier lorsqu'elle interroge les « effectivités » des États parties à un litige. Ces effectivités (ou marques d'occupation effective d'un territoire à titre de souverain) constituent de la part des États l'exercice d'un pouvoir régenté par la coutume internationale ayant pour objet soit l'acquisition d'un titre sur une portion de terre sans maître, soit sa confirmation, son interprétation ou son éventuel transfert d'un État vers un autre. Comme dans les hypothèses précédentes, la règle laisse la question de

⁶³⁵ V. CDI, « Guide de la pratique sur les réserves aux traités », *op. cit.*, pp. 151-152.

⁶³⁶ À titre d'exemple, on peut citer la Décision suprême du Prince régnant en date du 13 octobre 1939 attribuant la nationalité du Liechtenstein à M. Nottebohm, v. CIJ, arrêt du 6 avril 1955, *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, *Rec.*, p. 16. V. aussi CIJ, *Affaires des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., à propos d'un décret royal norvégien du 12 juillet 1935 relatif à la délimitation de la zone de pêche norvégienne.

⁶³⁷ Toutes les déclarations unilatérales prises sur le fondement de l'article 36, § 2 sont disponibles sur le site de la Cour : <http://www.icj-cij.org/fr/declarations>.

l'imputabilité indéterminée. Cela suppose, pour les juges, d'établir le lien entre les activités de certaines personnes ou entités sur un territoire donné et l'État qui prétend avoir exercé par leur truchement certaines effectivités qui le fonderaient à revendiquer la détention d'un titre juridique. Or, en la matière, les juridictions internationales ont de longue date admis que l'activité des personnes ou entités, même privées, était susceptible de participer à la possession effective d'un territoire, à la condition toutefois que l'État concerné les ait clairement habilitées à agir en son nom. L'époque des conquêtes coloniales européennes connut les Compagnies à chartes. Créées par des investisseurs privés, elles se voyaient octroyer par les gouvernements le monopole de l'exploration et de la colonisation sur certaines régions. À ce titre, elles étaient investies de la faculté d'exercer des prérogatives de puissance publique. Elles furent dès lors considérées comme agissant à titre de souverain pour le compte de l'État dont elles ressortissaient. En ce sens, par exemple, dans la sentence relative à l'*Île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis)* (1928), l'arbitre M. Huber souligna que :

« [l]es actes accomplis par la Compagnie des Indes orientales (...), en vue d'occuper ou de coloniser les régions en litige dans la présente affaire, d[evai]ent être entièrement assimilés en droit international aux actes de l'État néerlandais lui-même (...). L'article 5 du traité de Münster et par conséquent le traité d'Utrecht montr[ai]ent clairement que les Compagnies des Indes orientales et occidentales avaient qualité pour créer des situations reconnues par le droit international »⁶³⁸.

Ainsi, les particuliers et autres entités privées doivent clairement être habilités par le droit interne de l'État à exercer une autorité souveraine en son nom sur le territoire donné. À cet égard, il convient de distinguer clairement l'habilitation de la simple autorisation. Dans de nombreux cas, les États invoquent devant les juges le fait que des particuliers ont été autorisés à déployer certaines activités sur le territoire en litige. Toutefois, ces activités ne sont pas imputables en tant que telles à l'État ; les particuliers concernés les réalisent en effet à titre purement privé. Dans ce type d'hypothèses, c'est uniquement l'acte étatique d'autorisation qui

⁶³⁸ Affaire de l'*Île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis)*, SA préc., (version française), RGDIP, vol. 42, 1935, p. 186. V. dans le même sens, l'affaire de la *Frontière entre la Guyane britannique et le Brésil (Brésil/Royaume-Uni)*, SA du 6 juin 1904, RSA, vol. XI, pp. 11-23 et RGDIP, 1904, pp. 18-30, traduction française, spéc. pp. 18-20 : « [l]a Compagnie hollandaise des Indes occidentales, qui, nantie de pouvoirs souverains par le gouvernement hollandais, a accompli des actes d'autorité souveraine sur certaines localités de la zone en litige, réglant le commerce qui, depuis longtemps, y était exercé (...), et réussissant à obtenir que les indigènes reconnussent partiellement le pouvoir de ce fonctionnaire ; que ces actes d'autorité et de juridiction à l'égard des commerçants et des tribus indigènes ont été continués au nom de la souveraineté britannique, lorsque la Grande-Bretagne prit possession de la colonie appartenant aux Hollandais ; qu'une telle affirmation effective des droits de juridiction souveraine s'est graduellement développée et n'a pas été contredite » ; Affaire de la *Frontière indo-pakistanaise occidentale (Rann de Kutch) (Inde/Pakistan)*, SA préc., p. 20. D'autres se sont livrés avant nous à une recension de l'ensemble de la jurisprudence allant dans le même sens, v. par ex. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 291.

est pris en compte par les juges comme la manifestation d'un pouvoir souverain à l'égard du territoire en litige et qualifié d'effectivité. Si la jurisprudence est assez fournie sur ce point, il n'est pas utile de s'y arrêter longuement⁶³⁹. Elle ne fait qu'illustrer une fois de plus que l'autorisation peut émaner de n'importe quel organe ou agent désigné par le droit interne comme étant compétent pour la formuler.

152. *Cas de la constitution de pratiques interprétatives par les organes ou agents chargés de l'application du droit international* – Le même principe se vérifie tout autant dans les situations où les agents et organes de l'État sont chargés d'appliquer les coutumes ou traités internationaux liant cet État. La situation est assez particulière pour être soulignée. En effet, dans la mesure où les agents ou organes de l'État assurent pour son compte l'application de ces règles, et dès lors que toute application emporte avec elle une part d'interprétation, il se trouve que les comportements de ces agents ou organes sont susceptibles de participer à l'émergence de prétentions normatives, en tant qu'ils constituent des pratiques interprétatives de ces traités et coutumes⁶⁴⁰. En ce sens, il est permis de considérer que s'ils sont investis par le droit interne d'un pouvoir d'application, ces agents et organes sont par la même occasion investis par l'État du pouvoir de contribuer, au nom de celui-ci, à la constitution d'une pratique normative. On reviendra plus en détail sur l'identification de ces pratiques, en particulier sur le critère de leur cohérence globale et sur leurs effets⁶⁴¹. Quant à la question de l'imputabilité, la pratique des tribunaux internationaux comme les travaux de la CDI tendent à confirmer l'hypothèse. Dans le domaine des pratiques ultérieures pertinentes aux fins de l'interprétation

⁶³⁹ V. de nouveau A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 291-294. L'auteur évoque notamment l'affaire du *Différend (Érythrée/Yémen)*, tribunal arbitral dans la première étape de la procédure (souveraineté territoriale et champ du différend), SA du 9 octobre 1998, *RSÄ*, vol. XXII, § 315, où les éléments fournis par les deux parties sont considérés comme attestant simplement de « l'attachement que manifestent apparemment depuis longtemps les populations de chaque rive pour la pêche (...) ». Toutefois, cela ne constitue pas une preuve d'effectivité pour la simple raison qu'il ne s'agit dans aucun de ces cas d'actes accomplis à titre de souverain. Pour conclure à une activité susceptible d'établir une revendication de souveraineté, le Tribunal doit pouvoir se fonder sur des activités de délivrance de permis et d'application d'une réglementation concernant les opérations de pêche décrites plus haut ». V. aussi not., CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., p. 142 ; CIJ, *Affaire de l'île Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, préc., §§ 73-75 ; CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, préc., § 67 ; CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, préc., § 140.

⁶⁴⁰ V. par ex., CDI, « Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », doc. A/CN.4/671, 2014, p. 4, § 4 : « [b]ien que certains aspects de l'interprétation puissent être sans rapport avec l'application d'un traité, toute application d'un traité suppose son interprétation – même si la règle en question peut paraître claire à première vue ». Le Rapporteur spécial G. Nolte souligne par ailleurs, avec de multiples références bibliographiques, l'accord de la doctrine sur ce point. V. aussi A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 295, qui renvoie à J. Salmon, « Les accords non formalisés ou *solo consensu* », *AFDI*, vol. 45, 1999, p. 27.

⁶⁴¹ V. *infra*, §§ 236 et s.

des traités, la CDI a en effet souligné que le critère utile n'était pas, selon elle, la position de l'organe ou de l'agent étatique mais son rôle effectivement joué dans l'application et l'interprétation du traité⁶⁴². Différentes affaires confortent l'adoption d'une telle position. Dans son arrêt relatif aux *Droits des ressortissants des États-Unis au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)* (1952), la CIJ tint expressément compte de la pratique des fonctionnaires français des douanes dans le cadre de son interprétation de l'article 95 de l'Acte d'Algésiras⁶⁴³. De la même façon, dans une sentence arbitrale de 1980 relative à la réévaluation du mark allemand, le Tribunal a souligné qu'une lettre de la Banque d'Angleterre à l'Administration fédérale allemande de la dette, ainsi que la conduite de cette dernière, étaient de nature à constituer une pratique interprétative pertinente, bien que l'ensemble de ces éléments lui aient permis de souligner l'existence d'un désaccord entre les parties⁶⁴⁴. Le considérant le plus explicite provient sans doute de la sentence rendue en 2003 dans l'affaire du *Régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France (France/UNESCO)*. S'inspirant de la jurisprudence de la CIJ, le Tribunal souligna qu'il est permis de tenir compte de la pratique des organes ou agents autres que ceux dont la compétence pour engager l'État sur la scène internationale est présumée :

« [p]our le Tribunal, le facteur déterminant, c'est l'expression non équivoque de la position de l'État. Cette position peut résulter tout aussi bien de déclarations ou de conduite des autorités investies du *treaty making power* tout comme des organes administratifs chargés de l'application de l'accord. (...) pour qu'une obligation soit mise à la charge d'un État en application d'un accord, il faut que cette obligation puisse être clairement déduite des termes de l'accord, tels qu'ils ont été rédigés ou tels qu'ils sont modifiés ou interprétés par les parties concernées »⁶⁴⁵.

⁶⁴² CDI, « Rapport de la Commission du droit international. Soixante-cinquième session », doc. A/68/10, 2013, pp. 43-44, § 5.

⁶⁴³ CIJ, *Droits des ressortissants des États-Unis au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, préc., p. 211.

⁶⁴⁴ *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2 e), de l'annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part*, SA du 16 mai 1980, RSA, vol. XIX, pp. 67-145, § 31.

⁶⁴⁵ *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France (France/UNESCO)*, SA du 14 janvier 2003, RSA, vol. XXV, § 74. Dans son « Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », doc. A/CN.4/660, 2013, pp. 48-49, §§ 121-122, le Rapporteur spécial de la CDI G. Nolte évoque également deux autres affaires. Cependant, elles semblent citées à mauvais escient. D'une part, il fait référence à l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Thaïlande c. Cambodge)* afin d'atténuer la thèse selon laquelle les actes des fonctionnaires subalternes seraient attribuables à l'État. Toutefois, dans l'extrait cité, la Cour réagit à l'argument de la Thaïlande relatif à la prétendue erreur générée par le fait que la carte litigieuse n'ait été vue que par des fonctionnaires de rang inférieur (arrêt préc., p. 25). À cet égard, la Cour souligna que la Thaïlande avait agi à ses risques et périls. Cependant, contrairement à ce qu'affirme G. Nolte, ces propos ne laissent pas entendre qu'en l'absence de connaissance de la part des autorités supérieures, le comportement des fonctionnaires subalternes n'aurait pas été imputable à l'État. Par ailleurs, au-delà de cet aspect, la Cour releva à divers

Tout en reconnaissant explicitement le principe de l'attribution des comportements des agents ou organes chargés de l'application d'un traité, le Tribunal nota néanmoins qu'il était nécessaire, en cas de désaccord avec les autorités centrales, de donner plus de poids à la position exprimée par ces dernières. Toutefois, cela n'est pas de nature à remettre en cause le principe de l'imputabilité des comportements des agents ou organes chargés de l'application d'un traité car, comme cela sera évoqué ultérieurement, c'est uniquement au stade de l'analyse de la cohérence globale de la pratique étatique qu'un tel constat peut être opéré.

Suivant pareille logique, G. Nolte, en tant que Rapporteur spécial de la CDI sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, a clairement distingué le régime de l'imputabilité à l'État des faits illicites, qui relève du droit de la responsabilité internationale, du régime de l'imputabilité des pratiques interprétatives⁶⁴⁶. La finalité n'étant pas la même, il n'existe en effet aucune raison de considérer que les deux régimes reposent sur une même logique. Si l'État doit répondre, sur le plan de la responsabilité internationale, des comportements de tous ses agents ou organes potentiellement contraires au droit international, inversement, tous ses agents ou organes ne sont pas habilités par lui à user en son nom des pouvoirs que le droit international lui reconnaît ou lui octroie. Cependant, dans son projet de conclusion 4, § 1, G. Nolte s'est limité à indiquer que « [l]a pratique ultérieure peut être constituée par le comportement de tous les organes de l'État qui peut être attribué à l'État aux fins de l'interprétation des traités »⁶⁴⁷. La formule choisie s'avère relativement vague car elle ne révèle pas le principe régissant l'opération d'imputation elle-même. En outre, certains passages de ses commentaires tendent à instiller le doute quant au respect de l'esprit de la pratique juridictionnelle. En effet, G. Nolte semble noter à plusieurs reprises que le comportement d'un agent ou organe est attribuable à l'État sur la base d'une

stades de son raisonnement la pertinence du comportement des fonctionnaires français ou siamois, ce qui a plutôt tendance à confirmer le principe qu'à l'écarter. D'autre part, G. Nolte cite l'affaire de *l'Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, préc., en prétendant que la CIJ aurait admis que le comportement de la tribu des Masubia aurait pu être attribuable à l'État en tant que pratique subséquente. Il n'en est rien. La Cour constata simplement que les autorités du Bechuanaland (relevant aujourd'hui du Botswana) agissaient comme si l'île relevait de leur territoire et que, dans ce cadre, elles acceptaient de laisser les membres de la tribu Masubia du Caprivi (appartenant aujourd'hui à la Namibie) venir sur l'île pour différentes activités. Les autorités du Bechuanaland n'ont jamais interprété ces venues comme une prétention normative relative à la souveraineté sur l'île. Dès lors, la Cour considéra qu'il ne s'agissait pas d'une pratique réalisée dans le cadre de l'application du traité frontalier. Malgré tout, la prise en compte par la Cour du comportement des autorités du Bechuanaland, notamment celui du capitaine de la police locale, tend à confirmer le principe de l'imputabilité du comportement des fonctionnaires subalternes dans le contexte de l'interprétation d'un traité.

⁶⁴⁶ CDI, « Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 48, § 120.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 57, § 144.

règle internationale hypothétique, sans jamais faire référence au principe de l'habilitation par le droit interne de chaque État. Par exemple, il a affirmé que « seul le comportement des organes de l'État partie qui sont considérés, *aux yeux de la communauté internationale*, comme responsables de l'application de tout ou partie du traité pourront être attribués (...) » ; qu'à cet égard la jurisprudence confirme « que la pratique ultérieure pertinente puisse être le fait d'un fonctionnaire subalterne *si la communauté internationale s'attend à ce qu'il soit chargé de l'application du traité* » ; ou encore que la pratique ultérieure « est normalement le fait de ceux qui, *d'après ledit traité*, sont chargés d'assurer cette application »⁶⁴⁸. En suivant une telle approche, le Rapporteur spécial renverse la logique du principe établi par les sentences et arrêts recensés, qui repose sur un renvoi implicite au droit interne de chaque État.

153. Cas de la constitution de pratiques modificatives par les agents ou organes chargés de l'application du droit international – La problématique apparaît toutefois plus complexe lorsqu'on se focalise sur la pratique modificative du droit existant. D'un côté, il est fréquent que ce type de pratique ne soit pas aisément identifiable. Il est en effet difficile de distinguer avec certitude les comportements étatiques qui reflètent une simple interprétation de la règle de ceux qui poussent vers sa modification éventuelle⁶⁴⁹. De l'autre, la question se pose de savoir si les autorités subalternes de l'État, chargées de l'application d'un traité ou d'une coutume, sont aptes à l'engager sur le terrain de la modification de leur contenu. Toutefois, une telle interrogation apparaît assez mal posée en ce qu'elle englobe, en réalité, différentes étapes d'un processus qui méritent d'être distinguées. Il ne s'agit pas, en effet, pour les agents ou organes de l'État agissant dans le cadre de l'application d'une règle internationale « d'engager l'État » par la voie d'une procédure d'adoption classique d'un instrument juridique international. Il s'agit, dans un premier temps seulement, de constituer une pratique applicative au nom de cet État ; pratique qui, dans un second temps, peut éventuellement prendre part à un processus normatif interrogeant l'existence, avec les autres acteurs concernés, d'un éventuel accord modificatif de la règle appliquée. Or, on l'a dit, les agents ou organes de l'État investis par celui-ci du pouvoir d'appliquer un traité ou une coutume disposent aussi, logiquement, du pouvoir de constituer en son nom une pratique applicative à laquelle peut être attribuée une certaine valeur normative. Ce n'est alors que si et seulement si la pratique de l'État est considérée comme générale et constante qu'il en sera tenu compte au titre de l'expression de la position de cet État à l'égard de la modification du droit. Par ailleurs,

⁶⁴⁸ *Ibid.*, respectivement p. 48, § 121, p. 49, § 123 et p. 50, § 125, italique ajouté.

⁶⁴⁹ Cette question est approfondie ultérieurement, v. *infra*, §§ 226 et s.

c'est à ce stade de l'analyse qu'il est permis de contrecarrer la pratique constituée par les organes subalternes en faisant primer éventuellement la position des hauts représentants du pouvoir exécutif traditionnellement chargés de la conduite des relations extérieures⁶⁵⁰.

Les travaux doctrinaux ainsi que la pratique internationale relatifs au processus de formation et d'évolution des coutumes confirment cette approche. On sait en ce sens que tout type de comportement émanant de l'État peut être pris en considération dans la construction et l'identification des règles coutumières, comme l'a souligné M. Wood, Rapporteur spécial de la CDI sur la formation et l'identification du droit international coutumier⁶⁵¹.

Il ne peut qu'en aller de même en matière conventionnelle, bien que la pratique des tribunaux internationaux se fasse plus rare sur ce point. La sentence arbitrale rendue dans l'affaire relative à l'*Interprétation de l'accord aérien du 27 mars 1946 (États-Unis/France)* du 22 décembre 1963 est la seule à confirmer explicitement cette possibilité. En l'espèce, les deux parties étaient liées par un accord portant sur les droits aériens aux fins d'exploitation commerciale de certaines routes couvrant notamment le Proche-Orient. Dans ce contexte, il s'agissait pour le Tribunal de déterminer la valeur de l'autorisation et de l'attitude postérieures du Secrétaire général français de l'aviation civile et commerciale à propos des horaires de desserte de Téhéran à la compagnie Pan American Airlines. À cet égard, certains auteurs ont cherché à mettre en exergue le fait qu'un simple fonctionnaire ne pouvait à lui seul entraîner par son comportement une telle modification, soulignant notamment le silence des autorités ministérielles françaises⁶⁵². Cependant, le Tribunal ne semble faire aucune place, dans son raisonnement, à un quelconque comportement des hauts représentants du pouvoir exécutif français. Tout au contraire, il tend à s'appuyer sur le rôle occupé par le haut fonctionnaire français ainsi que sur la valeur intrinsèque de son consentement. En se penchant sur le contenu

⁶⁵⁰ Sur ce point, v. *supra*, § 77.

⁶⁵¹ Pour plus de détails, v. *supra*, §§ 75 et s. Selon le projet de conclusion 6 proposé par M. Wood à propos de l'imputabilité des comportements étatiques, « [l]a pratique de l'État consiste dans le comportement qui lui est attribuable, dans l'exercice d'une fonction exécutive, législative, judiciaire ou autre », « Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier », *op. cit.*, p. 19, § 36. Cependant, non seulement le Rapporteur ne précise pas le principe au fondement de l'opération d'imputation mais il assimile, en outre, le régime de l'imputabilité des comportements étatiques dans le cadre du processus coutumier à celui valable en droit de la responsabilité internationale, pp. 17-18, § 34.

⁶⁵² V. not. J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, p. 225 ; J.-P. Cot, « L'interprétation de l'accord franco-aérien relatif au transport aérien international (sentence arbitrale du 22 décembre 1963) », *AFDI*, vol. , 1963, p. 379. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 296. Les indices évoqués par les auteurs tendent uniquement à démontrer la connaissance de la prétention de la PanAm par les autorités états-uniennes mais rien n'est évoqué par le Tribunal à propos des autorités françaises. La question de savoir si le Secrétaire français de l'aviation civile peut constituer une pratique conventionnelle modificative au nom de la France demeure donc entière.

de la lettre par laquelle il manifesta implicitement son accord à la desserte de Téhéran telle que proposée par la compagnie aérienne, le Tribunal souligna à ce propos qu'il lui semblait :

« très difficilement admissible que, en faisant une telle réserve, le haut fonctionnaire français ait pu entendre dire qu'il se réservait le droit de retirer discrétionnairement quand bon lui semblerait le consentement donné. Sa qualité et son expérience à la tête des services de l'aviation civile et commerciale lui faisaient bien savoir qu'on ne peut pas prendre à l'égard d'une entreprise de transport aérien la responsabilité d'accorder aujourd'hui l'autorisation d'effectuer un service nouveau avec des installations et des investissements importants, pour la retirer demain sans une raison grave »⁶⁵³.

Certes, le Tribunal évoque ensuite le fait que durant les années suivantes, les « autorités françaises », sans autre précision, n'ont ni renié l'autorisation ni rappelé qu'elle aurait pu avoir un caractère simplement temporaire⁶⁵⁴. Cependant, il n'apparaît pas nécessairement utile de chercher les indices qui manifesteraient le consentement de personnalités plus haut placées dans la hiérarchie gouvernementale. Tout agent ou organe de l'État investi par celui-ci du pouvoir d'agir dans le cadre de l'application d'un accord international (ou d'une coutume) peut participer, par sa pratique, à sa transformation progressive. L'esprit du principe général relatif à l'imputabilité de ces comportements n'a pas de raison d'être transformé au motif qu'il s'agit de pratiques modificatives. On l'a dit, si un garde-fou existe, il intervient au stade de l'analyse de la cohérence globale de la position de l'État, qui permet de prêter attention aux discordances éventuelles entre les organes et agents ayant un rôle dans la définition de ses relations juridiques extérieures.

In fine, tous ces exemples démontrent que lorsqu'une habilitation ne pose aucune condition spécifique relative à l'organe ou l'agent de l'État compétent pour l'adoption d'un acte donné, l'opération d'imputation repose en toute hypothèse sur le principe du renvoi au droit interne de cet État. Chaque État est alors libre de déterminer lui-même lesquels de ses agents ou organes sont habilités à agir en son nom aux fins de l'usage des pouvoirs internationaux considérés. Simplement, une fois investis de tels pouvoirs, les organes et agents de l'État le sont également pour ce qui relève de la constitution de pratiques interprétatives ou modificatives, sous réserve de leur cohérence globale et, à ce titre, de l'éventuelle position divergente d'autres organes hiérarchiquement supérieurs.

* *

⁶⁵³ Affaire de l'Interprétation de l'accord aérien du 27 mars 1946 (États-Unis/France), SA préc., p. 252.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 253.

Les conditions relatives à l'acteur permettent de reconnaître objectivement l'État compétent pour adopter un acte juridique unilatéral et *a fortiori* une éventuelle prétention normative. L'affirmation vaut à un double titre : d'un côté, l'État est compétent en ce qu'il est le destinataire d'une règle internationale d'habilitation particulière ou générale et, de l'autre, parce qu'il peut être établi que c'est lui qui agit par la voie de ses représentants présumés ou investis en vue de l'exercice des pouvoirs considérés. La différence entre les deux conditions évoquées réside dans le fait que, dans le premier cas, les règles d'habilitation internationales s'appliquent alternativement : c'est à défaut de l'existence d'une *lex specialis* que l'État peut être considéré habilité en vertu de la capacité générale d'adopter des actes juridiques unilatéraux découlant de son statut de souverain. Cependant, cette capacité s'avère, on le verra, extrinsèquement limitée. Tandis que dans le second cas, le régime général coutumier et une *lex specialis* peuvent s'appliquer soit alternativement (en cas d'utilisation de l'une ou de l'autre et seulement si la règle spéciale inclut une condition d'imputation spécifique), soit cumulativement (chaque fois qu'il apparaît nécessaire de pallier le silence de la règle spéciale quant à la condition d'imputation).

Une fois l'acteur identifié, l'adoption d'un acte unilatéral passe par la réalisation d'une certaine action susceptible d'être perçue comme une manifestation de sa volonté.

Section 2 – Les conditions relatives à l'action

154. La réalisation par l'acteur d'une certaine action constitue le *medium* traduisant l'utilisation d'un pouvoir donné visant à donner naissance à un acte juridique. C'est la raison pour laquelle on a expliqué que l'expression « manifestation de volonté » équivaut en réalité pour son auteur à l'acte (locutoire) de dire qu'il procède à la réalisation d'un certain acte dont découleront des effets (illocutoires)⁶⁵⁵. L'enjeu consiste alors à identifier quelles actions permettent aux États de manifester leur volonté d'adopter des actes unilatéraux et *a fortiori* des prétentions normatives qui puissent être perçus comme tels dans l'ordre international, indépendamment, à ce stade, des conditions ayant trait à leur opposabilité relative⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ V. *supra*, § 43.

⁶⁵⁶ Les conditions éventuelles de forme et de procédure relatives à l'action ne concernent que celles qui se rapportent à l'existence d'un acte juridique et non celles qui influent sur son opposabilité à des sujets tiers. On ne traitera donc les éléments relatifs à la notoriété ou la notification des actes unilatéraux qu'au stade de l'analyse de la condition de connaissance par les tiers de ces actes, v. *infra*, §§ 302 et s. On suit à ce titre la logique des théoriciens s'inspirant du droit public français. V. par ex. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 329, note 35, où l'auteur explique qu'il ne traite pas des conditions de publicité ou de notification dans le cadre de la réglementation de l'action. Dans le même sens, B. Defoort, *La décision administrative*,

En la matière, les différents régimes spéciaux existants ne prévoient qu'assez rarement des exigences procédurales spécifiques en vue de l'adoption de certains actes donnés (§1). Par conséquent, dans toutes les hypothèses de règles non formalistes, le droit coutumier des actes unilatéraux étatiques s'applique. Celui-ci exige simplement qu'il ressorte du comportement de l'État une manifestation claire et non équivoque de sa volonté de faire usage du pouvoir considéré (§2). Au-delà de cette question de l'identification de l'action nécessaire à la naissance d'un acte juridique, il demeure cependant que l'authenticité du message perçu puisse éventuellement faire défaut, si bien que la valeur d'une manifestation de volonté normalement attribuée au comportement étatique peut lui être retirée. Il s'agit en effet de s'assurer du fait que l'expression de la volonté étatique n'ait fait l'objet d'aucun vice (§3).

§1. La rareté des habilitations formalistes

155. Au sein d'un ordre juridique international particulièrement peu formaliste, les règles d'habilitation comportant des éléments procéduraux font figure d'exceptions. Les conditions qu'elles déterminent s'avèrent en outre relativement peu exigeantes (A). À cet égard, certaines d'entre elles ont la particularité de s'appuyer simplement sur l'existence d'une qualité propre au droit interne que chaque État est libre d'établir selon les modalités qu'il détermine librement. Dans ces hypothèses, l'acte formellement interne à l'origine de ladite qualité apparaît comme objet de la règle internationale. Son existence constitue en ce sens le fait auquel est attribuée la valeur de l'action nécessaire à la réalisation d'effets internationaux (B).

A. Les exceptions au caractère non formaliste du droit international

156. *Articulation du principe et des exceptions* – Les études doctrinales relatives à la forme revêtue par les actes unilatéraux étatiques sont peu fréquentes et généralement peu développées⁶⁵⁷. Cela se comprend assez aisément dans la mesure où, comme le rappellent à

Paris, LGDJ, 2015, p. 242 : « [u]ne mesure de publication ou de notification n'ajoute en effet rien à l'existence de la décision adoptée », ou p. 468 : « [d]e même, on exclut la publication et la notification en tant qu'ils sont des éléments formels qui n'ont pas vocation à jouer un rôle dans l'identification du concept de décision proprement dit ». L'auteur s'appuie sur la jurisprudence du Conseil d'État, v. CE. ass., 21 décembre 1990, *Confédération des associations familiales catholiques*, *Rec.*, p. 368 : « l'existence d'un acte administratif n'est pas subordonnée à sa publication ou sa notification » ; CE, 24 février 1994, *Meyet*, *Rec.*, p. 32, « les conditions de publication d'un acte sont en principe sans influence sur sa légalité ».

⁶⁵⁷ Sur les actes unilatéraux en particulier, v. A. Gigante, « The Effect of Unilateral State Acts in International Law », *op. cit.*, pp. 341-342 ; J. Barberis, « Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional publico », *op. cit.*, p. 107 ; V. D. Degan, « Unilateral Act as a Source of Particular

juste titre les auteurs concernés, la problématique est intrinsèquement liée à la nature peu formaliste du droit international⁶⁵⁸. Le Principe 5 adopté par la CDI à l'issue de ses travaux sur les actes unilatéraux des États est à cet égard relativement concis et constitue une illustration parfaite de l'absence de réglementation spécifique à l'action : « [l]es déclarations unilatérales peuvent être formulées par écrit ou oralement »⁶⁵⁹. Comme l'explique succinctement son commentaire, la formule vise à retranscrire une pratique juridictionnelle reconnaissant de longue date que la forme empruntée par les actes unilatéraux n'est en rien décisive. En effet, la CPJI a commencé par admettre implicitement ce principe dès 1933 dans son arrêt relatif au *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*. Le fait que la déclaration du ministre norvégien Ilhen fût simplement orale n'a pas empêché la Cour de considérer qu'elle emportait un caractère obligatoire en raison du contexte significatif dans lequel elle fut prononcée⁶⁶⁰. Le principe fut par la suite clairement consacré à l'occasion de l'affaire des *Essais nucléaires* (1974) :

« [p]our ce qui est de la forme, il convient de noter que ce n'est pas là un domaine dans lequel le droit international impose des règles strictes ou spéciales. Qu'une déclaration soit verbale ou écrite, cela n'entraîne aucune différence essentielle, car de tels énoncés faits dans des circonstances particulières peuvent constituer des engagements en droit international sans avoir nécessairement à être consignés par écrit. La forme n'est donc pas décisive »⁶⁶¹.

En l'espèce, la Cour prit en compte un faisceau de déclarations émanant de différentes autorités et ayant emprunté de multiples formes, orales comme écrites, pour conclure en

International Law », *op. cit.*, p. 188 ; F. V. Kramer, « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 143 ; G. Teboul, « Actes unilatéraux (États) », *op. cit.*, §§ 36-40 ; V. Rodríguez Cedeño, M. I. Torres Cazorla, « Unilateral Acts of States in International Law », *op. cit.*, § 18 ; C. Goodman, « *Acta Sunt Servanda*, a Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *op. cit.*, pp. 58-59.

⁶⁵⁸ V. par ex., CPJI, arrêt du 30 août 1924, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, Série A, n° 2, p. 34 : « [l]a Cour, exerçant une juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne » ; CIJ, arrêt du 11 juillet 1996, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, Rec., § 24 et § 26. Par ailleurs, seule la Convention de Vienne de 1969 définit les traités comme devant être consignés dans un instrument écrit mais le commentaire de ses rédacteurs admet clairement l'application par défaut du droit des traités à tout type d'accord informel, v. CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *op. cit.*, pp. 205-206, not. § 7. L'absence de règle relative à la forme des actes juridiques internationaux explique en outre la difficulté, pour la doctrine, à définir les catégories « traités » et « actes unilatéraux », v. sur ce point *supra*, §§ 22-23.

⁶⁵⁹ CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, p. 393.

⁶⁶⁰ CPJI, *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*, préc., pp. 70-71.

⁶⁶¹ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, préc., § 48.

faveur de la naissance d'un engagement pesant sur la France de cesser les essais nucléaires dans l'atmosphère⁶⁶².

Les exigences procédurales ne sont pas pour autant inexistantes dans l'ordre international. Elles dérogent simplement au caractère non formaliste du droit international dans la mesure de leurs précisions explicites. Sur ce point, l'arrêt ayant traité des exceptions préliminaires dans l'affaire relative au *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* (1961) mérite d'être évoqué. La CIJ a en effet procédé à une distinction éclairante entre, d'un côté, le régime général, non formaliste, régissant la formation des actes juridiques internationaux et, de l'autre, l'existence de régimes spéciaux exigeant parfois que certains actes soient adoptés sous des formes spécifiques :

« [q]uant à la question des formes et formalités, par opposition à la question de l'intention, la Cour considère que, pour citer des exemples tirés du droit privé, il existe des cas où, pour la protection des parties intéressées, ou pour des raisons d'ordre public ou autres, la loi prescrit à titre impératif certaines formalités que deviennent donc essentielles à la validité de certains actes, comme, par exemple, les dispositions testamentaires (...). Mais s'il en est ainsi dans les cas qui viennent d'être cités (...), c'est qu'il existe dans ces hypothèses des prescriptions légales impératives visant les formes et formalités. En revanche, et c'est généralement le cas en droit international qui insiste particulièrement sur les intentions des parties, lorsque la loi ne prescrit pas de forme particulière, les parties sont libres de choisir celle qui leur plaît, pourvu que leur intention en ressorte clairement »⁶⁶³.

Partant, en s'appuyant sur l'exemple des déclarations unilatérales d'acceptation de sa juridiction obligatoire, la Cour précisa en toute logique que lorsque le régime spécial propre à certains actes ne prévoit aucune condition relative à leur procédure d'adoption, il convient alors de se reporter au régime général :

« [t]el est le cas pour les acceptations de la juridiction obligatoire de la Cour. La seule formalité prescrite est la remise de l'acceptation au Secrétaire général des Nations Unies, conformément au paragraphe 4 de l'article 36 du Statut. La forme et les termes précis adoptés par les États pour cela sont abandonnés à leur discrétion et rien n'indique qu'une forme particulière soit prescrite, ni qu'une déclaration faite sous une autre forme serait nulle »⁶⁶⁴.

⁶⁶² En faisant référence aux déclarations orales ou écrites du Président de la République « et [à] celles des membres du Gouvernement français agissant sous son autorité, jusques et y compris la dernière déclaration du ministre de la défense, en date du 11 octobre 1974, doivent être envisagées comme un tout. Ainsi, quelle qu'ait pu en être la forme, il convient de les considérer comme constituant un engagement de l'État, étant donné leur intention et les circonstances dans lesquelles elles sont intervenues », *ibid.*, § 51.

⁶⁶³ CIJ, arrêt du 26 mai 1961, *Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, exceptions préliminaires, *Rec.*, p. 31.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, pp. 31-32.

157. *Hétérogénéité des exigences procédurales* – L'analyse des régimes spéciaux offre quelques illustrations de l'hypothèse évoquée. Certains d'entre eux déterminent en effet un encadrement juridique de l'action à laquelle est attribuée la fonction de faire advenir un acte juridique donné. Ce genre de réglementations peut virtuellement porter sur tout objet lié à l'action. En pratique, cependant, ces règles s'avèrent assez rares, hétérogènes et souvent, au sein d'un même texte ou d'une même disposition, fragmentaires. Il est possible d'en distinguer deux grands types⁶⁶⁵.

En premier lieu, les conditions les plus fréquemment observées portent sur les caractéristiques formelles de l'action. On a vu, à cet égard, qu'elles peuvent d'abord concerner l'autorité d'adoption de l'acte⁶⁶⁶. Or, certaines déterminent également l'autorité qui doit le recevoir. Ainsi, le Statut de la CIJ indique en son article 36, § 4 que les déclarations unilatérales d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour « seront remises au Secrétaire général des Nations Unies ». L'article 12, § 3 du Statut de Rome de la CPI permet, quant à lui, aux États non parties de reconnaître sa compétence par une « déclaration déposée auprès du Greffier ». Les réserves aux traités doivent également être communiquées en principe au dépositaire du traité auquel elles se rattachent ou, à défaut, à tous les États ou organisations contractants (Principe 2.1.6 du Guide de la pratique sur les réserves de la CDI). Ensuite, ces réglementations peuvent poser une condition temporelle, en déterminant le moment auquel l'acte peut être réalisé. Toujours en matière de réserves, l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 précise qu'elles doivent être formulées « au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer ». L'article 36, § 2 du Statut de la CIJ indique à l'inverse que les déclarations des États peuvent être formulées « à n'importe quel moment ». Enfin, les règles relatives aux aspects formels de l'action sont susceptibles d'encadrer les modalités de rédaction de l'acte. En ce sens, certaines exigent qu'un acte soit formulé par écrit. Cela peut être expressément précisé. C'est le cas notamment pour les réserves aux traités ainsi que pour les actes relatifs à leur acceptation expresse ou visant à y faire objection (article 23, § 1 de la Convention de Vienne). Il en va de même pour les demandes formulées par les Parties à la Convention européenne d'extradition, en vertu de l'article 12, § 1 tel que modifié par son Quatrième protocole additionnel de 2012 ; ou encore pour les demandes d'entraide judiciaire fondées sur l'article 7, § 9 de la Convention des Nations Unies sur le trafic illicite de stupéfiant

⁶⁶⁵ On rappelle que dans le cadre de l'analyse des conditions relatives à l'action, on a choisi d'exclure les conditions liées à l'opposabilité d'un acte aux sujets tiers et, *a fortiori*, toutes celles qui assurent une fonction de publicité légale, comme la condition de notification parfois intégrée à certaines règles. On reviendra sur cette question dans la seconde partie, v. *infra*, §§ 302 et s.

⁶⁶⁶ V. *supra*, § 144.

et de substances psychotropes de 1988, qui ajoute qu'elles doivent être rédigées « dans une langue acceptable pour la Partie requise ». En droit de la mer, la Convention de Montego Bay exige également que certaines délimitations des lignes de base ou de zones maritimes soient « indiqué[es] sur des cartes marines à l'échelle appropriée pour en déterminer l'emplacement » ou, à défaut, par le biais d'« une liste de coordonnées géographiques » (articles 16, 75 et 84). La condition relative à l'existence d'un acte écrit peut également découler d'une supposition logique. En ce sens, les formules employées à l'article 36, § 4 du Statut de la CIJ (exigeant un dépôt de la déclaration de reconnaissance de sa juridiction obligatoire au Secrétaire général des Nations Unies) comme à l'article 12, § 3 du Statut de Rome de la CPI (exigeant quant à lui un dépôt au Greffier), tendent en effet à pousser les États à en coucher les termes sur le papier, quand bien même cela n'est expressément précisé dans aucune des deux dispositions⁶⁶⁷.

En second lieu, certaines règles d'habilitation posent, plus rarement, des conditions relatives aux caractéristiques matérielles de l'action. D'une part, la manifestation explicite du consentement de l'État peut parfois être exigée. C'est le cas, notamment, dans le domaine des immunités. Par exemple, l'article 32, § 2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques indique que la renonciation par l'État à l'immunité de ses agents diplomatiques « doit toujours être expresse ». Il en va de même à l'article 7, § 1 de la Convention des Nations Unies sur les immunités de juridiction des États et de leurs biens, qui ajoute en outre des exigences formelles selon lesquelles la renonciation doit être formulée dans un accord international, un contrat écrit, une déclaration devant le tribunal ou, pour toute autre procédure, une communication écrite. D'autre part, certaines règles peuvent imposer que l'acte étatique ait un contenu spécifique ou que certains documents précis y soient joints. En ce sens, l'article 7, § 10 de la Convention sur le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes prévoit l'ensemble des éléments devant être inclus dans une demande d'entraide judiciaire : la désignation de l'autorité émettrice de la demande, l'objet et la nature des poursuites pénales, un résumé des faits, la description de l'assistance requises, les éléments relatifs à l'identité de la personne poursuivie, *etc.* Le nouvel article 12 de la Convention européenne d'extradition exige, quant à lui, que trois types de documents soient produits à l'appui d'une requête : a) une copie de la décision de condamnation exécutoire, du mandat ou de tout autre acte ayant la même force, b) un exposé des faits pour lesquels l'extradition est

⁶⁶⁷ La CIJ a néanmoins opté pour une approche libérale de son Statut et de son Règlement permettant d'ouvrir la voie à l'application de la règle dite du *forum prorogatum*. Celle-ci implique la possibilité pour un État de consentir de manière informelle à sa compétence. Sur ce point, v. *infra*, § 168.

demandée et, c) une copie des dispositions légales applicables ainsi que le signalement de l'individu.

Ainsi, les règles d'habilitations formalistes ne sont pas inexistantes. Cependant, elles ne réglementent en général que certains des aspects relatifs à l'adoption des actes unilatéraux qu'elles régissent. D'autres habilitations, quant à elles, se contentent d'opérer un renvoi vers l'existence en droit interne et selon les conditions déterminées librement par chaque État des actes auxquels seront attribués des effets internationaux.

B. Les cas de renvoi vers l'existence d'actes formellement internes

158. *L'acte interne comme objet de la règle internationale d'habilitation* – Qu'en est-il si l'action à laquelle est attribuée un effet international prend la forme d'un acte juridique de droit interne ? Dans une telle hypothèse, en réalité, la règle internationale d'habilitation n'est pas en situation d'indétermination totale ; simplement, elle prend pour objet le droit étatique, ce qui suppose logiquement d'intégrer les exigences procédurales de ce dernier. C'est le cas chaque fois qu'une règle internationale fait référence à une qualité ou situation juridique dont l'existence dépend du droit national. Il en va ainsi, en particulier, des règles faisant référence aux « ressortissants » ou « nationaux » de l'État (par exemple pour permettre à ce dernier de prendre fait et cause pour eux devant une juridiction internationale), de celles faisant appel à la qualité de « représentants » de l'État (soit aux fins d'imputation, soit pour leur reconnaître des immunités) ou encore de celles évoquant les compétences de l'État sur certains espaces, des navires ou autres engins qui lui sont rattachables par le biais d'un acte interne (en l'occurrence de délimitation ou d'immatriculation). La particularité de cette catégorie de règles est qu'elles se limitent à reconnaître à l'État un certain pouvoir sans toutefois régir son comportement⁶⁶⁸. Elles opèrent uniquement par le jeu d'un renvoi au droit interne : dès lors qu'une qualité ou situation juridique pertinente pour la règle internationale est établie au regard du droit interne de l'État, cette qualité ou situation est considérée apte à remplir la fonction que la règle internationale d'habilitation lui attribue. À cet égard, chaque État demeure libre

⁶⁶⁸ J. Combacau, « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'État en droit international », in SFDI, *Droit international et nationalité. Colloque de Poitiers*, Paris, Pedone, 2012, p. 95 : « les règles que comporte le droit international général n'ont pas pour objet de régir le comportement de l'État dans l'attribution de sa nationalité mais seulement de lui reconnaître le pouvoir de l'attribuer, et n'assortissent ce pouvoir d'aucune obligation : ce sont des règles substantiellement vides, règles d'habilitation et non règles prescriptives, règles de désignation des États compétents en matière d'attribution de la nationalité et non règles substantielles régissant les conditions de son attribution par chacun des États compétents ».

de constituer comme il l'entend cette qualité ou situation selon les modalités de son droit interne. Néanmoins, comme la CIJ l'a souligné dans un *dictum* célèbre déjà évoqué, c'est au droit international de déterminer dans quelle mesure il tient compte des actes de droit interne ainsi que l'étendue de leurs effets internationaux⁶⁶⁹.

La valeur attribuée à ces actes internes pose donc la question du statut *international* du droit étatique. À cet égard, il est de coutume de rappeler que, du point de vue du droit international, le droit interne est traité comme un simple fait⁶⁷⁰. Cela suppose, comme l'a souligné J. Combacau à propos de l'attribution de nationalité, que le droit international ne se préoccupe pas du processus menant à l'existence d'une certaine qualité ou situation interne mais se cantonne au constat de son (in)existence :

« le droit international n'a cure de la conformité du comportement de production avec le droit international (...). Ce qu'il contemple, et comme un état déjà « parfait », c'est le résultat final des opérations et des actes individuels, c'est la *situation juridique objective* constituée dans le chef d'un être par les mécanismes du droit étatique et les effets que l'État et l'être ainsi qualifié de « national » prétendent en tirer, dans un autre ordre que celui qui l'a vue se former, l'ordre international ; la situation juridique, c'est-à-dire une « qualité », celle qui est attribuée à un individu à partir du moment où, d'une manière ou d'une autre (...), il réalise dans son chef le concept, indéfiniment plastique et précisément défini par les règles de l'État X lui-même, de « national de l'État X »⁶⁷¹.

Les auteurs s'étant intéressés à cette problématique voient généralement dans ce mécanisme la confirmation d'une représentation dualiste des rapports entre ordres juridiques internes et international. Ils qualifient cette opération de « renvoi formel » permettant au droit international d'intégrer dans le fonctionnement de ces règles des données émanant des droits étatiques comme s'il s'agissait de simples faits⁶⁷². Dans le cadre de cette étude et sans préjuger

⁶⁶⁹ CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., p. 132 : « [l]a délimitation des espaces maritimes a toujours un aspect international ; elle ne saurait dépendre de la seule volonté de l'État riverain telle qu'elle s'exprime dans son droit interne. S'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l'État riverain a seul qualité pour y procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des États tiers relève du droit international ».

⁶⁷⁰ CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)*, préc., p. 19 ; *Affaire Flengenheimer*, SA du 20 septembre 1958, RSA, vol. XIV, § 25.

⁶⁷¹ J. Combacau, « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 97, italique de l'auteur.

⁶⁷² En ce sens, par ex., selon C. Santulli, « la nature d'acte juridique unilatéral international qu'acquiert ainsi l'attribution interne de la nationalité ne dérive pas de l'ordre juridique interne mais de la manière dont le droit international traite le *fait en soi* que constitue l'attribution interne », *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, Paris, LGDJ, 1995, p. 83. Or, toujours selon cet auteur, dans la mesure où « c'est l'ordre juridique étatique désigné par le droit international qui détermine quels sont ses produits, c'est aux mécanismes de connaissance de cet ordre juridique qu'il convient de se référer pour établir l'existence ou l'inexistence des produits légaux étatiques internationalement pertinents », *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 189.

d'un débat plus fondamental sur les rapports entre ordres juridiques, pareille représentation ne semble pas incompatible avec celle que l'on se fait du fonctionnement des règles internationales d'habilitation. En effet, du point de vue des conditions relatives à l'action, le renvoi formel opéré par la règle internationale au droit interne de l'État permet de prendre en compte, au titre de l'action nécessaire à la survenance d'un acte international, l'existence d'un acte interne en tant que fait juridique. C'est ainsi au fait « existence de l'acte interne correspondant » qu'est attribuée la valeur d'une manifestation internationale de volonté, qui, elle, déclenche l'usage d'un pouvoir *international* de formuler un acte de contenu équivalent à l'acte interne pris en compte par l'opération.

Par conséquent, pour faire advenir des effets internationaux opposables (ou en tout cas présumés opposables) aux tiers, la situation ou qualité découlant de l'acte interne de l'État doit exister concrètement, ce qui doit pouvoir être démontré⁶⁷³. À cet égard, comme certains l'ont justement souligné, il importe peu que l'acte interne constitue ou constate cette qualité ou encore que le contrôle du juge international porte simplement sur la réalité de son existence ou tienne aussi compte d'éléments relatifs à sa régularité au regard de la législation interne⁶⁷⁴. Dans la mesure où le droit interne est traité comme un fait, la question de la preuve se focalise dans tous les cas sur l'existence matérielle de cette qualité⁶⁷⁵. En la matière, tout moyen, tout document attestant en droit de la qualité faisant l'objet de la règle internationale peut être reçu par un juge. Pour illustrer ce fait, les auteurs se focalisent généralement sur les contentieux impliquant des questions de nationalité des personnes. L'un des exemples les plus explicites provient à ce titre de la sentence du 19 octobre 1928 relative à l'affaire *Georges Pinson (France) c. Mexique*. En février 1915, alors que l'intéressé se trouvait en Europe, en service dans les armées françaises, le commerce dont il était propriétaire au Mexique fut saccagé par les forces

⁶⁷³ J. Combacau, « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'État en droit international », *op. cit.*, p. 99 : « [p]rouver qu'un être a la qualité de national en droit interne, c'est établir (au sens probatoire) que sa nationalité y a été en effet établie (au sens substantiel) ; prouver qu'il l'a également en droit international, c'est affirmer que son existence y est tenue pour acquise, déjà parfaitement constituée du fait du renvoi global de sa formation au droit étatique, et insusceptible par conséquent d'y être remise en cause ».

⁶⁷⁴ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 194. La pratique juridictionnelle ne se conforme pas à la perfection de la représentation proposée dans la mesure où dans certains cas les juges tiennent compte des irrégularités propres à la procédure interne d'acquisition de la nationalité dans le but de faire échec à son opposabilité internationale.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 194. Cela n'empêche pas, comme le note l'auteur en évoquant des affaires relatives à l'immatriculation des navires, qu'il puisse exister des cas limites et des motifs d'inopposabilité permettant aux tiers de remettre en cause l'existence de l'acte interne. V. aussi *Affaire Flegenheimer*, SA préc., § 25, où après avoir rappelé que le droit interne doit être considéré comme un fait, le Tribunal en tire la conséquence logique en matière probatoire : « [t]he result is that, in an international dispute, official declarations, testimonials or certificates do not have the same effect as in municipal law. They are statements made by one of the Parties to the dispute which, when denied, must be proved like every other allegation ».

anti-zapatistes. Dans la mesure où il chercha ensuite à obtenir réparation en saisissant la Commission franco-mexicaine de réclamation, celle-ci eut alors l'occasion de se pencher longuement sur la question des modes de preuve de la nationalité devant les organismes internationaux⁶⁷⁶. S'appuyant sur d'autres cas plus anciens, il souligna d'abord qu'un Tribunal dispose du pouvoir de décider pour lui-même les preuves qu'il considère suffisantes pour établir la nationalité d'une personne. Il considéra ensuite qu'un certificat d'immatriculation consulaire, tel que celui présenté par M. Pinson, ne constituait pas en lui-même une preuve directe de la nationalité. Cela dit, il ajouta qu'un tel certificat établi de façon régulière dispose néanmoins d'une force probante certaine, permettant d'établir *prima facie* la nationalité du requérant, tant qu'il n'est pas valablement contesté par le défendeur. Ainsi, l'arbitre unique considéra qu'une telle pièce lui suffisait. Cette approche libérale des modes de preuve de l'existence d'une qualité interne fut confirmée par la suite, notamment dans l'affaire *Flegenheimer* (1958)⁶⁷⁷.

Néanmoins, il est intéressant de noter que le mécanisme dépasse de loin le seul domaine de la nationalité. Lorsqu'un juge international procède à l'établissement des « effectivités » territoriales d'un État, il se penche aussi sur l'existence matérielle d'éléments qui sont pour lui purement factuels. Dans ce cas, les actes internes pertinents de l'État (ceux qui constituent des actes de souveraineté) sont vus comme les actions nécessaires à l'établissement de sa volonté internationale d'acquiescer, confirmer ou interpréter un titre juridique. On peut encore évoquer toutes les situations dans lesquelles un État, à supposer qu'il soit estimé fondé à agir, entend exercer une compétence extraterritoriale. Un tel exercice passe par l'adoption d'un acte formellement interne (un décret, une loi, une décision juridictionnelle) qui, du point de vue du droit international, peut être vu comme une manifestation de sa volonté de réaliser des effets internationalement opposables aux tiers. Dans toutes ces hypothèses, les habilitations internationales fonctionnent sur la base d'un renvoi global vers le droit interne des États compétents, dont les actes sont considérés comme les actions nécessaires et suffisantes à la formation d'actes matériellement internationaux de contenu équivalent.

⁶⁷⁶ *Georges Pinson (France) c. États-Unis du Mexique*, SA du 19 octobre 1928, R.S.A., vol. V, spéc. §§ 14-22.

⁶⁷⁷ *Affaire Flegenheimer*, SA préc., § 38. Le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique ne traite pas de la question de la preuve de la nationalité. Néanmoins, on trouve une trace d'une telle approche libérale des modes de preuve dans le commentaire de l'article 4 (qui définit l'État de nationalité comme celui dont la personne a acquis la nationalité conformément au droit de cet État), p. 13, § 4 : « [d]ans certains pays, où les naissances ne sont pas systématiquement enregistrées, il peut être difficile de prouver la nationalité. En pareils cas, la résidence pourrait être une preuve de nationalité, encore qu'elle ne puisse pas constituer elle-même un critère de nationalité ».

En somme, s'agissant de la condition relative à l'action réputée manifester la volonté de l'État, les règles internationales d'habilitation s'avèrent, tout au plus, partiellement déterminées. En cas d'indétermination, c'est alors au principe général qu'il convient de se référer. Ce principe laisse les États libres d'adopter un acte juridique dans les formes qu'ils souhaitent à la condition qu'il ressorte à tout le moins de leurs comportements une volonté claire et non équivoque. C'est en ce sens la consistance matérielle de l'action qui constitue le critère déterminant.

§2. Le cas des habilitations non formalistes : pertinence de la consistance matérielle de l'action

159. Les normes d'habilitation non formalistes exigent logiquement que l'action prenne à tout le moins corps dans un comportement matériel spécifique apte à traduire l'utilisation des pouvoirs qu'elles régissent ou, autrement dit, à traduire une manifestation de volonté. L'indétermination n'est donc synonyme de liberté que dans la mesure où l'utilisation du pouvoir d'adopter des actes unilatéraux est perceptible par les tiers, ce qui suppose, *a minima*, certaines conventions de langage juridique. À cet égard, le droit international pose comme condition que la volonté de l'État soit manifestée de façon claire et non équivoque. En ce sens, l'apparence objective de manifestation de volonté constitue un critère nécessaire et suffisant à la réalisation de l'action.

Le principe fait écho à un débat récurrent en doctrine qui consiste à savoir comment distinguer les déclarations des États à valeur juridique et leurs déclarations purement politiques. En la matière, l'analyse de la pratique permet de dégager un certain nombre de critères dont la portée est éminemment dépendante du contexte propre à chaque espèce (A). Dans ces conditions, rien n'empêche d'attribuer, selon les cas, la valeur d'un acte juridique à certaines conduites voire au silence d'un État (B).

A. Les critères permettant de distinguer les déclarations juridiques et les déclarations politiques

160. Absence de présomption relative à la naissance d'un acte – Pour paraphraser un énoncé célèbre de la CPJI, les limitations, quelles qu'elles soient, à l'indépendance des États

ne peuvent être présumées⁶⁷⁸. Un tel rappel peut certes sembler anodin. Cependant, on peut souligner qu'une formule similaire est régulièrement employée en pratique lorsqu'un juge est mené à s'interroger sur l'existence d'une renonciation par un État à l'un de ses droits⁶⁷⁹. Par exemple, dans la sentence relative à l'affaire *Campbell (Royaume-Uni c. Portugal)* du 19 juin 1931, le Tribunal déclara qu'« il est de principe, admis par le droit de tous les pays, que les renonciations ne se présument jamais et que, constituant des abandons de droit, d'une faculté ou même d'une espérance, elles sont toujours de stricte interprétation »⁶⁸⁰. La formule fut ensuite reprise à de multiples occasions⁶⁸¹. Partant de cette prémisse, la jurisprudence exige que la volonté de l'État de renoncer à l'un de ses droits apparaisse de manière claire et non équivoque. C'est parce qu'un tel critère n'était pas rempli que l'argument fut rejeté dans un certain nombre de contentieux. Par exemple, dans l'affaire *Nottebohm* (1955), la CIJ a refusé de considérer que le Guatemala avait renoncé à la possibilité de contester la nationalité de l'intéressé :

« [c]e serait gêner l'emploi des méthodes de règlement recommandées par l'article 33 de la Charte des Nations Unies, que d'interpréter l'offre d'y recourir, le consentement à y prendre part ou le fait d'y participer comme impliquant renonciation à tel moyen de défense qu'une partie croit avoir ou comme impliquant acceptation de telle prétention de l'autre partie alors que cela n'a pas été exprimé ou ne résulte pas d'une façon incontestable de l'attitude adoptée »⁶⁸².

De la même façon, dans l'affaire relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (2005), la Cour a clairement souligné que :

« toute renonciation à des prétentions ou à des droits doit ou bien être expresse, ou bien pouvoir être déduite sans équivoque du comportement de l'État qui aurait renoncé à son droit. (...) Selon la Cour, rien dans le comportement de l'Ouganda durant la période postérieure à mai 1997 ne peut être considéré comme impliquant une renonciation sans équivoque par celui-ci à son droit de présenter une demande reconventionnelle pour ce qui concerne les événements intervenus durant le régime Mobutu »⁶⁸³.

⁶⁷⁸ CPJI, *Affaire du Lotus (Turquie/France)*, préc., p. 18.

⁶⁷⁹ Sur les actes de renonciation, v. *infra*, § 268 et s.

⁶⁸⁰ *Affaire Campbell (RU c. Portugal)*, SA du 10 juin 1931, RSA, vol. II, p. 1156.

⁶⁸¹ V. par ex. l'*Affaire du Kronprinz Gustav Adolf (Suède/États-Unis d'Amérique)*, SA du 18 juillet 1932, RSA, vol. II, p. 1299 : « a renunciation, to a right or a claim, is not to be presumed. It must be shown by conclusive evidence, which in the case does not exist » ; CIJ, arrêt du 6 juillet 1957, *Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, Rec., p. 26 ; E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 163 ; CDI, « Septième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 46, §§ 83-84.

⁶⁸² CIJ, arrêt du 6 avril 1955, *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, Rec., p. 20.

⁶⁸³ CIJ, arrêt du 19 décembre 2005, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Rec., § 293. V. aussi CIJ, arrêt du 26 juin 1992, *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, Rec., § 13 : « [l]a Cour n'estime pas nécessaire d'entrer dans les diverses questions de droit que soulève cette argumentation (...). Il lui suffira de constater qu'en fait ces autorités n'ont jamais renoncé à leurs prétentions de manière claire et non équivoque, que l'on considère tant les

Or, il semblerait logique, en l'absence de régime spécial contraire, qu'un tel principe relatif à l'impossibilité de présumer la naissance d'une renonciation soit, en réalité, transposable à l'ensemble des actes unilatéraux étatiques⁶⁸⁴. Dans la mesure où ces actes visent la modification de l'étendue des droits de leurs auteurs, il n'existe aucune raison de présumer leur existence. Seule l'analyse au cas par cas du comportement des États doit permettre de considérer qu'ils expriment la volonté d'adopter de tels actes. Dans ce cas, la charge de la preuve pèse sur le sujet qui entend s'en prévaloir. Le témoignage de la pratique le confirme.

161. Le critère de « l'intention » et ses caractéristiques – Selon les mots connus de la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires* (1974) :

« [q]uand l'État auteur d'une déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration »⁶⁸⁵.

Autrement dit, « [t]out dépend (...) de l'intention de l'État considéré », résume-t-elle par ailleurs dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)* (1986)⁶⁸⁶. Or, afin de déterminer si un État a effectivement eu l'intention d'être juridiquement lié, il convient de se référer au contenu de sa déclaration ainsi qu'à l'ensemble des circonstances dans lesquelles elle a été formulée⁶⁸⁷. Ces indications sont régulièrement reprises en tant qu'elles constituent la méthode classique de détermination de l'existence d'une volonté de générer des effets de droit. On les retrouve ainsi au § 8 de la résolution de l'Institut de droit international de 1983, élaborée sous le patronage de M. Virally, relative aux « Textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus »⁶⁸⁸. De même aux Principes 1 et 3 des Principes directeurs de la CDI sur les actes unilatéraux des États de 2006, qui indiquent respectivement que « [d]es déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir pour effet de créer des obligations

négociations ayant mené à l'accord du 14 novembre 1967 que l'accord lui-même ou les discussions au sein de l'Organisation des Nations Unies ».

⁶⁸⁴ En ce sens, v. A. Gigante, « The Effect of Unilateral State Acts in International Law », *op. cit.*, pp. 337-338.

⁶⁸⁵ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, préc., § 46.

⁶⁸⁶ CIJ, *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, préc. § 39.

⁶⁸⁷ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, préc., § 53 ; CIJ, *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, préc., § 40 ; CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, préc., § 49.

⁶⁸⁸ IDI, Session de Cambridge, 1983, § 8 : « [l]e caractère, juridique ou purement politique, d'un engagement figurant dans un texte international de nature incertaine dépend de l'intention des parties telle qu'elle peut être établie par les règles habituelles en matière d'interprétation et notamment par l'examen des termes employés pour exprimer cette intention, des circonstances dans lesquelles le texte a été adopté et du comportement ultérieur des parties ».

juridiques (...) » et que pour en déterminer les effets juridiques « il convient de tenir compte de leur contenu, de toutes les circonstances de fait dans lesquelles elles sont intervenues et des réactions qu'elles ont suscitées »⁶⁸⁹.

Si ces formules sont largement reprises par la doctrine, elles révèlent néanmoins plusieurs enjeux qu'il est nécessaire de distinguer clairement⁶⁹⁰. En premier lieu, il convient de séparer la question ayant trait à l'existence d'un acte emportant des effets de droit et pourvu d'une valeur obligatoire pour son auteur et celle relative à l'interprétation de son contenu. Or, à ce propos, la CDI n'opère aucune différence explicite entre les deux problématiques. En plus du Principe 3 précité, qui précise déjà les critères d'identification d'une déclaration de nature juridique, on retrouve au Principe 7 une nouvelle directive selon laquelle « [u]ne déclaration *n'entraîne d'obligations* pour l'État qui l'a formulée que si elle a un objet clair et précis », celle-ci devant être, en cas de doute, interprétée restrictivement, à la lumière de son contenu et des circonstances. Le commentaire n'est pas plus clair sur ce point et laisse apparaître la même confusion entre les deux questions soulevées⁶⁹¹. Dès lors, soit le Principe 7 est redondant vis-à-vis du Principe 3, soit il est mal formulé dans la mesure où il se réfère à l'existence d'une obligation au lieu de se limiter, comme le fait notamment l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, à la seule question de l'interprétation du contenu d'un acte. En pratique, cependant, la Cour tend à distinguer les deux enjeux. D'un côté, lorsqu'elle souligne dans l'affaire des *Essais nucléaires* que les déclarations françaises ont un

⁶⁸⁹ CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, respectivement p. 388 et p. 390.

⁶⁹⁰ Tous les auteurs ayant traité des actes unilatéraux des États évoquent de façon plus ou moins approfondie le critère de l'intention. On peut se limiter à n'évoquer ici que les extraits qui ont le plus stimulé ces réflexions, not. E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, pp. 17-19 ; J.-D. Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *op. cit.*, pp. 647-650 ; T. Franck, « Word Made Law: The Decision of the I.C.J. in the Nuclear Test Cases », *op. cit.*, pp. 616-618 ; P. Amselek, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *op. cit.*, pp. 47-48 ; K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 244-245 ; C. Santulli, « Travaux de la Commission du droit international (2000) », *op. cit.*, pp. 417-419 ; C. Goodman, « *Acta Sunt Servanda*, a Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *op. cit.*, pp. 55-58 ; O. Barsalou, « Les actes unilatéraux étatiques en droit international public : observations sur quelques incertitudes théoriques et pratiques », *op. cit.*, pp. 404-411 ; E. Suy, « Unilateral Acts of State as Source of International Law: Some New Thoughts and Frustrations », *op. cit.*, pp. 632-633 ; C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, pp. 208-227 ; R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 188-191.

⁶⁹¹ CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, pour la citation comme pour les commentaires, pp. 396-397, italique ajouté. V. aussi, par ex. D. Pavot, C. Chevalier, « Réflexions sur l'interprétation des actes unilatéraux des États à la lueur de la décision de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples du 3 juin 2016 dans l'affaire *Victoire Ingabire Umuboya c. Rwanda* », *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 95, 2018, n° 1, pp. 85-112, les auteurs entretenant une confusion permanente entre la question de l'existence d'un acte unilatéral (impliquant l'identification d'une volonté claire et non équivoque de son auteur) et celle de l'interprétation du contenu de l'acte unilatéral une fois son existence établie.

objet clair, elle ne vise à ce stade qu'à en déduire que celles-ci « constituent un engagement comportant des effets juridiques »⁶⁹². C'est aussi uniquement pour répondre à la question de l'existence d'une promesse, en tant que limite à la « liberté d'action future » d'un État, qu'elle souligne qu'une interprétation restrictive devrait s'imposer (on y retrouve d'ailleurs en filigrane l'idée qu'aucune limitation de la liberté de l'État ne peut être présumée)⁶⁹³. De l'autre, lorsque la Cour analyse, dans d'autres affaires, le sens des déclarations de reconnaissance de sa juridiction obligatoire formulées sur la base de l'article 36, § 2 de son Statut (que la CDI cite à tort au même titre que l'affaire des *Essais nucléaires*), la question n'est pas de savoir s'il existe effectivement une manifestation de volonté. En effet, l'existence d'une déclaration émise conformément à la procédure prévue par l'article 36 démontre que l'État a correctement fait usage de l'habilitation offerte par le Statut⁶⁹⁴. C'est alors uniquement sur son contenu que la Cour se focalise.

En second lieu, quant à la question de l'existence d'un engagement juridique, on a pu noter en introduction l'aporie consistant à vouloir fixer un « seuil » de déclenchement du caractère obligatoire (ou de naissance) d'un acte juridique⁶⁹⁵. Dans la mesure où la procédure de formation d'un acte renvoie à la seule intention de son auteur, sans plus de précision, il apparaît impossible d'en proposer une détermination objective qui transcenderait l'ensemble des cas rencontrés en pratique. Ainsi, les critères évoqués pour identifier si une intention existe, relatifs au contenu et au contexte d'une déclaration, doivent être envisagés seulement comme un faisceau d'indices devant être jaugés au cas par cas, en fonction des interactions diverses entre les sujets concernés, et non comme des conditions objectivement déterminantes. Leur analyse s'insère en pratique, comme l'a souligné la Cour dans le paragraphe où elle les a énoncés, « dans le cadre général de la sécurité des relations internationales et de la confiance mutuelle si indispensable dans les rapports entre États »⁶⁹⁶.

⁶⁹² CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, préc., § 53. La même remarque vaut lorsque la Cour déclare dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)* qu'une « déclaration de cette nature ne peut créer des obligations que si elle a un objet clair et précis », préc., § 50.

⁶⁹³ *Ibid.*, § 47.

⁶⁹⁴ Procédure d'adoption d'une déclaration que la Cour qualifie à juste titre comme distincte de celle prévue pour l'adoption des traités dans le Convention de Vienne, v. CIJ, arrêt du 11 juin 1998, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires*, Rec. p. 293, § 30. Le même passage est pourtant évoqué dans le commentaire de la CDI pour des questions d'interprétation du contenu d'une déclaration unilatérale alors que ce n'est ni la question traitée par la Cour, ni celle qui semble se dégager de la formulation du Principe 7, v. CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, p. 397, § 3.

⁶⁹⁵ V. *supra*, § 24.

⁶⁹⁶ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, préc., § 53.

En troisième lieu, ce qui révèle, en revanche, le caractère objectif de la règle dont dépend l'existence ou non d'un acte juridique, c'est que l'analyse ne se focalise que sur l'intention déclarée de son auteur. Comme on l'a expliqué, en réalité, derrière la recherche d'une « manifestation de volonté » se trouve implicitement posée la question de savoir si l'État a valablement usé d'un pouvoir déterminé, ce qui ne relève en rien du for intérieur mais de l'utilisation d'une « procédure » prévue par une règle d'habilitation. En ce sens, le terme « intention » tend à constituer un prisme déformant. C'est bien à une reconstruction objective de la manifestation de volonté que le juge procède, et c'est sur l'apparente réalisation d'une action déterminée que les États intéressés peuvent tabler. Pareille vision des choses implique la reconnaissance d'un langage commun entre les États. C'est en vertu des conventions admises dans l'ordre relationnel du droit international que l'adoption apparente d'un acte peut se voir effectivement attribuer la valeur d'un acte, peu important l'intention réelle de son auteur. Selon une telle perspective, on comprend par ailleurs l'évolution historique de l'appréhension des actes unilatéraux. Leur naissance étant dépendante d'une convention non écrite (comme dans toute communauté linguistique), il apparaît normal que les gouvernements aient été plus frileux pour en reconnaître la portée il y a un siècle (lorsque ladite convention était encore en formation), tandis que la jurisprudence est aujourd'hui très claire et fait peser plus facilement sur eux la responsabilité des apparences qu'ils pourraient laisser échapper.

162. *Les indices émanant du contenu d'une déclaration* – Les termes d'une déclaration offrent un point de départ logique pour déterminer si elle doit emporter des effets juridiques. C'est généralement par là que démarre le raisonnement des juges en cas de litige, pour qui il s'agit d'identifier, on l'a dit, si un objet clair et précis s'en dégage. Les termes employés peuvent donc rapidement aboutir au rejet de son caractère juridique et au constat de l'inexistence d'un acte. La jurisprudence est en effet très claire sur ce point. Dans l'arrêt rendu en 2006 à propos des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la République démocratique du Congo (RDC) prétendait que la compétence de la Cour pouvait être fondée sur l'article IX de la Convention sur le génocide, qui faisait pourtant l'objet d'une réserve de la part du Rwanda. L'argument développé par le demandeur consistait alors à démontrer que la Ministre de la Justice rwandaise avait formulé une promesse de retrait lorsqu'elle avait annoncé devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies que les réserves à certains traités de protection des droits fondamentaux seraient retirées. La Cour rejeta toutefois rapidement une telle lecture des faits, en constatant que la déclaration visée avait été formulée en des « termes généraux », qu'elle renvoyait « indistinctement à toute réserve émise par le Rwanda » ou encore qu'elle ne

mentionnait aucun délai précis⁶⁹⁷. Elle en conclut donc qu'il s'agissait d'une simple déclaration d'intention. Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (2008) ayant opposé Djibouti à la France, la Cour suivit un raisonnement assez similaire. Selon elle, la lettre du 27 janvier 2005 ayant trait à la transmission du dossier relatif à l'affaire Borrel « ne comport[ait] pas d'engagement formel de la part du directeur de cabinet du ministre de la justice (...) il s'agissait plutôt d'informer l'ambassadeur de Djibouti en France de ce qu'il avait fait afin de déclencher la procédure légale rendant possible cette transmission ». Cela dit, le sens ordinaire des termes ne fut traité que comme un premier indice. La Cour admit en effet que le directeur de cabinet « [avait] pu laisser croire à ses interlocuteurs que ce n'était qu'une question de formalités »⁶⁹⁸. Elle ajouta alors au paragraphe suivant que la lettre ne pouvait pas, de toute façon, avoir pour contenu un engagement formel dès lors que le même agent du Ministère de la justice avait dans un échange précédent indiqué que la question ne relevait que de la compétence du juge d'instruction⁶⁹⁹.

163. Le critère du contexte – Au-delà du critère du contenu d'une déclaration, l'indication selon laquelle les circonstances dans lesquelles elle a été formulée sont pertinentes aux fins de détermination de sa nature juridique peut être vue comme faisant écho à certaines considérations de philosophie du langage⁷⁰⁰. En effet, si l'on admet que l'effet illocutoire d'un acte dépend de la signification admise entre son auteur et ses interlocuteurs, il est normal que le contexte soit pris en considération au titre de l'établissement ou de la précision des conventions établies entre eux. C'est par ce chemin que des cultures et sous-cultures attribuent des sens à certains mots ; et par celui-ci également que des mots prononcés se voient attribuer tel sens dans une certaine situation (une promesse d'accomplir une tâche dans un cadre professionnel) et non dans une autre (une promesse absurde entre amis qui plaisantent). Dès lors, lorsque la CIJ indique dans l'affaire des *Essais nucléaires* qu'un État peut se trouver lié par

⁶⁹⁷ CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence de la Cour et recevabilité de la requête, préc., § 50 pour les deux premières citations et § 51 sur l'absence de mention d'un délai.

⁶⁹⁸ CIJ, *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, préc., § 128 pour les deux citations.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, § 129. On peut également rappeler l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, préc., § 261, où la Cour fait une référence implicite au contenu de différents actes du Nicaragua : « [L]a Cour ne peut pas davantage souscrire à l'idée que le Nicaragua avait concrètement pris l'engagement d'organiser des élections libres et que cet engagement revêtait un caractère juridique. La junte nicaraguayenne de reconstruction nationale avait prévu dans son programme politique de gouvernement la tenue d'élections libres, comme l'avait recommandé la dix-septième réunion de consultation des ministres des relations extérieures de l'Organisation des États américains. Il s'était agi d'une promesse essentiellement politique (...) ».

⁷⁰⁰ Sur cette question, v. *supra*, §§ 41 et 46.

ses déclarations « même hors du cadre des négociations internationales », cela suppose que tout type d'échanges entre les parties, y compris ceux ne visant pas expressément la conclusion d'un acte bien déterminé, peut s'avérer pertinent dans le but de comprendre les interactions qui auraient pu les mener vers une signification commune⁷⁰¹. Le témoignage de la pratique est sur ce point particulièrement intéressant et révèle différents types de situation dans lesquelles l'analyse eut recourt à des contextes plus ou moins élargis.

164. *Pertinence du contexte restreint : l'existence de négociations stricto sensu* –

Une première série d'exemples permet de formuler l'hypothèse suivante : lorsque l'attitude des parties démontre qu'elles ont ouvertement opté pour la négociation *stricto sensu* d'un accord formalisé sur un objet donné, il devient très difficile de considérer que des déclarations ultérieures aient pu avoir une quelconque valeur juridique. Autrement dit, une convention de langage juridique en chasse une autre. En ce sens, dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)* (1986), les parties à l'instance s'étaient formellement accordées sur le rôle dévolu à la Commission de délimitation de l'Organisation de l'unité africaine et sur la valeur non contraignante de son éventuelle décision. Il devenait alors pratiquement impossible pour le Burkina Faso de démontrer que le Mali en avait accepté *a contrario* le caractère obligatoire par une simple déclaration faite lors d'une conférence de presse. Dans son raisonnement, la Cour compara le contexte de l'espèce à celui relatif aux arrêts rendus en 1974 à propos des *Essais nucléaires* :

« [d]ans le contexte particulier de ces affaires, le Gouvernement français ne pouvait exprimer la volonté de s'engager qu'au travers de déclarations unilatérales. En effet on voit mal comment il aurait pu accepter les termes d'une solution transactionnelle avec chacun des demandeurs sans compromettre en même temps la position qu'il défendait quant à la licéité de sa conduite. Le cadre dans lequel s'inscrit la présente affaire est radicalement différent. Rien ne s'opposait en l'espèce à ce que les Parties manifestent leur intention de reconnaître le caractère obligatoire des conclusions de la Commission de médiation de l'Organisation de l'unité africaine par la voie normale : celle d'un accord formel fondé sur une condition de réciprocité. Aucun accord de ce genre n'ayant été conclu entre les Parties, la Chambre estime qu'il n'y a pas lieu d'interpréter la déclaration faite par le chef de l'État malien le 11 avril 1975 comme un acte unilatéral comportement des effets juridiques au regard du présent différend »⁷⁰².

⁷⁰¹ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, préc., § 46. La notion de « négociation » peut être envisagée dans un sens large comme l'« ensemble des pourparlers, communications, entretiens, tractations, secrets ou ouverts, aux fins du règlement de certaines questions en suspens entre deux ou plusieurs États », J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 735. Lorsqu'il est cependant question d'une obligation de négocier, la CIJ a une approche plus restrictive à tout le moins sur leur objet et la consistance des tentatives, v. not. l'*Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, préc., §§ 156-161.

⁷⁰² CIJ, *Affaire du Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, préc., § 40.

On retrouve ici le raisonnement de la Cour lorsque, dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord* (1969), le Danemark et les Pays-Bas arguèrent en vain que l'Allemagne avait acquiescé à la règle de l'équidistance contenue à l'article 6 de la Convention de Genève de 1958, texte qu'elle avait choisi de ne pas ratifier alors même qu'il autorisait, dans l'hypothèse où elle l'aurait souhaité, la formulation d'une réserve sur ce point particulier⁷⁰³.

165. Pertinence du contexte élargi (1) : la prise en compte des sollicitations préalables des tiers – En l'absence d'un tel contexte laissant présumer que les États auraient favorisé la négociation d'un accord formel, les juges se focalisent sur l'ensemble des échanges diplomatiques susceptibles d'attribuer du sens à la déclaration soumise à leur analyse. À cet égard, une deuxième série d'affaires démontre que l'existence de sollicitations officielles préalables s'avère particulièrement pertinente. Le fait pour un État de formuler des assurances diplomatiques est en effet souvent motivé par l'intention de répondre aux sollicitations expresses des tiers qui, elles, sont pourtant purement politiques. Il existe ainsi de nombreux cas de promesses étatiques formulées au cours de contentieux⁷⁰⁴. Pour évoquer un cas de renonciation, on peut rappeler l'arrêt de la CPJI de 1933 relatif au *Statut juridique du Groënland oriental* (*Danemark c. Norvège*). Dans cette affaire, la déclaration du Ministre Ihlen emportant renonciation aux prétentions territoriales de la Norvège et laissant libre cours aux activités du Danemark sur l'ensemble du Groënland fut largement interprétée à la lumière de la sollicitation à laquelle elle répondait⁷⁰⁵. En outre, face à l'argument norvégien selon lequel la sollicitation norvégienne n'était pas assez claire, la Cour répondit que d'autres Puissances avaient quant à elles compris qu'elle impliquait une extension du monopôle sur l'ensemble du Groënland. Elle en déduit que la Norvège avait alors conscience de ce sur quoi portait l'échange en cause⁷⁰⁶.

⁷⁰³ CIJ, *Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne/Danemark et Pays-Bas), préc., § 28 : « [e]n principe, lorsque plusieurs États, y compris celui dont le comportement est invoqué et ceux qui l'invoquent, ont conclu une convention où il est spécifié que l'intention d'être lié par le régime conventionnel doit se manifester d'une manière déterminée, c'est-à-dire par l'accomplissement de certaines formalités prescrites (ratification, adhésion), on ne saurait présumer à la légère qu'un État n'ayant pas accompli ces formalités, alors qu'il était à tout moment en mesure et en droit de le faire, n'en est pas moins tenu d'une autre façon ».

⁷⁰⁴ V. *supra*, § 124 et not. CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis à Jérusalem* (Grèce c. Grande-Bretagne), préc. pp. 37-38 ; TIDM, *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor* (Malaisie c. Singapour), préc., §§ 76-81 ; CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, préc., § 69. Sur cette question des assurances diplomatiques formulées en réponse aux sollicitations des tiers, v. *supra*, §§ 124-125.

⁷⁰⁵ CPJI, *Statut juridique du Groënland oriental* (*Danemark c. Norvège*), préc., p. 71.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, pp. 71-72 : « [l]a Cour ne peut retenir cette objection. Il lui paraît difficile d'admettre que la Norvège n'aurait pas pu prévoir l'extension du monopole, alors que les États-Unis d'Amérique, saisis dès 1915 de la même demande que celle adressée le 14 juillet 1919 à la Norvège, avaient très bien compris que les

Le caractère déterminant des sollicitations préalables peut par ailleurs être corroboré par les raisonnements *a contrario* de la Cour. Par exemple, dans l'affaire *Pedra Branca* (2008), elle refusa explicitement de tenir pour juridique une déclaration qui ne répondait à aucune sollicitation précise :

« la déclaration du Johor ne répondait pas à une revendication de Singapour ni ne s'inscrivait dans le cadre d'un différend entre les Parties, contrairement à ce qui est le cas dans la jurisprudence invoquée par Singapour. (...) le Johor avait simplement reçu une demande de renseignements. C'est dans ce contexte qu'il déclara ne pas revendiquer la propriété de l'île. Cette déclaration ne saurait être interprétée comme un engagement obligatoire »⁷⁰⁷.

De même, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (1986), afin de rejeter l'argument selon lequel le demandeur s'était engagé en faveur de l'organisation d'élections libres dans le contexte de la transmission d'un plan de paix à l'Organisation des États américains, la Cour analysa la résolution du 23 juin 1979 adoptée par cette dernière. Elle en conclut qu'elle ne formulait que des recommandations « ne comportant pas d'offre formelle pouvant constituer, par son acceptation, une promesse en droit et donc une obligation juridique »⁷⁰⁸. Elle nota en outre qu'à supposer même que ce fut le cas, l'engagement ne s'adressait pas aux États-Unis d'Amérique, qui n'auraient pu en réclamer la mise en œuvre⁷⁰⁹. Ainsi, l'existence d'un véritable échange diplomatique entre les parties concernées, portant sur un objet déterminé, est essentielle pour la reconnaissance d'une promesse juridique. Pour autant, l'identification d'une sollicitation ne constitue pas un critère unique. Ce n'est pas, comme certains auteurs l'ont prétendu, que la promesse doive nécessairement être analysée comme une réponse à une sollicitation parfaitement identifiée⁷¹⁰. Ce serait donner trop d'importance aux cas évoqués et au caractère relativement formel des échanges diplomatiques constatés. Il arrive que certaines sollicitations, déclarations ou attitudes demeurent relativement floues.

166. Pertinence du contexte élargi (2) : la prise en compte des réactions subséquentes des tiers – Une troisième série d'exemples révèlent en outre que les réactions des tiers peuvent, toujours au titre du contexte, confirmer ou infirmer la valeur supposée d'une

projets danois sur le Groënland non encore colonisé comportaient l'extension du monopole (...). Il ressort de ce qui précède que la Cour ne peut envisager la déclaration Ihlen du 22 juillet 1919 que comme inconditionnée et définitive ».

⁷⁰⁷ CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, préc., § 229.

⁷⁰⁸ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, préc., § 261.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, § 262.

⁷¹⁰ V. surtout A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 180-186.

déclaration. À cet égard, il convient de relativiser l'apparent *dictum* énoncé par la Cour dans l'affaire des *Essais nucléaires* selon lequel « aucune contrepartie n'est nécessaire pour qu'[une] déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres États »⁷¹¹. Dans la mesure où la pratique jurisprudentielle s'appuie sur les échanges préalables éventuels des parties, on voit mal comment les juges ne pourraient pas également considérer les éventuelles réactions subséquentes. À ce propos, la CDI a perçu la nécessité de minimiser la position de la Cour, et ce malgré la vision stricte du Rapporteur spécial sur la question de l'autonomie des actes unilatéraux. En ce sens, le Principe 3 du texte adopté en 2006, relatif à l'identification du caractère juridique ou non d'une déclaration, souligne la nécessité de tenir compte des réactions des États intéressés⁷¹².

En conséquence, même une déclaration dont le contenu est limpide peut voir son effet tenu en échec par le refus de l'État auquel elle s'adresse. Cela confirme que sa normativité ne se situe ni sur un plan purement sémantique ni sur celui de l'intention réelle de son auteur⁷¹³. Par ailleurs, dans certains cas, le fait que certains États se comportent en pratique en tablant sur la déclaration d'un tiers peut être perçu comme un indice de la reconnaissance de sa valeur obligatoire. La CDI évoque sur ce point les réactions des États à la déclaration égyptienne de 1957 sur le canal de Suez⁷¹⁴. On peut y ajouter le raisonnement du Tribunal arbitral qui trancha le 18 mars 2015 le contentieux relatif à l'*Aire marine protégée de Chagos* entre Maurice et le Royaume-Uni. Dans cette affaire, Maurice souhaitait faire valoir l'ensemble des engagements britanniques contractés avant l'acquisition de son indépendance en 1968 (les engagements dits de Lancaster House de 1965). Parmi eux figurait notamment la restitution de l'archipel de Chagos une fois que la base militaire située sur l'île de Diego Garcia serait fermée. Au fil du temps, des doutes relatifs aux droits souverains de Maurice sur l'archipel émergèrent. Les échanges diplomatiques entre les deux États permirent au Royaume-Uni de réitérer explicitement ses engagements à plusieurs reprises et de rassurer le gouvernement mauricien. Dans ce contexte, le Tribunal considéra que le comportement de Maurice, y compris son

⁷¹¹ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, préc., § 46.

⁷¹² CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, pp. 390-391, et not. § 3. En ce sens mais sans réelle précision, v. aussi K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 246.

⁷¹³ Ce fut notamment le cas en 2001 lorsque l'Uruguay décida d'acheter au gouvernement cubain un lot de vaccins contre la méningite. Cuba avait insisté pour lui en faire don. Cependant, compte tenu de la détérioration des relations entre les deux États, l'Uruguay refusa explicitement et ordonna de déduire le prix des vaccins du montant de la dette cubaine auprès de sa Banque centrale, v. CDI, « Huitième rapport sur les actes unilatéraux des États », doc. A/CN.4/557, 26 mai 2005, pp. 10-11, §§ 36-43.

⁷¹⁴ *Ibid.*, pp. 14-15, §§ 63-69. De même, selon J. Dehaussy, si certains gouvernements doutaient de la portée de la déclaration égyptienne, le temps et la pratique ont permis de conclure à sa reconnaissance *de facto* comme engagement unilatéral, « La déclaration égyptienne de 1957 sur le Canal de Suez », *op. cit.*, p. 183.

silence durant certaines périodes, devait être perçu comme le résultat de la confiance (*reliance*) que le gouvernement avait placé dans la valeur des engagements britanniques⁷¹⁵. Le raisonnement des arbitres et leur attachement à souligner les preuves factuelles de cette confiance s'expliquent principalement par leur considération particulière pour la notion d'*estoppel*, sur laquelle ils ont fondé leurs conclusions. Néanmoins, ils ont déclaré à plusieurs reprises que le Royaume-Uni était lié en raison du caractère obligatoire de ses déclarations⁷¹⁶.

En définitive, la volonté claire et non équivoque de l'État prétendument auteur d'un acte unilatéral peut être reconstruite au prix d'une analyse objective, au cas par cas, du contenu de ses déclarations, elles-mêmes étudiées à la lumière du contexte dans lequel elles sont émises. Cela dit, compte tenu de ces considérations, la volonté étatique n'a pas nécessairement à être expresse pour apparaître sans équivoque. Suivant le contexte, la conduite voire le silence de l'État peuvent également apparaître éloquents.

B. L'existence d'actes unilatéraux implicites

167. *Reconstruction objective de la volonté sur la base d'une conduite ou du silence de l'État* – Que le droit international exige que la consistance matérielle de l'action soit suffisamment dense pour donner à voir de façon claire et sans équivoque qu'un État fait usage du pouvoir d'adopter des actes unilatéraux n'empêche en rien que cette action puisse demeurer implicite. Il est des cas où certains comportements donnés et même le silence gardé par un État se voient attribuer la valeur d'une expression non équivoque de sa volonté. Dans ces hypothèses, c'est le critère du contexte qui apparaît particulièrement déterminant en tant que signifiant. Malgré une référence en Préambule, les principes directeurs de la CDI n'évoquent pas cette possibilité⁷¹⁷. Le Rapporteur spécial a en effet longuement résisté aux

⁷¹⁵ *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, SA du 18 mars 2015, disponible sur le site internet de la CPA, not. §§ 442-443. V. également l'opinion dissidente de M. Anzilotti dans l'affaire relative au *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*, préc., p. 90 : « [c]ela est d'ailleurs confirmé par les documents postérieurs, qui démontrent que les objections norvégiennes ne se dirigeaient pas contre l'extension de la souveraineté danoise, mais contre une extension de la souveraineté qui entraînerait une extension du monopole ; l'extension de la souveraineté était donc un point acquis ».

⁷¹⁶ La conclusion du Tribunal est en effet curieusement formulée, reposant à la fois sur la notion d'*estoppel* et sur le caractère obligatoire des engagements du Royaume-Uni, *ibid.*, § 448 : « [t]he Tribunal, therefore, holds that the United Kingdom is estopped from denying the binding effect of these commitments, which the Tribunal will treat as binding on the United Kingdom in view of their repeated reaffirmation after 1968 ».

⁷¹⁷ Le Préambule souligne le fait que les États peuvent aussi générer des engagements juridiques par « une simple conduite informelle, y compris le silence qu'ils peuvent garder dans certaines situations », CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, p. 388.

injonctions des membres de la Commission et plus largement aux études doctrinales faisant état de l'importance des conduites implicites des États⁷¹⁸. Plusieurs raisons l'expliquent. D'abord, V. Rodríguez Cedeño a, dès son premier rapport, opté pour une conception extrêmement stricte, et on l'a dit trop rigide, des actes juridiques unilatéraux comme devant être « purement autonomes ». Dès lors, en cohérence avec son postulat initial, il a exclu de son étude un certain nombre d'actes implicites au motif qu'ils n'étaient pas à proprement parler des actes unilatéraux autonomes. Il s'agissait en particulier des actes de réaction, incluant notamment les cas où le silence de l'État peut être considéré comme emportant son acquiescement⁷¹⁹. Ensuite, le texte final des principes directeurs adopté en 2006 n'a pas véritablement pour objet les actes unilatéraux des États dans leur globalité, ni même les actes purement autonomes, mais les « *déclarations* unilatérales susceptibles de créer des obligations juridiques ». Pour cette raison, le champ couvert par les principes directeurs tend à se limiter aux seules promesses. Or, les promesses empruntent généralement des formes explicites ; non pas du fait d'une prescription juridique mais en raison de considérations pratiques. En effet, si une promesse ne peut être présumée et qu'une interprétation restrictive du comportement de l'État s'impose, il semble complexe pour ce dernier de promettre quoi que ce soit à un tiers sans se prononcer explicitement. L'hypothèse n'a certes pas à être totalement rejetée (on peut bien imaginer un contexte ou une convention de langage si particulière qu'une promesse puisse naître d'un silence) mais aucun élément de pratique ne la confirme. Pareil raisonnement semble par ailleurs valable, *mutatis mutandis*, pour les autorisations et habilitations. À défaut de règles spéciales contraires, il paraît en effet difficile que l'attribution de nouveaux pouvoirs légaux puisse être implicite.

Toutefois, malgré sa réticence à élargir le champ de son projet, le Rapporteur spécial a paradoxalement reconnu à différentes reprises l'importance du silence étatique et le fait qu'il

⁷¹⁸ En se limitant uniquement aux manuels et études générales, un rapide survol de la doctrine datant d'avant 2006 permet en effet de constater que de nombreux auteurs admettaient la possibilité qu'ils puissent être déduits du comportement ou du silence des États. V. not. C. Rousseau, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 430-432, p. 430 : « [l]e silence ne constitue pas en soi une variété d'acte unilatéral, mais se présente comme une modalité particulière d'expression de la volonté unilatérale de l'État » ; G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, *op. cit.*, pp. 171-172 ; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, *op. cit.*, pp. 277-278 ; J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, pp. 210-226. S'agissant des travaux généraux relatifs aux actes unilatéraux étatiques, v. not. G. Venturini, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 374-381 ; P. Cahier, « Le comportement des États comme sources de droits et d'obligations », *op. cit.*, pp. 250-260 ; F. Poirat, « Les actes unilatéraux », in D. Alland (dir.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 315-316. C. Santulli, « Travaux de la Commission du droit international (2000) », *op. cit.*, pp. 418-419.

⁷¹⁹ V. not. CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 8, § 29 et p. 11, §§ 49-50.

peut emporter de nombreux effets juridiques⁷²⁰. À cet égard, une brève étude de la pratique ne peut en rien le contredire. La jurisprudence reconnaît que les actes de renonciation, par exemple, peuvent être implicites, pourvu que le comportement de l'État soit sans ambiguïté et qu'aucune règle spéciale n'exige une déclaration expresse⁷²¹. À ce titre, si dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (2005) la CIJ rejeta l'argument de la RDC selon lequel l'Ouganda avait renoncé à son droit de présenter une demande reconventionnelle, elle souligna que « toute renonciation à des prétentions ou à des droits doit ou bien être expresse, ou bien pouvoir être déduite sans équivoque du comportement de l'État qui aurait renoncé à son droit »⁷²². De la même manière, les actes de rejet (comme le rejet d'une demande ou la protestation face à une prétention donnée) ou les actes d'acceptation (comme la reconnaissance ou l'acquiescement) sont largement reconnus comme pouvant émaner de comportements implicites ou du silence des États. Cependant, compte tenu de leur nature d'actes de réaction et bien que leur régime se rapporte à bien des égards à celui développé ici, ces actes ont leurs spécificités propres, notamment en ce qu'ils peuvent dans certains cas être présumés. En conséquence, on en développera plus avant chacun des aspects à un stade ultérieur de cette étude⁷²³. Ce qu'il convient ici de retenir, c'est que rien ne fait obstacle à ce que la valeur d'une volonté claire et non équivoque soit attribuée à certaines conduites ou au silence de l'État.

168. L'exemple de l'acceptation de la compétence de la CIJ au titre de la règle du *forum prorogatum* – Le principe est le même que l'État agisse sur le fondement d'une liberté

⁷²⁰ V. en particulier CDI, « Troisième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 19, §§ 126-133 ; « Quatrième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 5-7, §§ 22-32 ; « Sixième rapport sur les actes unilatéraux des États », p. 6, § 19 ; « Septième rapport sur les actes unilatéraux des États », pp. 75-78, §§ 187-195, où le Rapporteur spécial en vient à présenter le silence et l'*estoppel* comme des « principes modulateurs de certains actes étatiques ».

⁷²¹ C'est régulièrement le cas en matière de renonciation à une immunité. V. par ex. l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens du 2 décembre 2004 (qui n'est pas encore entrée en vigueur), l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 ou l'article 45 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963.

⁷²² CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, préc., § 293. V. aussi, *Affaire de l'indemnité russe (Turquie/Russie)*, SA du 11 novembre 1912, RSA, vol. XI, p. 446 : à propos du versement d'intérêts moratoires par la Turquie, les arbitres constatèrent que malgré une première mise en demeure explicite de la part des autorités russes, les deux États n'avaient jamais fait mention des intérêts en question durant une dizaine d'années de correspondance diplomatique. Ils en tirèrent alors les conséquences : « [e]ntre le Gouvernement Impérial Russe et la Sublime-Porte, il y a donc eu renonciation aux intérêts de la part de la Russie, puisque son ambassade a successivement accepté sans discussion ni réserve et reproduit à maintes reprises dans sa propre correspondance diplomatique les chiffres du reliquat en capital [le restant dû sans les intérêts]. (...) Le Gouvernement Impérial Russe ne peut, une fois le capital de l'indemnité intégralement versé ou mis à sa disposition, revenir valablement d'une façon unilatérale sur une interprétation acceptée et pratiquée en son nom par son ambassade ».

⁷²³ V. *infra*, Partie 2, Titre 2.

souveraine ou sur la base d'une habilitation spécifique. Par exemple, la règle du « for prorogé » permet à un État d'accepter, de manière informelle, la compétence de la CIJ (ou, en principe, d'une autre juridiction institutionnalisée) postérieurement à sa saisine par un tiers, dans le cas où un titre valable de compétence viendrait à manquer⁷²⁴. À cet égard, afin de favoriser cette voie d'accès au contentieux, la Cour a adopté de longue date une interprétation très libérale des dispositions pertinentes de son Statut et de son Règlement. Dans son arrêt de 1928 relatif à l'affaire des *Droits de minorités en Haute-Silésie (Allemagne c. Pologne)*, la CPJI déclara qu'il ne lui semblait « point douteux que la volonté d'un État de soumettre un différend à la Cour puisse résulter, non seulement d'une déclaration expresse, mais aussi d'actes concluants »⁷²⁵. À l'occasion de l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (1948), la CIJ compléta cette approche en soulignant que « ni le Statut, ni le Règlement n'exigent que [l]e consentement s'exprime dans une forme déterminée » et que « rien ne s'oppose à ce que (...) l'acceptation de la juridiction, au lieu de se réaliser conjointement, par un compromis préalable, se fasse par deux actes séparés et successifs »⁷²⁶. Dans ces conditions, la jurisprudence constante de la Cour exige que le comportement de l'État soit « non équivoque » et manifeste son consentement « volontaire, indiscutable » à l'exercice de sa compétence⁷²⁷.

Dès lors, l'acceptation par un État de la compétence de la Cour peut être manifestée de deux façons. La première et la plus simple à identifier consiste pour un État à communiquer à la Cour son consentement exprès à la suite de sa saisine par un tiers⁷²⁸. La seconde permet à la Cour d'établir le consentement d'un État en tenant compte de tout comportement concluant. En la matière, on retrouve alors une méthode éprouvée visant à établir la signification de la conduite d'un État à la lumière du contexte dans lequel elle s'inscrit. À cet

⁷²⁴ V. not. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 518. Pour une étude de la notion et de la jurisprudence lui étant consacrée, v. not. R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, pp. 563-576, sur les éléments fondamentaux de définition, v. p. 563. V. aussi V. Pouliot, « Le forum prorogatum devant la Cour internationale de Justice. L'affaire *Djibouti c. France* », *Journal judiciaire de La Haye*, vol. 3, 2008, n° 3, pp. 30-41 ; S. Yee, « Forum prorogatum Returns to the International Court of Justice », *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, 2003, n° 4, pp. 701-713.

⁷²⁵ CPJI, arrêt du 26 avril 1928, *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires) (Allemagne c. Pologne)*, Série A, n° 15, p. 24.

⁷²⁶ CIJ, arrêt du 25 mars 1948, *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, exceptions préliminaires, Rec., pp. 27-28.

⁷²⁷ *Ibid.* pour les deux derniers termes et CPJI, *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires) (Allemagne c. Pologne)*, préc., p. 24 pour les deux premiers. Les mêmes termes furent par la suite systématiquement repris, v. en particulier CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, préc., §§ 21-22 ; CIJ, *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, préc., §§ 61-62.

⁷²⁸ V. par ex., CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, exceptions préliminaires, préc., p. 19 et p. 27 ; CIJ, *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, préc., § 63.

égard, l'enjeu pour la juridiction onusienne est de trouver un juste équilibre entre, d'un côté, les exigences découlant du principe de bonne foi et, de l'autre, le respect du principe du consensualisme régissant le règlement des différends, censé prévenir toute approche excessivement offensive quant à l'identification du consentement étatique. Tenant compte de ces contraintes, la jurisprudence repose sur la prise en compte de l'attitude et de la stratégie globales des États⁷²⁹. Ainsi, le fait pour un État de plaider une affaire au fond alors que certains motifs d'incompétence auraient pu être soulevés fut interprété par la Cour comme un consentement à l'exercice de sa compétence pour l'affaire concernée⁷³⁰. En revanche, les juges refusent de tenir compte des comportements qui ont la particularité de postuler l'établissement de la compétence de la Cour si l'attitude plus générale de l'État consiste à contester clairement cette compétence. Il en alla ainsi dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company (Royaume-Uni c. Iran)* (1952). Le demandeur souhaitait établir le consentement de l'Iran sur la base du fait qu'il avait présenté des exceptions préliminaires d'irrecevabilité (venant logiquement après le traitement des questions de compétence). Cependant, la Cour rejeta cette approche en soulignant que de telles exceptions « étaient clairement indiquées comme des moyens de défense qui auraient à être traités seulement si l'exception d'incompétence (...) était rejetée »⁷³¹. Une situation similaire mais plus délicate à trancher fut soumise à la Cour dans le cadre de l'affaire du *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))* (1993), au stade des mesures conservatoires. Cédant à une logique vindicative, la Yougoslavie présenta une demande reconventionnelle visant à ce que la Cour indique des mesures conservatoires contre la Bosnie. Or, la compétence de la CIJ à l'égard de l'ensemble des demandes formulées initialement par la Bosnie-Herzégovine était loin d'être établie. Par conséquent, les juges

⁷²⁹ R. Kolb résume ainsi la situation : « [l]a finalité et la direction générale des actes en cause fournissent à cet égard le critère décisif. Quand ils tendent tous en un sens négatif, quand ils cherchent, comme moyens de défense, à dissuader la Cour de connaître du différend, un for prorogé ne saurait être impliqué (...). En d'autres termes, il ne faut pas s'attacher à un acte isolé, extrait de son contexte. Il est nécessaire plutôt d'apprécier la finalité d'un comportement dans sa globalité, en considérant toujours l'élément prévalant : la défense ou l'action », *La Cour internationale de Justice, op. cit.*, p. 570.

⁷³⁰ CPJI, *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires) (Allemagne c. Pologne)*, préc., p. 24 : « [i]l paraît difficile de nier que le fait de plaider au fond, sans faire des réserves sur la compétence, ne doive pas être regardé comme une manifestation non équivoque de la volonté de l'État d'obtenir une décision sur le fond de l'affaire. Or, la Cour a déjà observé que les conclusions du Contre-Mémoire visent une décision sur le fond ». V. également CIJ, arrêt du 13 juin 1951, *Haya de la Torre (Colombie/Pérou)*, *Rec.*, p. 79, où il est noté que les parties « ont discuté au fond toutes les questions soumises à celle-ci et n'ont rien objecté contre une décision au fond. Cette attitude des Parties suffit à fonder la compétence de la Cour » ; CIJ, arrêt du 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, *Rec.*, § 1, où l'on constate que le demandeur invoquait dans sa requête le fait que la Belgique avait accepté la juridiction de la Cour, sans autre précision. La Belgique a plaidé au fond sans contester la compétence de la Cour.

⁷³¹ CIJ, *Anglo-Iranian Oil Company (Royaume-Uni c. Iran)*, *exceptions préliminaires*, préc., p. 114.

s'interrogèrent sur la valeur qu'ils devaient attribuer au comportement de la Yougoslavie. La question était d'autant plus légitime dans la mesure où, contrairement à l'Iran dans l'affaire précitée, la Yougoslavie fit montre d'un comportement (contre-)offensif et non simplement défensif. Pour autant, la Cour se refusa à voir dans un tel acte « une manifestation non équivoque » du consentement de la Yougoslavie, au motif que la stratégie globale de l'État marquait une défiance à l'égard de l'exercice de sa compétence⁷³².

De façon générale, le processus d'attribution d'une valeur à l'action (*i.e.* de reconstruction objective de la volonté) repose sur le contenu apparent du comportement de l'État, qu'il s'agisse d'une déclaration expresse, de comportements matériels ou d'un silence, analysé à la lumière du contexte dans lequel il s'inscrit. L'objectif demeure, en toute hypothèse, de percevoir dans la conduite de l'État une expression suffisamment claire et non équivoque de la volonté de faire usage d'un pouvoir donné. Il reste toutefois que malgré l'apparente volonté susceptible d'être constatée, celle-ci ne doit avoir été entachée d'aucun vice.

§3. L'absence de vice entachant l'expression de la volonté

169. Définition et délimitation – Une expression apparemment claire et non équivoque de la volonté peut toujours dissimuler un certain nombre de vices susceptibles d'en anéantir la qualité⁷³³. Le droit permet de passer outre l'apparence et de remettre en cause, le cas échéant, l'établissement de la volonté d'un sujet. C'est un problème connu des ordres juridiques internes et en particulier du régime général des contrats⁷³⁴. Partant, lors de l'élaboration de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la CDI développa une théorie des vices du consentement et plus largement une théorie des nullités qui s'en inspirent très largement. Bien que la Commission ait affirmé le contraire, elle fit œuvre de développement progressif, tant la pratique internationale demeurerait lacunaire. Comme le soulignent alors certains auteurs, une telle greffe de concepts issus des droits internes vers le droit international n'est pas exempte de critiques, compte tenu notamment de la nature de ce dernier et des procédures spécifiques

⁷³² CIJ, ordonnance du 13 septembre 1993, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, nouvelles demandes en indications de mesures conservatoires, *Rec.*, § 34. Le Juge Lauterpacht souligna clairement les motifs de son désaccord sur ce point, v. Opinion individuelle de M. Lauterpacht, *Rec.*, pp. 420-421.

⁷³³ V. la définition des « vices du consentement », J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 1130 : « [f]aits ou comportements de nature à mettre en cause la validité ou l'opposabilité du consentement d'une personne juridique internationale ».

⁷³⁴ Il est néanmoins accepté que la théorie des vices soit en grande partie transposable aux actes unilatéraux de droit privé, v. en particulier M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, *op. cit.*, pp. 260-297.

de préparation et de conclusion des traités⁷³⁵. Cependant, dès lors qu'elle n'est pas remise en cause dans son principe, la théorie des vices semble applicable à l'ensemble des actes juridiques internationaux et non seulement aux traités. Parmi les auteurs s'étant penchés sur les actes unilatéraux étatiques et leurs conditions de validité, tous en viennent d'une façon ou d'une autre à considérer logique de se référer en la matière aux dispositions de la Convention de 1969⁷³⁶.

Sur ce point, il convient néanmoins d'opérer deux précisions, l'une théorique, l'autre relative à la délimitation du problème. En premier lieu, il faut relativiser l'approche volontariste et le renvoi vers le concept d'autonomie de la volonté qu'une telle théorie des vices laisse entrevoir⁷³⁷. Exiger l'intégrité de l'engagement de l'acteur ne revient pas nécessairement à opter pour une approche subjective de la volonté. Tout comme la volonté, les motifs à l'origine d'un vice potentiel sont envisagés objectivement, si bien qu'un sujet peut par exemple avoir eu le sentiment de commettre une erreur ou d'avoir été trompé sans pour autant qu'un juge reconnaisse le bien-fondé de ses prétentions. En second lieu, dans la mesure où l'on traite ici des conditions de validité des actes unilatéraux relatives à l'action, il convient de se limiter aux seuls motifs susceptibles de l'entacher en tant que telle, c'est-à-dire, si l'on se réfère au droit conventionnel, à ceux couverts par les articles 48 à 52 de la Convention de Vienne. On choisit donc d'exclure, d'un côté, la question du respect des dispositions du droit interne (articles 46 et 47). Il ne s'agit pas d'un vice provoqué par un facteur extérieur à l'État ni d'une condition liée au contenu de l'acte mais d'une question relative à l'habilitation interne de la personne s'exprimant au nom de l'État sur le plan international, raison pour laquelle on l'a traitée au titre des règles d'imputation⁷³⁸. D'un autre côté, on préfère renvoyer à un stade ultérieur de l'étude toute question de fond, notamment celles relatives au respect du droit

⁷³⁵ V. par ex. P. Reuter, « Principes de droit international public », *op. cit.*, pp. 539-542, bien que ce cours fût publié avant l'adoption de la Convention de Vienne. V. aussi certaines réflexions de J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, pp. 131-141.

⁷³⁶ V. par ex., J.-D. Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *op. cit.*, pp. 666-667 ; K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 243 ; V. D. Degan, « Unilateral Act as a Source of Particular International Law », *op. cit.*, pp. 187-188 ; G. Teboul, « Actes unilatéraux (États) », *op. cit.*, §§ 55-57 ; C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, pp. 237-239 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 431-442 ; P. Saganek, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, *op. cit.*, pp. 113-128.

⁷³⁷ Certains auteurs se réfèrent explicitement à la protection de l'intention réelle des États auteurs d'actes unilatéraux, par ex. K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 243 ; V. D. Degan, « Unilateral Act as a Source of Particular International Law », *op. cit.*, pp. 187-188.

⁷³⁸ Par ex. pour une distinction entre les irrégularités formelles du consentement et les irrégularités substantielles, v. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 212-220. Sur les conditions relatives à l'imputation, v. *supra*, §§ 145-153.

impératif (*jus cogens*), bien que l'on puisse considérer avec certains que la théorie des vices assure dans une certaine mesure la protection de l'ordre public de la société internationale⁷³⁹.

Les travaux du Rapporteur spécial de la CDI sur les actes unilatéraux ont eux aussi fait une large place à la théorie des vices du consentement. Dès son deuxième rapport, il s'inspira très nettement de la Convention de 1969⁷⁴⁰. Cependant, bien qu'il ait proposé dans son neuvième rapport un Principe 7 qui reprenait l'ensemble des vices envisagés en droit conventionnel, le texte final des Principes directeurs adopté en 2006 n'y fait aucune référence⁷⁴¹. Ce silence peut certainement être imputé au manque de persévérance de la Commission sur le thème des actes unilatéraux ainsi qu'à la rareté de la jurisprudence susceptible de confirmer véritablement la portée de ces règles⁷⁴². Quoi qu'il en soit, dès lors qu'il est reconnu en principe que la volonté de l'État peut être viciée lorsqu'il exprime son consentement à un acte conventionnel, la prise en compte des mêmes vices reste permise dans le cadre de l'analyse du régime général des actes unilatéraux.

170. L'erreur – Le premier vice susceptible d'entacher la régularité matérielle de l'engagement étatique repose sur l'erreur. Son régime est déterminé par l'article 48 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dont la rédaction s'inspire des propos de la CIJ dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* (1962) dans laquelle la Thaïlande considérait avoir acquiescé par erreur au tracé proposé sur une carte élaborée par une Commission mixte franco-siamoise et incluant la zone du temple en territoire cambodgien. L'existence de l'erreur est sanctionnée par une nullité relative, c'est-à-dire que seul l'État auteur de ladite erreur peut s'en prévaloir, tout comme il peut renoncer à l'invoquer par acquiescement exprès ou implicite (article 45). L'erreur fait l'objet d'une pratique internationale relativement maigre, presque exclusivement consacrée à des enjeux territoriaux et notamment à l'exactitude des cartes représentant des tracés frontaliers, comme dans l'affaire précitée⁷⁴³. Selon le premier paragraphe de l'article 48, l'erreur doit porter « sur un fait ou une situation que [l']État supposait exister au moment où le traité a été conclu et qui constituait

⁷³⁹ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 128. Sur les conditions relatives au respect du droit international positif et notamment des règles de *jus cogens*, v. *infra*, §§ 211 et s.

⁷⁴⁰ CDI, « Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États – additif », *op. cit.*, p. 12, § 131, où l'auteur considère que les règles applicables aux actes conventionnels peuvent « certainement s'appliquer largement aux actes juridiques unilatéraux des États ». V. aussi, « Troisième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 18-23, §§ 123-167.

⁷⁴¹ CDI, « Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 2-3 ainsi que l'additif au neuvième rapport, pp. 14-24, §§ 35-66 pour des commentaires.

⁷⁴² En ce sens, C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, p. 239.

⁷⁴³ Pour des études générales, v. not. L. Dubouis, « L'erreur en droit international public », *AFDI*, vol. 9, 1963, pp. 191-227 ; A. Oraison, *L'erreur dans les traités*, Paris, LGDJ, 1972, xiv-281 p.

une base essentielle du consentement de cet État à être lié par le traité »⁷⁴⁴. Au-delà de cette exigence, largement admise, c'est surtout une conception objective de l'erreur qui est retenue tant par le texte de 1969 que par les tribunaux internationaux⁷⁴⁵. Cela implique que l'État qui entend se prévaloir d'un tel motif de nullité de son engagement doit apporter la preuve que son erreur était légitime. Son erreur doit ainsi satisfaire plusieurs conditions.

Premièrement, il ne peut s'agir d'une erreur de droit. En ce sens, elle ne peut découler ni de l'ignorance ni de la mauvaise interprétation d'une règle donnée. La connaissance du droit par les États fait en effet toujours l'objet d'une présomption irréfragable, vue comme le corollaire de leur souveraineté dans l'ordre international⁷⁴⁶. Cette première condition fut clairement évoquée par Anzilotti dans son opinion dissidente relative à l'affaire du *Groënland oriental* (*Danemark c. Norvège*) (1933) :

« [s]i (...) on veut supposer pour un moment que M. Ilhen se soit mépris sur les conséquences qui seraient dérivées de l'extension de la souveraineté danoise, on doit reconnaître que cette erreur ne serait pas de nature à entraîner la nullité de l'accord. Toute erreur doit être excusable ; et il n'est guère facile d'admettre qu'un gouvernement puisse ignorer les conséquences légitimes d'une extension de souveraineté »⁷⁴⁷.

Deuxièmement, selon le paragraphe 2 de l'article 48, l'erreur ne doit pas être imputable à l'État, de même qu'elle ne peut être invoquée si l'État en était averti au préalable et que l'erreur pouvait dès lors être évitée⁷⁴⁸. Cela emporte deux types de conséquences. D'une part,

⁷⁴⁴ Selon le Principe 7, § 1, a) proposé dans le « Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 2, « [l']État auteur d'un acte unilatéral ne peut invoquer l'erreur comme motif de nullité de l'acte en question à moins que cet acte ait été accompli sur la base d'une erreur de fait ou d'une situation que cet État supposait exister au moment où l'acte a été accompli et qui constituait une base essentielle de son consentement à être lié par l'acte ».

⁷⁴⁵ La condition de l'erreur essentielle est confirmée par une pratique ancienne. V. CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis à Jérusalem* (Grèce c. Grande-Bretagne), préc., p. 31 ; CIJ, arrêt du 20 juin 1959, *Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières* (Belgique/Pays-Bas), Rec., p. 222 et p. 225 ; CIJ, arrêt du 18 novembre 1960, *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (Honduras c. Nicaragua), Rec., pp. 215-216 ; CIJ, arrêt du 26 mai 1961, *Affaire du temple de Préah Vihear* (Cambodge c. Thaïlande), *exceptions préliminaires*, Rec., pp. 30-31.

⁷⁴⁶ Sur ce point, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 432-434, où l'auteur s'appuie notamment sur la sentence rendue en 2003 dans l'affaire du *Régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'Unesco résidant en France*, préc. § 61 : « Ce qui importe, pour [le Tribunal], est que ce droit existait et qu'elles le connaissaient. En effet, au moment de leurs négociations, les Parties sont censées avoir connu l'état du droit de la fonction publique internationale et en avoir tenu compte ».

⁷⁴⁷ Opinion dissidente de M. Anzilotti, p. 92. La doctrine a aussi pour habitude de souligner qu'un État ne peut arguer de son inexpérience diplomatique. Dans l'*Affaire du différend territorial* (*Jamahiriyah arabe libyenne/Tchad*), préc., § 36, la Libye a souhaité pointer son inexpérience à l'époque où elle négociait avec la France mais elle n'est pas allée jusqu'à prétendre que cela viciait son consentement.

⁷⁴⁸ CIJ, *Affaire du Temple de Préah Vihear* (Cambodge c. Thaïlande), *fond*, préc. p. 26 : « [c']est une règle de droit établie qu'une partie ne saurait invoquer une erreur comme vice du consentement si elle a contribué à cette erreur par sa propre conduite, si elle était en mesure de l'éviter ou si les circonstances étaient telles qu'elle avait été avertie de la possibilité d'une erreur ». V. aussi le Principe 7, § 1, b) proposé par le Rapporteur spécial sur les actes unilatéraux dans son neuvième rapport (*op. cit.*, p. 3), selon lequel « [c]ette condition ne

l'État ne peut avoir fait preuve d'indifférence quant à l'objet de son acte et par là contribué lui-même à son erreur⁷⁴⁹. Il ne peut donc arguer du fait qu'il ne se serait jamais engagé s'il avait pu, au moment où il l'a fait, mesurer l'importance de l'objet de son engagement. On imagine mal, en effet, le Gouvernement norvégien prétendre quelques décennies après avoir renoncé à toute prétention sur le Groënland que son acte était erroné en raison du fait qu'il n'avait pas conscience de l'intérêt stratégique ou économique d'un territoire situé dans l'Atlantique Nord. Un argument de cette nature fut pourtant soulevé par la Thaïlande dans l'affaire du *Temple de Préah Vibéar* (1962). Cependant, la Cour répondit qu'une erreur ne pouvait, en droit, découler d'une telle méconnaissance de la valeur de l'objet de son acquiescement :

« la Cour considère comme juridiquement mal fondée la conséquence que l'on voudrait tirer du fait que personne en Thaïlande à l'époque n'aurait connu l'importance du temple ni ne s'en serait soucié. On ne saurait en droit réclamer des rectifications de frontière pour le motif qu'une région frontière se révélerait présenter une importance inconnue ou insoupçonnée au moment de l'établissement de la frontière »⁷⁵⁰.

D'autre part, l'État ne peut pas non plus avoir fait preuve de négligence. Il est à sa charge de soumettre les informations dont il dispose à des personnes compétentes pour les faire expertiser⁷⁵¹. À cet égard, toujours dans l'affaire du *Temple de Préah Vibéar*, la Thaïlande cherchait également à faire valoir le fait que la carte n'avait été vue que par des fonctionnaires subalternes « sans expérience en matière de cartographie et ignorant tout du temple »⁷⁵². Or, avant de rappeler, non sans laisser paraître une certaine exaspération, que bon nombre de fonctionnaires de rang élevé, jusqu'à des membres du gouvernement, avaient eu connaissance de la carte litigieuse, la Cour rejeta l'argument au motif que cela relevait pour la Thaïlande d'un problème d'organisation interne⁷⁵³. De la même manière, la Cour souligna plus loin que la Thaïlande devait être avertie qu'une erreur était possible. D'un côté, elle fit remarquer que toute personne raisonnable pouvait aisément constater que la carte ne suivait pas le tracé souhaité par la Thaïlande, compte tenu du fait qu'elle attirait nettement l'attention sur ce

s'applique pas que lorsque ledit État a contribué à cette erreur par son comportement ou lorsque les circonstances ont été telles qu'il devait être averti de la possibilité d'une telle erreur ».

⁷⁴⁹ En ce sens, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 439-440.

⁷⁵⁰ CIJ, *Affaire du Temple de Préah Vibéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, préc. p. 25. V. aussi CIJ, arrêt du 8 octobre 2007, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la Mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, Rec., § 208.

⁷⁵¹ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 435-437.

⁷⁵² CIJ, *Affaire du Temple de Préah Vibéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, préc. p. 25.

⁷⁵³ *Idem* : « [s]i les autorités siamoises n'ont montré les cartes qu'à des fonctionnaires subalternes, elles ont nettement agi à leurs propres risques et cela ne saurait appuyer les prétentions de la Thaïlande sur le plan international ».

point⁷⁵⁴. De l'autre, elle pointa le fait que les autorités siamoises avaient délibérément confié à des officiers français le soin de cartographier la région. Dès lors, connaissant l'origine du document, elles auraient dû prévenir toute erreur potentielle en procédant par elles-mêmes à une contre-expertise. Or, dans la mesure où « [e]lles l'ont acceptée sans faire de recherches pour leur propre compte », elles se trouvaient privées de l'argument consistant à invoquer une erreur viciant leur acceptation de la carte ; elles en avaient implicitement admis le risque⁷⁵⁵. En somme, du point de vue du régime des actes juridiques internationaux, l'invocation de l'erreur comme motif de nullité est strictement encadrée.

171. *Le dol et la corruption* – L'article 49 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit également qu'un État puisse invoquer le dol lorsque son consentement est vicié du fait de la « conduite frauduleuse » d'un autre État. La disposition demeure néanmoins laconique et ne livre aucun élément supplémentaire de définition. Selon certains, le dol constituerait simplement une erreur provoquée par des manœuvres susceptibles d'entraîner la responsabilité de leur auteur⁷⁵⁶. Il est sanctionné par la nullité relative de l'engagement. Cependant, il apparaît difficile à prouver dans un contexte de négociations diplomatiques souvent complexe. Par ailleurs, la pratique est sur ce point quasiment inexistante⁷⁵⁷. Le dol fut simplement évoqué dans l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, tranchée au fond par la CIJ en 2001. À l'époque où les deux parties étaient sous protectorat britannique, elles choisirent de s'en remettre au Royaume-Uni pour trancher le différend qui les opposait à propos des îles d'Hawar. Bien qu'il ne s'agît pas à proprement parler d'un compromis d'arbitrage, il a été considéré que la décision rendue serait obligatoire. Or, au moment de livrer son consentement, le Qatar ne semblait pas nécessairement conscient de la position des autorités britanniques. Celles-ci portaient en effet de la prémisse selon

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 26 : « [e]n regardant la carte, on voit qu'elle attirait si nettement l'attention sur la région de Préah Vihéar qu'aucune personne intéressée ou chargée d'examiner cette carte n'aurait pu manquer de remarquer ce qu'elle indiquait pour cette région. (...) Il semble donc que la carte de l'annexe I avait tout pour inspirer des doutes à quiconque estimait qu'à Préah Vihéar la ligne de partage des eaux devait suivre la ligne d'escarpement, ou à quiconque était chargé d'examiner cette carte ».

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 27. Comme le souligne Sir G. Fitzmaurice dans son opinion individuelle, « les autorités siamoises avaient alors accepté le risque qu'une erreur de ce genre pourrait justement être découverte un jour ou l'autre ; et quiconque agit ainsi doit être également considéré par cela même, et à l'avance, comme ayant accepté les erreurs qui se révèlent plus tard », *Rec.*, p. 52.

⁷⁵⁶ V. par ex. l'étude générale de A. Oraison, « Le dol dans la conclusion des traités », *RGDIP*, vol. 75, 1971, pp. 617-673.

⁷⁵⁷ Certains manuels évoquent des traités conclus entre anciennes puissances coloniales et des chefs de tribus ou encore les accords de Munich de 1938 conclus avec l'intention frauduleuse de ne pas les respecter en vue notamment de procéder à l'annexion par le III^e Reich de la Tchécoslovaquie. V. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 216 ; P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 314.

laquelle les effectivités du Bahreïn étaient juridiquement fondées, ce que ce dernier savait depuis une correspondance datant de 1936⁷⁵⁸. La Cour a néanmoins considéré que le Qatar en avait été informé dans une note du 20 mai 1938. Cette note évoquait le titre *prima facie* possédé par Bahreïn sur les îles. Néanmoins, elle resta évasive et proposa au Qatar d'étudier ses revendications « dans un esprit de vérité et de justice »⁷⁵⁹. Par conséquent, certains juges minoritaires trouvèrent que le contexte diplomatique élargi dans lequel cette note s'inscrivait révélait une manœuvre dolosive de la part des autorités britanniques⁷⁶⁰.

172. Le vice de corruption du représentant s'étant engagé au nom de l'État fut également consacré par la Convention de Vienne de 1969 en son article 50. Il ne fait toutefois l'objet d'aucune définition précise autre qu'organique, la disposition exigeant que l'acte de corruption soit imputable directement ou indirectement à un autre État ayant participé à la négociation du traité. Pour certains auteurs, un tel vice est en réalité rattachable au dol et il n'apparaît pas nécessaire d'en avoir créé un autonome⁷⁶¹. La pratique apparaît par ailleurs extrêmement limitée⁷⁶². Rien n'empêche, cependant, que ce soit en matière de dol ou de corruption, de considérer que les mêmes problématiques se posent pour les traités et pour les actes unilatéraux. Il n'est pas interdit d'imaginer que le représentant d'un État apte à engager celui-ci par une promesse unilatérale, une renonciation ou tout autre acte aurait pu être trompé ou corrompu. C'est la raison pour laquelle le Rapporteur spécial de la CDI avait retenu ces deux hypothèses aux paragraphes 2 et 3 du Principe 7 qu'il proposa dans son neuvième rapport⁷⁶³.

173. La contrainte – Comme pour les vices précédents, si la contrainte est envisagée par le droit des traités, il n'existe aucune raison de considérer qu'elle ne puisse être invoquée vis-à-vis des actes unilatéraux. Selon une définition générale, la contrainte est constituée par l'acte

⁷⁵⁸ CIJ, *Affaire de la délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, fond, préc., § 54.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, § 119.

⁷⁶⁰ Opinion dissidente commune des juges M. Bedjaoui, R. Ranjeva et A. Koroma, *Rec.*, §§ 41-42 : « [c]e fut une opération à quatre temps : d'abord taire l'existence de la décision de 1936 ; ensuite laisser accréditer l'idée que l'occupation bahreïnite qui en est réellement résultée est totalement indépendante de cette décision ; après quoi saisir toutefois cette occupation comme une bonne occasion d'affirmer qu'elle justifie de penser qu'« à première vue » les Hawar appartiennent à Bahreïn ; et enfin se garder de faire interrompre cette occupation sans avoir reçu au préalable l'argumentation contraire de Qatar. (...) C'est donc un semblant de « consentement », chargé d'ombres et d'équivoques, que l'arrêt s'essaie à prendre en compte (...) alors que ce consentement (...) était vicié par le dol ».

⁷⁶¹ En ce sens, J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, pp. 136-137 ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 217.

⁷⁶² Pour une application à un contrat d'État, v. la sentence rendue par un tribunal CIRDI, *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, n° ARB/00/7, SA du 4 octobre 2006, *ILM*, vol. 46, p. 337.

⁷⁶³ CDI, « Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 3.

ou la menace de coercition exercés à l'encontre d'un tiers ou de son représentant⁷⁶⁴. Par son interdiction, il ne s'agit pas simplement de protéger la volonté de l'auteur d'un acte juridique mais aussi, plus largement, certains principes fondamentaux de l'ordre juridique international⁷⁶⁵. C'est la raison pour laquelle elle est sanctionnée d'une nullité absolue. L'article 51 de la Convention de 1969 prohibe ainsi la contrainte portée sur le représentant de l'État. Comme pour le dol et la corruption, cette disposition comporte une large part de développement progressif. Elle n'apporte en outre aucune définition précise. Il semblerait, dès lors, que la contrainte dirigée contre un représentant étatique puisse revêtir toutes les formes imaginables (physiques, psychologiques ou autre) et qu'elle puisse être directe ou indirecte (en visant par exemple les proches du représentant)⁷⁶⁶.

L'article 52 interdit quant à lui la contrainte exercée contre l'État « par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies ». La formulation retenue emploie une référence à double détente, c'est-à-dire qu'elle vise non seulement un autre traité mais renvoie de plus aux principes qui y sont liés, soit que ce texte inclut directement soit qu'il contribue à générer⁷⁶⁷. Par conséquent, s'il ne fait aucun doute que l'article 52 vise toute forme de contrainte militaire, il apparaît légitime de s'interroger sur la possibilité de retenir d'autres formes de contrainte non armées. Le débat fut soulevé lors de la conférence de Vienne et aboutit à l'adoption d'une déclaration annexe sur l'interdiction de la contrainte militaire, politique ou économique lors de la conclusion des traités⁷⁶⁸. D'autres textes célèbres y font également référence, comme la résolution 2625 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 24 octobre 1970⁷⁶⁹. On peut par ailleurs évoquer l'existence de procédés de pression économique et politique sur des États tiers (*i.e.* l'unilatéralisme de projection développé au titre des causes subjectives des prétentions normatives unilatérales)⁷⁷⁰. Or, il n'est pas interdit de supposer que ces procédés puissent être utilisés par des États puissants à des fins coercitives dans le but, par exemple, de pousser un tiers à autoriser une intervention armée sur son territoire ou à renoncer à des prétentions sur

⁷⁶⁴ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 253.

⁷⁶⁵ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 132.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 133.

⁷⁶⁸ V. F. Mégret, « Declaration on the Prohibition of Military, Political or Economic Coercion in the Conclusion of Treaties », in O. Corten, P. Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties : a Commentary*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 1861-1868.

⁷⁶⁹ La résolution 2625 souligne en effet qu'« [a]ucun État ne peut appliquer ni encourager l'usage de mesures économiques, politiques ou de toute autre nature pour contraindre un autre État à subordonner l'exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit ».

⁷⁷⁰ V. *supra*, §§ 83-84.

des espaces maritimes. Toutefois, la prudence s'impose face à ce type d'hypothèses car il peut exister des formes de coercition sans pour autant que celles-ci génèrent nécessairement un vice objectif dans le chef de l'État qui les subit. En l'absence de contrainte armée, l'État visé est présumé exercer sa souveraineté et, par conséquent, supporter la responsabilité de ses actes unilatéraux. D'un point de vue pratique, s'il peut dès lors apparaître difficile de remettre en cause sa manifestation de volonté en raison de l'existence d'un vice, l'État peut, en revanche, être fondé à agir sur le terrain de la responsabilité du tiers à l'origine du comportement litigieux. La coercition non militaire peut en effet donner naissance à des faits illicites⁷⁷¹. En conséquence, si l'auteur d'un acte s'estime lésé dans ses droits souverains, c'est plutôt en amont de l'émergence d'un vice qu'il devrait agir, en apportant par exemple la preuve d'une forme d'ingérence dans ses affaires intérieures.

Quoi qu'il en soit, la contrainte n'est pas un vice à négliger. Comme pour les traités, il a toute sa place dans un régime général des actes unilatéraux des États⁷⁷². Si le droit des actes unilatéraux exige de l'État que sa volonté soit exprimée de façon claire et sans équivoque, cela ne peut aller sans les garanties qui accompagnent cet État en cas d'erreur légitime, de dol, de corruption de son représentant ou de contrainte. Il en va de la sécurité et de la stabilité des relations juridiques internationales. Pour tous ces vices à l'exception de l'erreur, bien qu'aucune définition précise ne se dégage de la pratique, il semble utile d'établir un pont entre le régime des actes et le droit de la responsabilité internationale. La nullité de l'acte apparaît en effet comme l'une des conséquences de l'illicéité du comportement d'un tiers ayant pesé sur l'expression de la volonté de son auteur.

* *

L'action réalisée par un État constitue le moyen de montrer, d'extérioriser, le fait qu'il fait usage d'un certain pouvoir juridique. Elle constitue le message qui signifie que l'État adopte un acte juridique. La compréhension par les tiers de ce message est plus aisée si les règles d'habilitation déterminent à l'avance quelles sont les conditions pour que l'action se voit

⁷⁷¹ J.-P. Jacqué établit en ce sens un lien entre le vice potentiel découlant de la contrainte non militaire et l'illicéité de celle-ci : « [les traités] ne sont nuls que dans les limites de l'illicéité de la contrainte telle que la définit le droit international ». Au-delà de l'erreur, il émet alors une certaine perplexité devant la transposition de la théorie des vices du consentement en droit international, v. *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, p. 135. En ce sens, v. aussi P. Reuter, « Principes de droit international public », *op. cit.*, p. 541 : « il faut cependant observer qu'il s'agit ici de sanctionner non un vice du consentement, mais seulement les conséquences d'un acte illicite (...). C'est donc une erreur d'optique complète de traiter de la non-validité de certains actes illicites sous l'angle de la théorie des vices du consentement ».

⁷⁷² Les articles 51 et 52 de la Convention de Vienne sont ainsi repris au Principe 7, § 4 et § 5 proposé dans le « Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 3.

attribuer l'effet voulu. Cependant, les règles ayant un caractère formaliste demeurent relativement rares. Dans ces conditions, le droit international se contente d'exiger que les États manifestent leur volonté de manière claire, non équivoque et non viciée. Aussi, tout comportement de l'État, y compris son silence, peut-il constituer une action éloquente permettant de faire naître un acte juridique. Cette reconstruction objective de la volonté étatique repose sur l'analyse du contexte et en particulier des interactions diplomatiques dans lesquels ces comportements s'inscrivent. Le principe dégagé permet dès lors de comprendre qu'un État puisse, la plupart du temps, adopter un acte juridique et notamment une prétention normative selon les formes qu'il détermine librement ; mais également, comme cela sera développé ultérieurement, que face à la prétention d'un tiers le sommant de réagir, son silence puisse se voir attribuer selon les cas la valeur d'un rejet ou d'un acquiescement.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

174. L'utilisation du concept de norme d'habilitation permet d'aboutir à divers constats et distinctions utiles à l'appréhension des actes unilatéraux étatiques susceptibles d'obtenir les effets de prétentions normatives. D'une part, le concept revêt un intérêt théorique en ce qu'il offre un découpage éclairant des normes internationales d'habilitation en vue d'identifier les marges de liberté et les contraintes dans le cadre desquelles les États peuvent adopter des actes juridiques. En outre, leur distinction permet de comprendre, dans les cas où ces actes véhiculent des prétentions normatives, ce qui relève de l'interprétation ou de la modification du droit.

D'autre part, le concept ouvre la voie vers une représentation cohérente des fondements et objets des prétentions normatives telles qu'envisagées dans cette étude. Quant à leurs fondements d'abord, il est utile de les représenter comme relevant d'un *continuum* incluant des règles plus ou moins (in)déterminées. L'analyse des régimes juridiques des actes unilatéraux des États en est facilitée en ce qu'elle repose sur une logique unifiée. Ainsi, s'agissant des conditions relatives à l'acteur, certaines règles spécifiques habilitent tout État ou une catégorie d'États (habilitations à caractère général) ou un ou plusieurs États identifiés (habilitations à caractère particulier). À défaut, les États disposent d'une capacité générale d'adopter des actes juridiques dans le cadre, on le verra, des limites matérielles déterminées par le droit international en vigueur. Il en va de même à propos de l'opération d'imputation : soit la *lex specialis* pose une condition déterminée, soit le droit international coutumier s'applique et renvoie simplement aux pouvoirs des organes et agents des États déterminés par leur droit interne, sachant que les hauts représentants du pouvoir exécutif sont présumés agir en leur nom. Concernant la condition relative à l'action, les habilitations internationales ne posent que de rares exigences formelles en vue de l'adoption d'actes unilatéraux. Afin de pallier leur silence, le régime général s'applique là encore par défaut. Il se contente alors d'exiger que la volonté d'un État de faire usage d'un pouvoir donné apparaisse d'une manière claire, non équivoque et non viciée.

Quant à leurs objets ensuite, le concept permet de mettre en lumière les différents éléments susceptibles d'être visés par des prétentions normatives. En l'occurrence, dans la mesure où les conditions relatives à l'acteur et à l'action sont essentielles à la formation d'actes juridiques ayant la valeur de prétentions, elles ne peuvent faire l'objet de tentatives de

modification. Les États disposent certes de marges d'appréciation (quant au fait d'être destinataires d'une habilitation particulière ou quant aux formes requises pour l'adoption d'un acte). Toutefois, le détournement des contraintes posées par ces règles déboucherait sur l'échec de la formation d'un acte juridique ou constituerait, tout au plus, une offre *largo sensu*. Inopposable automatiquement, pareille comportement ne produirait les effets recherchés par son auteur que si les tiers y consentent.

En définitive, le respect au moins apparent des conditions relatives à l'acteur et à l'action est une condition primordiale de naissance d'une prétention normative unilatérale *stricto sensu*. L'objet de ces prétentions, quant à lui, porte généralement et assez logiquement sur les conditions de fond relatives soit aux champs d'application et des effets des règles d'habilitation, soit à leurs limites extrinsèques.

CHAPITRE 2

LES CONDITIONS RELATIVES AUX CHAMPS D'APPLICATION ET DES EFFETS

175. Le champ d'application d'une règle d'habilitation correspond aux différents secteurs de la réalité (sujets, activités, situations, phénomènes, *etc.*) vis-à-vis desquels la règle permet l'adoption d'actes juridiques et ainsi la réalisation de certains effets de droit. On a alors expliqué que c'est par la détermination ou l'indétermination volontaire de ce champ d'application qu'une habilitation accorde à un acteur une compétence d'attribution ou une compétence générale⁷⁷³. Le champ des effets, quant à lui, correspond au(x) type(s) d'actes juridiques que l'acteur peut adopter sur le fondement d'une certaine habilitation et dans le cadre du champ d'application qu'elle détermine. Ce champ prévoit en ce sens les effets que les États ont la possibilité de faire advenir (délimiter un territoire maritime, attribuer la nationalité ou la qualité de représentant étatique, exercer une compétence juridictionnelle, *etc.*). Si le champ des effets est déterminé, le pouvoir de l'État est dirigé, tandis que s'il demeure indéterminé, l'État dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

L'analyse de ces deux champs prolonge la double démarche initiée dans le chapitre précédent en éclairant, d'un côté, les fondements des actes unilatéraux étatiques en général et, de l'autre, les conditions de naissance des prétentions normatives et leurs objets potentiels. S'agissant, en premier lieu, de la représentation des habilitations internationales en tant que fondements, il est à nouveau permis d'en systématiser le fonctionnement au moyen d'une représentation globale le long d'un *continuum* allant de la plus haute détermination jusqu'à l'indétermination totale des deux champs évoqués, laissant aux États une liberté souveraine qui s'avère néanmoins « résiduelle » et drastiquement réduite par la densification du droit international. Du degré de détermination de ces champs dépend alors, en second lieu, la nature des prétentions normatives susceptibles de découler des actes pris sur ces fondements. Plus une habilitation est déterminée, plus il y a de chances qu'elle fasse l'objet d'une mise en œuvre uniforme ; et plus il est aisé dans ce cas de distinguer entre le caractère interprétatif ou modificatif d'une prétention. À l'inverse, moins une habilitation apparaît déterminée, plus

⁷⁷³ V. *supra*, § 131.

L'État agit selon les marges de liberté dont il dispose et plus il est possible qu'il ressorte de ses actes diverses prétentions normatives sommant les tiers intéressés de réagir. En ce sens, lorsqu'il agit sur la base d'une habilitation indéterminée, ses prétentions peuvent être présumées interprétatives. Toutefois, cette hypothèse pose la question du respect des règles extrinsèques qui délimitent les contours de la liberté résiduelle de l'État.

L'identification des fondements autant que des objets des prétentions étatiques diffère donc selon que les champs d'application et des effets des règles évoquées sont hautement ou à tout le moins partiellement déterminés ou, au contraire, totalement indéterminés. Dans le premier cas, les conditions régissant l'adoption d'actes juridiques unilatéraux, dans le cadre desquelles peuvent naître des prétentions normatives, sont intrinsèques aux règles d'habilitation (**Section 1**). Dans le second, la liberté des États est extrinsèquement limitée et ce sont ces limites qui sont susceptibles de faire l'objet de prétentions normatives (**Section 2**). Pareil découpage remplit à ce titre une fonction didactique mais ne doit pas être vu comme impliquant une rupture dans le *continuum* envisagé. En effet, les actes pris sur le fondement d'une habilitation déterminée doivent également respecter, en plus des conditions intrinsèques à cette habilitation, l'ensemble des limites posées par des règles extrinsèques et notamment par un certain nombre de principes généraux. Ce n'est que par commodité que l'on évoque en dernier lieu le rôle des règles extrinsèques aux habilitations.

Section 1 – Conditionnement intrinsèque : le cas des règles hautement ou partiellement déterminées

176. Le degré de détermination des champs d'application et des effets des règles internationales d'habilitation laisse apparaître différentes combinaisons possibles. Soit les deux champs sont hautement déterminés. Soit les deux ne sont que partiellement déterminés. Soit l'un des deux seulement est déterminé ; il s'agit généralement du champ d'application, tandis que le champ des effets, quant à lui, permet à l'État d'exercer un pouvoir discrétionnaire. L'analyse du champ d'application (§1) et du champ des effets (§2) des habilitations internationales permet alors d'établir différentes typologies fondées sur les critères intervenant dans la variation de leur degré de détermination. Ces critères constituent autant d'objets potentiels sur lesquels peuvent porter les prétentions normatives unilatérales des États.

§1. Les conditions relatives au champ d'application

177. Si l'on reprend la représentation proposée par G. Tusseau, le contenu du champ d'application d'une règle d'habilitation peut être déterminé à l'aide d'au moins quatre critères : 1) la ou les classes de personnes soumises à la compétence de l'acteur habilité, 2) le type de phénomènes, d'évènements, de comportements ou d'activités à l'égard desquels il peut agir, 3) le champ spatial au sein duquel il peut générer des effets de droit ou encore 4) la période de temps durant laquelle son pouvoir peut être exercé⁷⁷⁴. Plusieurs critères peuvent évidemment être combinés au sein d'une même habilitation (par exemple, une activité déterminée au sein d'un espace donné). À cet égard, peu importe, d'un point de vue théorique, que l'on considère que les règles d'habilitation aient vocation à régir des activités ou situations d'un côté (approche matérielle du concept) ou des personnes et leurs conduites de l'autre (approche personnelle). *In fine*, l'objectif est identique dans la mesure où les critères évoqués constituent en pratique les coordonnées d'identification des phénomènes et comportements qu'il s'agit pour l'acteur habilité de régir par l'exercice du pouvoir dont il dispose⁷⁷⁵.

Les critères évoqués permettent ainsi de comprendre sur quelles bases varient le degré de détermination du champ d'application d'une habilitation et, dès lors, la marge d'appréciation dont bénéficient les États à ces différents égards. En ce sens, une combinaison de plusieurs critères aboutit à un type de règles dont le champ d'application est hautement déterminé. On peut dans ce cas parler de règles d'habilitation spécifiques (A). L'hypothèse correspond la plupart du temps aux règles contenues dans des dispositions conventionnelles que les États ont négociées avec plus ou moins de précision. Inversement, les règles dont le champ d'application ne repose que sur un seul critère sont partiellement déterminées. Elles constituent des habilitations génériques (littéralement, qui se rapportent à un « genre » et non une espèce particulière) (B). Cette seconde hypothèse trouve des illustrations classiques en droit coutumier et rassemble l'ensemble des règles traditionnelles évoquées dans le cadre de la « théorie des compétences ».

⁷⁷⁴ G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, pp. 332-333.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, pp. 334-335, où l'auteur rappelle l'étendue du débat au sein de la doctrine classique pour conclure qu'il importe peu, par exemple, « qu'une association de chasse agréée soit habilitée à édicter des normes relativement aux chasseurs ou bien relativement à l'activité de la chasse » (p. 335).

A. Champ d'application hautement déterminé : habilitations spécifiques

178. *Combinaison de critères* – Les normes d'habilitation spécifiques ont pour particularité d'avoir un champ d'application hautement déterminé, dont les contours sont généralement définis par l'emploi cumulatif de différents critères⁷⁷⁶. Dans ce type d'hypothèses, il est dès lors possible de se représenter une image précise de « ce sur quoi » un État peut adopter un acte unilatéral déterminé s'il entend faire advenir les effets que la règle d'habilitation prescrit. Une première illustration peut être livrée par l'article 36, § 2 du Statut de la CIJ permettant aux États de déclarer reconnaître sa juridiction obligatoire. La disposition précise à cet égard que les États peuvent formuler de tels actes unilatéraux « à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation » ainsi que sur « tous les différends d'ordre juridique » portant sur l'interprétation d'un traité, tout point de droit international, la réalité de tout fait susceptible de constituer la violation d'une obligation internationale ou encore la nature et l'étendue de la réparation due en conséquence d'une telle violation. L'habilitation combine donc un critère personnel (les États ne peuvent reconnaître la compétence de la Cour à l'égard d'autres sujets que les États) et un critère matériel (la reconnaissance ne peut porter que sur les différends d'ordre juridique ayant par ailleurs certains objets déterminés). L'article 12 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale combine également différents critères. Son paragraphe 3 habilite les États non parties au Statut à reconnaître la compétence de la Cour. Il renvoie néanmoins au paragraphe 2 qui détermine les contours d'une telle reconnaissance, pouvant porter soit sur les crimes commis sur leur territoire ou à bord d'un navire ou aéronef relevant de leur compétence (article 12, § 2 a)), soit sur les crimes commis par l'un de leurs ressortissants (article 12, § 3 b)). Le champ d'application de l'habilitation apparaît donc déterminé par un critère spatial ainsi que par des critères de rattachement personnels (la nationalité d'un individu, le pavillon d'un navire ou l'immatriculation d'un aéronef).

Un second exemple est fourni par les règles qui encadrent les demandes d'extradition. En la matière, le champ d'application de la convention applicable tend à définir également le

⁷⁷⁶ Il convient cependant de reconnaître qu'il existe quelques rares cas de normes d'habilitation spécifiques dont le champ d'application n'est défini que par un seul critère. Par exemple, les règles habilitant les États à déterminer les limites externes des espaces maritimes relevant de leur compétence n'ont qu'un champ d'application spatial (une limite maximale à ne pas dépasser). De même, la règle coutumière relative à l'attribution de nationalité n'a qu'un champ d'application personnel (l'État peut librement attribuer sa nationalité à tout individu). Bien que ces habilitations n'emploient qu'un seul critère, celui-ci est nécessaire et surtout suffisant à la détermination de leur champ d'application *aux fins des effets* que ces actes sont amenés à produire. C'est parce que le champ de leurs effets est hautement déterminé (délimitation de zones maritimes et attribution de nationalité) que leur champ d'application peut être restreint à un seul critère et c'est la raison pour laquelle on peut considérer qu'il s'agit malgré tout de normes d'habilitation spécifiques. Sur les différents degrés de détermination du champ des effets, v. *infra*, §§ 197 et s.

champ d'application de l'habilitation à formuler de telles demandes, qui ne déploient leurs effets (c'est-à-dire qui n'obligent l'État requis à extraditer un individu) que pour certaines infractions déterminées et dans certaines circonstances. Ainsi, si l'on se réfère à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 et ses différents Protocoles, sont inclus dans son champ d'application tous les faits punis par les lois des deux parties requérante et requise d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un an au moins (article 2, § 1). En sont toutefois exclues, notamment, les infractions pour lesquelles la législation de l'État requis n'autorise pas l'extradition (article 2, § 3), les infractions considérées par la partie requise comme purement politiques (article 3, § 1, sachant que le Premier protocole additionnel rend impossible une telle qualification pour les crimes contre l'humanité, les crimes de génocide et les crimes de guerre) ainsi que les infractions militaires qui ne constituent pas des infractions de droit commun (article 4). La Convention combine de cette façon différents critères matériels (la condition de double incrimination, la nature des infractions et la nature des sanctions encourues) afin de délimiter clairement le champ d'application de l'habilitation, destinée aux États parties, à formuler des demandes d'extradition. Par ailleurs, il peut être ajouté que, du côté des parties requises, il est possible de formuler en retour un acte unilatéral de refus pour différents motifs. L'habilitation à formuler un tel refus combine quant à elle des critères matériels (si des poursuites pour les mêmes faits sont déjà en cours (article 8), si l'individu réclamé a déjà été définitivement jugé pour les mêmes faits (article 9) ou s'il risque la peine capitale et que l'État requérant ne livre pas les assurances adéquates (article 11)), personnel (si la demande vise l'un de ses ressortissants (article 6, § 1)) ou encore territorial (si l'infraction a été commise en tout ou en partie sur son territoire (article 7, § 1)).

Une dernière illustration peut être tirée du droit de la mer et notamment des règles qui encadrent le pouvoir des États de réglementer les espaces soumis à leur compétence. Certaines dispositions de la Convention de Montego Bay combinent en ce sens des critères spatiaux et relatifs à l'objet des réglementations que les États ont le pouvoir d'adopter⁷⁷⁷. C'est particulièrement le cas pour les espaces les plus éloignés des côtes, tels que la zone contiguë et la zone économique exclusive, qui ne sont pas assimilés au territoire terrestre de l'État et

⁷⁷⁷ En la matière, comme l'a souligné H. Ascensio, « une particularité provient de la définition desdites compétences en droit de la mer car, dans chaque espace, le pouvoir étatique doit prendre en considération non seulement les droits des autres États – par exemple pour assurer la liberté de la navigation –, ce qui est peu fréquent sur les espaces terrestres, mais également les finalités de l'habilitation à réglementer », v. « Les actes unilatéraux étatiques en droit de la mer », in M. Forteau, J.-M. Thouvenin (dir.), *Traité de droit international de la mer*, op. cit., pp. 198-199.

dès lors soumis à la plénitude de sa compétence souveraine. S'agissant de la zone contigüe, l'article 33 de la Convention de Montego Bay précise qu'il s'agit pour l'État côtier d'« exercer le contrôle nécessaire » à la prévention et à la répression de certaines infractions (douanières, fiscales, sanitaires ou d'immigration) pouvant être commises sur son territoire ou dans sa mer territoriale. Pour ce qui concerne la ZEE, l'article 56, § 1 a) de la Convention indique que l'État côtier dispose de « droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques » ainsi que pour d'autres activités tendant à l'exploration ou exploitation de la zone « à des fins économiques, telles que la production d'énergie »⁷⁷⁸. L'article 56, § 1 b), quant à lui, n'emploie plus l'expression de « droits souverains » mais indique que l'État côtier a « juridiction » en ce qui concerne la mise en place d'îles artificielles, d'installations et d'ouvrages, la recherche scientifique marine ainsi que la protection et la préservation du milieu marin (les articles 60 à 62 détaillant pour chaque domaine les droits et obligations de l'État côtiers et les droits des tiers). Dans un cas et dans l'autre, c'est donc le champ d'application matériel de l'habilitation qui diffère tandis que le critère spatial demeure identique. Quant aux expressions « droits souverains » et « juridiction », elles renvoient en réalité toutes deux à une situation d'indétermination du champ des effets de l'habilitation, impliquant pour les États côtiers un pouvoir discrétionnaire quant au contenu des actes qu'ils souhaitent adopter vis-à-vis de l'espace et des matières déterminés par les deux champs d'application⁷⁷⁹.

Il est ainsi relativement aisé d'identifier le champ d'application des règles d'habilitation spécifiques qui combinent différents critères. Ceux-ci constituent pour les États, d'un côté, autant de conditions encadrant l'adoption des actes juridiques unilatéraux que ces règles régissent et, de l'autre, autant d'objets potentiels de leurs prétentions interprétatives ou modificatives. L'identification du champ d'application des règles d'habilitation génériques apparaît plus délicate.

⁷⁷⁸ Dans l'*Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent (France/Canada)*, le Tribunal arbitral a relativisé l'emploi dans cette disposition de l'expression « droits souverains » : « il n'apparaît pas cependant que ce pouvoir de gestion, que la Convention associe constamment à l'idée de conservation, ait précisément d'autres fins que la conservation des ressources ; il se présente avant tout comme une fonction d'administration que l'État côtier est désormais réputé le mieux à même d'exercer, mais qui demeure cependant une fonction d'intérêt général », SA préc., pp. 255-256, § 50.

⁷⁷⁹ Sur les habilitations indéterminées quant au champ de leurs effets, v. *infra*, §§ 200 et s.

B. Champ d'application partiellement déterminé : la problématique des habilitations génériques

179. *Prémises* – L'identification d'un type particulier de règles d'habilitation dont le champ d'application est faiblement déterminé permet d'appréhender, en éclairant ses soubassements logiques, la théorie des compétences des États dans l'ordre international. À cet égard, on a déjà présenté les représentations doctrinales fondamentales ainsi que les raisons pour lesquelles les approches assimilant la compétence à la souveraineté, reposant sur une interprétation excessivement large de l'arrêt relatif à l'affaire du *Lotus* (1927), devaient être repoussées. Les États ne disposent pas, dans l'ordre international, de pouvoirs illimités, encadrés seulement par des règles prohibitives, leur permettant de régir en principe toute situation⁷⁸⁰. Les États tirent du droit international leur faculté d'agir ; l'exercice de leurs compétences à l'égard d'une situation donnée n'est possible qu'en vertu d'un titre (une habilitation) établissant entre eux et ladite situation un lien de rattachement reconnu comme suffisant (un certain champ d'application). Une grande majorité d'auteurs, mettant en exergue des arguments variés, posent le même constat⁷⁸¹.

La question de l'identification de ces liens de rattachement continue néanmoins de faire débat. La manière de traiter la problématique a largement évolué quant à son postulat de départ. La théorie classique des compétences développée durant les années 1930 inférait les titres à agir des éléments constitutifs de l'État (territoire, population, gouvernement). Cependant, l'approche fut critiquée comme trop stato-centrée (chaque État puisant en lui-même le droit d'agir) et comme susceptible, dès lors, d'un glissement insidieux vers une concurrence universelle des compétences⁷⁸². Par conséquent, à cette conception fut substituée une autre posant en principe le fait que la compétence des États puisse être induite des

⁷⁸⁰ Sur les différentes conceptions du pouvoir des États et du domaine de leurs compétences, v. *supra*, § 131. Sur le caractère résiduel et la portée limitée de la liberté souveraine des États, v. *infra*, §§ 203-210.

⁷⁸¹ Sans prétendre à l'exhaustivité dans la mesure où les études liées à l'exercice (extraterritorial) des compétences étatiques sont nombreuses, on peut citer not. B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, spéc. pp. 16-21 ; E. Lagrange, « Rapport sur les titres de compétences », *op. cit.*, spéc. pp. 102-107 ; B. H. Oxman, « Jurisdiction of States », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, § 9 (version en ligne), novembre 2007 ; A. Pellet, « *Lotus* que de sottises on profère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », *op. cit.*, spéc. pp. 218-222, l'auteur énumère par ailleurs les opinions de juges de la CIJ relativisant l'affaire du *Lotus*, par ex. pp. 228-229 ; A. Mills, « Rethinking Jurisdiction in International Law », *BYIL*, vol. 84, 2014, n°1, spéc. pp. 190-194 ; C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, spéc. pp. 36-38 ; S. Emmenegger, « Extraterritorial Economic Sanctions and their Foundations in International Law », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, 2016, p. 644.

⁷⁸² Pour une vision globale de cette approche et des arguments pertinents, v. E. Lagrange, « Rapport sur les titres de compétence », *op. cit.*, spéc. pp. 108-113.

éléments constitutifs de la situation à régir⁷⁸³. Un tel raisonnement a pour intérêt de replacer au cœur de sa justification l'ensemble des fonctions sociales du droit international moderne. Le droit international n'a en effet plus pour seul objet d'organiser la coexistence des souverains. Dans un contexte de fort développement des relations transnationales, en tout domaine, la théorie des compétences étatiques (qui, on le voit, peut en réalité s'inscrire dans une systématisation globale des fondements des actes unilatéraux étatiques reposant sur le concept de norme d'habilitation) doit nécessairement tenir compte de l'intérêt de l'ensemble des acteurs impliqués, y compris des personnes privées⁷⁸⁴. Chaque situation comporte en ce sens une part variable d'éléments de rattachement à un ou plusieurs ordres juridiques parmi lesquels le droit international opère une sélection combinant de plus en plus fréquemment plusieurs des critères classiquement évoqués.

180. *Enjeux et problématiques* – Ce débat sur l'identification des liens de rattachement entre une situation et un ou plusieurs ordres juridiques étatiques peut être explicité par l'emploi des termes propres au concept de règle d'habilitation. Chaque lien de rattachement traditionnel correspond en effet à un critère d'identification du champ d'application des habilitations qui régissent l'exercice des compétences étatiques. Or, dans la mesure où ces critères sont faiblement déterminés, laissant aux États de plus ou moins grandes marges d'appréciation quant à leur délimitation pratique, on peut dire de ces règles qu'elles ont un caractère générique (qui se rapporte à un genre et non une espèce)⁷⁸⁵. Pareille représentation permet alors de détailler les enjeux et problématiques relatifs à l'étendue des domaines de compétences étatiques.

En premier lieu, le caractère faiblement déterminé de ces règles découle en grande partie de leur caractère coutumier et du fait qu'elles sont par leur nature soumises aux évolutions de la société internationale. Autrement dit, leur formation et la précision de leur champ d'application s'opèrent au gré de la pratique des États, dont les prétentions à être compétents se révèlent dans l'exercice de leurs pouvoirs⁷⁸⁶. Il est par ailleurs fréquent que cet exercice

⁷⁸³ *Ibid.*, spéc. pp. 113-116. L'initiateur d'un tel renversement est F. A. Mann, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *RCADI*, vol. 111, 1964, spéc. pp. 49-51 ; du même auteur, « The Doctrine of Jurisdiction Revisited after Twenty Years », *RCADI*, vol. 186, 1984, spéc. pp. 28-29.

⁷⁸⁴ Sur ces différents intérêts, v. not. E. Lagrange, « Rapport sur les titres de compétences », *op. cit.*, pp. 113-116 ; C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, p. 3 ou pp. 18-20.

⁷⁸⁵ Ainsi, bien que partiellement déterminé, leur champ d'application peut être défini positivement, contrairement au champ d'application d'une habilitation indéterminée qui ne peut être défini que négativement, comme dans l'hypothèse de la liberté résiduelle. Sur ce point, v. *infra*, §§ 207 et s.

⁷⁸⁶ E. Lagrange, « Rapport sur les titres de compétence », *op. cit.*, p. 116 ; C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, pp. 44-46.

concerne des situations se déroulant en tout ou en partie en dehors de leur territoire, impliquant selon les cas des interprétations plus ou moins extensives des titres qui leur sont reconnus ou susceptibles de leur être reconnus. La portée extraterritoriale attribuée à l'exercice des compétences des États révèle en conséquence des prétentions normatives prenant pour objet ces différents titres à agir aux champs d'application imprécis. Or, cette imprécision des habilitations génériques traditionnelles combinée à la complexification des situations à régir poussent les États à justifier leurs prétentions normatives en s'appuyant sur des combinaisons variées des critères classiquement présentés (personnels, territoriaux et matériels) (1). En second lieu et en conséquence, dès lors qu'une situation transnationale complexe peut comporter un ou plusieurs éléments de rattachement à différents ordres juridiques étatiques, plusieurs États peuvent légitimement émettre une prétention à la régir. Ainsi, au-delà de la question de l'identification des liens de rattachement se pose la question de savoir s'il existe en droit international des facteurs régulant l'articulation des prétentions étatiques (2).

1. L'évolution des liens de rattachement traditionnels

181. Parmi un ensemble infini de faits susceptibles de rattacher une situation à un ordre juridique donné, le droit international opère une sélection que la pratique des États vient progressivement préciser. À cet égard, d'un côté, l'unilatéralisme des puissances pèsent lourdement sur la définition et l'évolution des règles applicables ; de l'autre, l'absence de réaction des tiers dans certains cas facilite la consécration en droit des justifications invoquées. Le triptyque traditionnel des liens de rattachement personnels (a), territoriaux (b) et matériels (c) s'en trouve progressivement relativisé, les prétentions des États associant de plus en plus divers critères afin de démontrer leur intérêt à se rattacher une situation et à la régir en vue d'une finalité donnée.

a. Les rattachements personnels

182. La « compétence personnelle » correspond à l'aptitude de l'État à régir le statut et les conduites de ses nationaux, *lato sensu* (les personnes physiques ou morales ainsi que les engins), que ceux-ci se trouvent sur son territoire ou en dehors⁷⁸⁷. C'est néanmoins lorsque ses nationaux se situent en dehors de son territoire ou que certains de leurs agissements s'y sont

⁷⁸⁷ V. par ex., B. H. Oxman, « Jurisdiction of States », *op. cit.*, § 18 ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 554 ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 350.

réalisés que la question de l'étendue du champ d'application d'un tel titre à agir se pose. En la matière, il est admis que le lien de rattachement personnel permet à l'État d'exercer ses compétences normatives sur les nationaux et leurs activités à l'étranger, pourvu qu'un tel lien soit considéré comme raisonnable à la lumière des situations que l'État prétend régir. Or, ce caractère raisonnable s'évalue, selon les cas, en fonction de la nature de l'association du rattachement personnel à une finalité matérielle donnée (*i.e.* le but de l'exercice de la compétence). Il est ainsi admis que les États régissent le statut des personnes ou appliquent le droit de la famille à leurs ressortissants situés à l'étranger. Un État peut également exercer sur les individus et sociétés ayant sa nationalité une compétence fiscale élargie. Les États-Unis d'Amérique, par exemple, vont jusqu'à taxer leurs ressortissants et entreprises sur la base de leurs revenus mondiaux sans égard pour leur lieu de résidence (impliquant toutefois un mécanisme de compensation pour les revenus perçus à l'étranger déjà soumis à un impôt étranger)⁷⁸⁸. En matière pénale, il est par ailleurs reconnu que les États sont compétents pour soumettre leurs nationaux à leurs lois ainsi qu'à l'action de leurs autorités judiciaires s'ils se trouvent à l'étranger ou pour les actes réalisés à l'étranger qui leur sont imputables (compétence personnelle « active »). Cette possibilité est toutefois soumise dans la plupart des pays de *civil law* au principe de la double incrimination ou, dans les pays de *common law*, au fait qu'il s'agisse de crimes d'une certaine gravité, sans toutefois que ces exigences ne découlent du droit international coutumier⁷⁸⁹. Par extension, un lien assimilable dans ses fonctions à la nationalité, découlant d'une immatriculation, existe pour les navires, aéronefs et dans une moindre mesure les engins spatiaux en tant qu'ils constituent des « ensembles organisés » (comportant un véhicule, des biens ainsi que des passagers et/ou membres d'équipage) susceptibles de se déplacer en tout endroit, notamment des espaces qui ne sont soumis à la juridiction d'aucun État⁷⁹⁰. Le droit international traite les composantes de tels ensembles comme un tout afin de les soumettre à la compétence de l'État d'immatriculation du véhicule. Ainsi, la règle du pavillon reprise à l'article 92, § 1 de la Convention de Montego Bay est considérée comme ayant une valeur coutumière et valable également pour les aéronefs⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, p. 107

⁷⁸⁹ Sur ces distinctions, v. *ibid.*, pp. 105-106.

⁷⁹⁰ Sur la nature et la fonction de la compétence personnelle sur les « ensembles organisés », v. J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 342-343. On retrouve un principe similaire pour les engins spatiaux consacré à l'article VIII du Traité de 1967 relatif à l'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique.

⁷⁹¹ A. Yokaris, « Les critères de compétence des juridictions nationales », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, p. 1001.

Le témoignage de la pratique et les études doctrinales révèlent cependant que certains rattachements personnels invoqués en vue de régir certaines activités ont été considérés comme déraisonnables ou continuent de générer des controverses⁷⁹². Les exemples les plus célèbres proviennent des États-Unis d'Amérique qui, depuis la seconde moitié du 20^{ème} siècle, ont adopté une conception très extensive du rattachement personnel en certains domaines. Ainsi, d'une part, s'agissant des règles juridictionnelles, les tribunaux états-uniens s'estimèrent aisément compétents pour traiter d'affaires concernant des entreprises multinationales étrangères, soit en raison, par exemple, de la présence d'un simple bureau sur le territoire (du fait qu'elles y soient cotées en bourse) ou d'une filiale, soit en raison du contrôle exercé sur ces entreprises par les nationaux ou entreprises états-uniens⁷⁹³. Cependant, aucune de ces théories n'a jusqu'à présent été consacrée par le droit international coutumier⁷⁹⁴. Récemment, la Cour suprême fédérale en a par ailleurs largement réduit la portée, en exigeant que les affaires des entreprises concernées soient accomplies de manière continue et systématique sur le territoire, au point de faire en sorte qu'elles y soient considérées comme « *essentially at home* »⁷⁹⁵. D'autre part, concernant les lois substantielles, le législateur états-unien n'hésite pas non plus à étendre la portée du droit national en vue de régir des situations en grande partie extérieures au territoire au prétexte d'un rattachement personnel ténu. Par exemple, le *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* de 1977, dont la portée est explicitement extraterritoriale, vise à réprimer la corruption de tout agent public ou officiel étranger dès lors que les corrupteurs

⁷⁹² En matière fiscale, par ex., le principe de la taxation unitaire (*unitary taxation*) globalisant les revenus des multinationales pour les soumettre, totalement ou partiellement, à l'imposition de l'État de nationalité de leur maison mère fut critiqué comme constituant une extension trop importante du rattachement personnel, N. Melot, « Essai sur la compétence fiscale étatique (1^{ère} partie) », *JDI*, vol. 131, 2004, n° 3, p. 752.

⁷⁹³ V. le résumé de la jurisprudence des juridictions états-uniennes proposé par C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, p. 12 pour la doctrine des « *minimum contacts* » et p. 108 pour la doctrine du contrôle. Quant aux législations ayant vocation à imposer des sanctions économiques, v. not. C. Beaucillon, « Practice Makes Perfect, Eventually? Unilateral State Sanctions and the Extraterritorial Effects of National Legislation », in N. Ronzitti (ed.), *Coercitive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2016, spéc. pp. 113-116 § 3.1, où l'auteur renvoie par ailleurs à Y. Kerbrat, *L'applicabilité extraterritoriale des règles internes relatives à l'activité internationale des entreprises*, Thèse, Paris 2 Panthéon-Assas, 2001, pp. 169-221.

⁷⁹⁴ Dans son arrêt du 5 février 1970 relatif à l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962) (*Belgique c. Espagne*), deuxième phase, la CIJ a refusé de lever le voile de la personnalité de l'entreprise afin de permettre l'exercice de la protection diplomatique au nom de ses actionnaires, v. § 46. Le principe de la protection des actionnaires par « substitution » a par ailleurs été confirmé par la Cour dans son arrêt du 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo* (*République de Guinée c. République démocratique du Congo*), exceptions préliminaires, *Rec.*, § 89. C. Beaucillon évoque quant à elle l'émergence d'une règle prohibant l'emploi de la théorie du contrôle dans le domaine des sanctions économiques, v. « Practice Makes Perfect, Eventually? Unilateral State Sanctions and the Extraterritorial Effects of National Legislation », *op. cit.*, pp. 116-118.

⁷⁹⁵ V. en particulier United States Supreme Court, *Goodyear Dunlop Tires Operations S.A. v Brown*, 564 US 915 (2011) ; *Daimler AG v Bauman*, 571 US (2014).

actifs sont (en plus des personnes et entités situées ou ayant des activités sur le territoire) des émetteurs de titres enregistrés en application du droit états-unien⁷⁹⁶. On peut encore évoquer l'ensemble des problématiques posées par le *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)* adopté en 2010 qui, en vue de lutter contre l'évasion fiscale, impose aux institutions financières étrangères de communiquer à l'administration états-unienne les informations relatives aux comptes détenus par toute personne démontrant un indice d'américanité. La loi est donc appliquée à nombre d'« américains accidentels » n'ayant aucun lien ou presque avec les États-Unis d'Amérique et qui se voient en conséquence soit exclus de l'accès aux services financiers en raison de considérations de rentabilité, soit sommés de se mettre en conformité avec la loi⁷⁹⁷.

Enfin, il est encore permis de s'interroger sur le point de savoir si un État peut exercer sa compétence en matière pénale à l'égard de certaines situations dans lesquelles ses ressortissants sont les victimes de faits commis à l'étranger, par des étrangers et que le droit de l'État territorial n'incrimine pas nécessairement (compétence personnelle « passive »)⁷⁹⁸. Certains y voient un exercice de compétence attentatoire à la souveraineté de l'État sur le territoire duquel la situation s'est produite⁷⁹⁹. D'autres soulignent que de plus en plus d'États considèrent qu'il s'agit d'un fondement raisonnable de rattachement pour certaines catégories de crimes, notamment en matière de lutte contre le terrorisme, impliquant ainsi l'association d'un critère personnel et d'un critère matériel précis⁸⁰⁰. À cet égard, un certain nombre d'instruments conventionnels permettent sinon prescrivent l'exercice d'une telle compétence.

⁷⁹⁶ Un rapport d'information de la Commission des affaires étrangères et de la Commission des finances de l'Assemblée nationale française (Rapporteuse : K. Berger), émanant des travaux d'une mission d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine énumère l'ensemble des lois pertinentes tout en s'inquiétant de leur portée, 5 octobre 2016, n° 4082, spéc. pp. 45-70. Sur la portée et les fondements éventuels du FCPA, v. R. Bismuth, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – quelques réflexions auteurs des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *op. cit.*, spéc. pp. 791-795.

⁷⁹⁷ V. R. Bismuth, « L'extraterritorialité du FATCA et le problème des « américains accidentels » », *JDI*, vol. 144, 2017, n° 4, pp. 1197-1261.

⁷⁹⁸ V. par ex. E. Lagrange, « Rapport sur les titres de compétence », *op. cit.*, p. 119, qui renvoie à l'affaire *Scilingo* dans laquelle les juridictions espagnoles invoquèrent, notamment, comme titre à l'exercice de leur compétence contre l'argentin accusé de crimes contre l'humanité le fait que des ressortissants espagnols figuraient parmi les victimes, alors qu'aucune preuve n'existait en ce sens ; C. Tomuschat, « Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case », *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 1074-1081.

⁷⁹⁹ Par ex. F. A. Mann, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *op. cit.*, p. 92.

⁸⁰⁰ C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, pp. 111-113 ; A. Yokaris, « Les critères de compétence des juridictions nationales », *op. cit.*, p. 1003. V. aussi CIJ, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, préc., opinion individuelle du juge Guillaume, *Rec.* p. 37, § 4 et opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, *Rec.* p. 76-77, § 47.

b. Les rattachements territoriaux

183. Distinction des enjeux doctrinaux – Il est également reconnu que les États disposent d'un titre générique de compétence dont le champ d'application est défini en référence à leur territoire (et dans une moindre mesure aux espaces soumis à leur juridiction)⁸⁰¹. Cependant, la signification et la portée d'un tel critère apparaissent incertaines. L'affirmation, par exemple, selon laquelle la compétence territoriale de l'État « s'exerce dans les limites de son territoire » n'éclaire pas grand-chose en réalité et tend même à se révéler inexacte à la lumière de la pratique⁸⁰². La notion de territorialité comporte une double ambiguïté. La première est sémantique et surgit chaque fois que la notion est employée aux fins de décrire la portée pratique des actes unilatéraux étatiques. De ce point de vue, la question se pose en effet de savoir si, par l'adoption de certains actes, les États exercent une compétence à vocation territoriale ou extraterritoriale. Toutefois, une telle distinction apparaît en réalité imparfaite dans la mesure où, dans bien des cas, les deux qualifications sont possibles. La loi visant par exemple à taxer les résidents pour leurs revenus perçus à l'étranger peut très bien être vue comme ayant une portée territoriale si l'on s'intéresse aux personnes assujetties ou extraterritoriale du point de vue des faits dont elle tient compte⁸⁰³. Ainsi, une certaine confusion peut parfois régner en doctrine lorsqu'il s'agit de qualifier, en termes de nature et de degré, la portée spatiale de l'exercice des compétences étatiques. Les travaux de B. Stern ont partiellement permis de dépasser cette opposition, en distinguant notamment l'application extraterritoriale *stricto sensu* du droit national (visant à générer des effets juridiques directs à l'égard de situations externes que l'État prétend ainsi régir) et l'imputation extraterritoriale (permettant à une norme interne de tenir compte, lors de son processus de mise en œuvre, de faits ou conduites externes, sans pour autant avoir pour objet de générer sur ceux-ci des effets juridiques autres que ceux prêtés à des faits-conditions)⁸⁰⁴. La distinction ne règle pas tout, cependant, dès lors que dans certains cas l'imputation extraterritoriale sert en réalité de levier (par exemple par l'adoption ou la menace de sanctions purement territoriales) afin d'assurer une application extraterritoriale *stricto sensu* du droit national à l'égard de sujets ou d'activités situés à l'étranger. C'est ce qui s'est produit dans le cas des

⁸⁰¹ Sur le développement historique du principe de territorialité depuis le 17^{ème} siècle, v. C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, pp. 51-62.

⁸⁰² La définition provient du *Dictionnaire de droit international public*, J. Salmon (dir.), *op. cit.*, pp. 210-211.

⁸⁰³ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 350.

⁸⁰⁴ B. Stern, « L'extra-territorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... », *op. cit.*, pp. 244-247. Pour des exemples classés selon cette distinction, v. *supra*, §§ 80 et s.

sanctions infligées par les autorités états-uniennes à des banques européennes comme BNP Paribas. Ainsi, la portée territoriale et/ou extraterritoriale des actes étatiques varie grandement selon les cas et les classifications opérées. Et les États disposent de techniques variées leur permettant de pratiquer un unilatéralisme « de projection » vers l'extérieur de leur territoire (d'intérêts, de valeurs, de faits économiques qui peuvent influencer des acteurs externes) via des actes juridiques fondés pourtant sur des rattachements territoriaux⁸⁰⁵.

La seconde ambiguïté découle du fait que la référence au territoire étatique ne peut être envisagée en pratique comme un cadre, une limite à l'intérieur de laquelle s'exercent les compétences de l'État sur ce fondement. En ce sens, le titre à agir de l'État ayant pour champ d'application un critère territorial ne se confond pas avec le concept de souveraineté territoriale. Ce dernier n'intervient qu'une fois le rattachement territorial établi afin de décrire l'étendue indéterminée du pouvoir discrétionnaire de l'État quant au contenu des actes qu'il adopte⁸⁰⁶. De la même façon, la réflexion consistant à prendre le territoire comme cadre primordial de l'exercice des compétences étatiques, cadre qui serait exceptionnellement élargi par des titres spécifiques (personnels, réels ou universels) permettant l'exercice de compétences à vocation extraterritoriale, s'expose à au moins deux biais théoriques⁸⁰⁷. Le premier a trait à la source du pouvoir : elle concilie insidieusement une approche absolutiste de la compétence territoriale et une conception habilitative du droit international des compétences extraterritoriales. Le second consiste à substituer un raisonnement sur la portée, les conséquences, de l'exercice de la compétence étatique à une réflexion sur sa régularité et, *a fortiori*, sur la nature du titre à agir. Pareille réflexion laisse supposer une présomption de licéité pour les actes ayant une portée territoriale et une présomption inverse à propos de l'exercice des compétences dont la portée dépasse les frontières étatiques. Or, on l'a vu, la qualification de la portée des actes étatiques est toute relative dans la mesure où elle dépend

⁸⁰⁵ V. *supra*, §§ 80 et s.

⁸⁰⁶ Fondé sur l'idée d'autonomie et d'indépendance, le concept reconnaît à l'État une compétence pleine et exclusive sur son territoire. Cependant, il n'intervient qu'en aval du rattachement, une fois que la situation visée est considérée comme localisée sur son territoire. Dans ce contexte, l'expression constitue alors une illustration du caractère indéterminé du champ des effets du titre territorial, impliquant pour l'État un pouvoir discrétionnaire quant au contenu des actes qu'il adopte. Sur ce point, v. *infra*, § 200.

⁸⁰⁷ V. par ex. S. Emmenegger, « Extraterritorial Economic Sanctions and their Foundations in International Law », *op. cit.*, spéc. pp. 637-654, où l'auteur propose d'abord une définition large de l'extraterritorialité (qu'elle admet être purement doctrinale) avant de proposer une analyse de la licéité de l'exercice des compétences étatiques en prenant pour point de départ le titre territorial avant d'envisager d'autres titres permettant d'adopter des actes de portée extraterritoriale. C'est aussi l'approche qui semble sous-tendre l'articulation logique de l'ouvrage de C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, p. 101 : « [i]n the customary international law scheme of jurisdiction, the territoriality principle serves as the basic principle of jurisdiction. Exceptionally, however, national laws may be given extraterritorial application, provided that these laws could be justified by one of the recognized principles of extraterritorial jurisdiction under public international law (...) ».

des critères privilégiés par l'observateur. Un tel jugement sur leur portée ne peut dès lors fonder un raisonnement qui vise à en établir le régime.

184. *Étendue du champ d'application : caractère raisonnable du rattachement territorial* – En termes de champ d'application des règles d'habilitation fondant l'exercice des compétences étatiques, le critère territorial n'est que partiellement déterminé et demande à être évalué au cas par cas. Quelle serait par exemple la légitimité de l'imposition par un État des revenus d'une personne qui ne fait que transiter sur son territoire ? En fonction de chaque situation à caractère transnational, dont certains des éléments constitutifs se produisent ou rayonnent au-delà des frontières, il existe différentes manières d'opérer un rattachement au territoire étatique. On tend ainsi à considérer, comme dans les cas s'appuyant sur un rattachement personnel, qu'un État ne peut exercer ses compétences que dans la mesure où il existe entre lui et la situation qu'il entend régir un rattachement territorial « raisonnable » afin de justifier son intérêt à la soumettre à son ordre juridique. Or, à cet égard, le contact avec le territoire étatique doit apparaître suffisamment significatif et pertinent en fonction de la nature de la situation à régir et des finalités de l'action étatique⁸⁰⁸.

En pratique, le caractère raisonnable du rattachement territorial peut être évalué à la lumière de différents facteurs. Le § 402 du *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* proposé par l'*American Law Institute* pose à cet égard un certain nombre de principes largement partagés⁸⁰⁹. En premier lieu, il fait référence aux conduites qui se réalisent, intégralement ou dans une part substantielle, sur le territoire de l'État (§ 402, 1 a)). Par exemple, en matière d'infractions transfrontières, le droit international se contente du fait qu'une partie seulement de l'infraction ait été accomplie sur le territoire étatique, pourvu que l'élément considéré apparaisse essentiel⁸¹⁰. En deuxième lieu, le texte du *Restatement* évoque le statut des personnes ainsi que tout intérêt relatif aux choses présentes sur le territoire (§ 402, 1 c)). On pourrait cependant y ajouter le critère de la résidence ou du lieu d'établissement d'une entreprise qui permet, dans des situations comportant des éléments d'extranéité, de localiser par exemple un patrimoine et de justifier à cet égard l'exercice d'une compétence fiscale. En troisième lieu, le texte évoque les conduites qui, bien qu'accomplies en dehors du territoire étatique, y produisent ou visent à y produire des effets (§ 402, 1 c)). Cette « doctrine

⁸⁰⁸ E. Lagrange, « Rapport sur les titres de compétence », *op. cit.*, p. 120.

⁸⁰⁹ American Law Institute, *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, Saint-Paul, Am. Law Institute Publications, 1987, § 402.

⁸¹⁰ V. C. Ryngaert, « Territorial Jurisdiction over Cross-Frontier Offences: Revisiting a Classic Problem of International Criminal Law », *International Criminal Law Review*, vol. 9, 2009, n° 1, pp. 187-209 ; du même auteur, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, pp. 78-79.

des effets » est née aux États-Unis d'Amérique à l'issue de la Seconde Guerre mondiale et s'est développée en particulier dans le domaine du droit de la concurrence, afin de sanctionner les pratiques d'entreprises étrangères générant sur le marché national des effets immédiats, substantiels et prévisibles⁸¹¹. Certains États protestèrent jusque dans les années 1990. La Cour de Justice des Communautés européennes, quant à elle, élaborait un critère distinct de la théorie des effets (celui de la mise en œuvre ou *implementation test*) qui, cependant, s'avéra relativement similaire en pratique⁸¹². Depuis, l'approche est de plus en plus acceptée, même au sein de l'Union européenne, si bien que certains auteurs envisagent qu'elle ait acquis une valeur coutumière⁸¹³.

185. Évolutions récentes : prétentions unilatérales et nouvelles technologies –

L'accroissement exponentiel des flux transfrontières ainsi que le développement des technologies qui en constituent les vecteurs tendent à jeter le trouble, dans certains cas, sur ces différents critères et sur l'évaluation du caractère raisonnable des rattachements territoriaux invoqués par les États. La dernière décennie a donc vu se développer des prétentions unilatérales dont les fondements sont contestés ou demandent à être précisés. De telles prétentions manifestent généralement l'intention des gouvernements et législateurs de régir eux-mêmes des situations impliquant d'importants flux transnationaux en vue de protéger leurs intérêts. Elles constituent des outils essentiels de leurs politiques juridiques extérieures et visent à pousser les tiers (personnes privées comme gouvernements) à s'y conformer. Or, du point de vue du processus normatif international tel que représenté dans cette étude, l'absence de contestation peut être vue comme un acquiescement et faciliter la consécration des fondements prétendus. En la matière, l'une des illustrations les plus récentes et complexes a trait à la régulation des contenus diffusés et des activités réalisées au moyen du réseau internet⁸¹⁴. Malgré les spécificités techniques propres au réseau, les fondements de

⁸¹¹ V. United States Court of Appeals (2nd Cir.), *United States v. Aluminium Co of America (Alcoa)*, 12 March 1945, 148 F. 2d 416 et surtout United States Supreme Court, *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 28 June, 1993, 509 US 764 (1993). Sur l'évolution des critères employés par les juridictions états-uniennes, v. D. Lim, « State Interest as the Main Impetus for US Antitrust Extraterritorial Jurisdiction: Restraint Through Prescriptive Comity », *Emory International Law Review*, vol. 31, 2017, n° 3, pp. 415-448.

⁸¹² CJCE, 27 septembre 1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres contre Commission des Communautés européennes (Pâtes de bois)*, aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85.

⁸¹³ Par ex., C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, op. cit., p. 84 ; M. Martyniszyn, « On Extraterritoriality and the Gazprom Case », *European Competition Law Review*, vol. 36, 2015, n° 7, p. 292. La doctrine des effets a été explicitement reprise dans l'arrêt du TPICE (cinquième chambre élargie) du 25 mars 1999, *Gencor Ltd c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-102/96, § 90 : « [i]l convient de relever que, lorsqu'il est prévisible qu'une concentration projetée produira un effet immédiat et substantiel dans la Communauté, l'application du règlement est justifiée au regard du droit international public ».

⁸¹⁴ V. aussi l'exemple développé dans un autre contexte relatif à la prétention de l'Union européenne à soumettre au système d'échange des quotas d'émissions de gaz à effet de serre toutes les compagnies

l'exercice de la compétence territoriale étatique demeurent inchangés en ce qu'il s'agit d'exiger une connexion significative entre la situation régie et le territoire de l'État. D'abord, on retrouve en pratique l'idée qu'une part substantielle de la conduite visée doit avoir été accomplie sur le territoire⁸¹⁵. Sur ce point, les États se fondent généralement sur deux critères : soit sur le fait que la machine utilisée par le responsable de la conduite incriminée (identifiable par son adresse IP) l'a été sur le territoire de l'État, soit sur la présence physique des données, des contenus visés, dans un serveur localisé sur le territoire⁸¹⁶. Ensuite, les États prétendent dans certaines hypothèses se fonder sur la doctrine des effets. Toutefois, son emploi s'avère délicat dans la mesure où les conduites et activités réalisées au moyen d'internet peuvent potentiellement générer des effets sur de très nombreux territoires, fondant tout État concerné à exercer sa compétence. Dans ce contexte, il existe plusieurs manières d'envisager la mise en œuvre de cette doctrine. Soit, selon une approche restreinte, elle est applicable uniquement aux contenus délibérément dirigés vers un public territorialement situé (c'est le critère de la focalisation ou du *targeting*) ; soit, selon une approche large, elle vise à constater les effets générés sur le territoire de l'État du simple fait de l'accessibilité aux contenus problématiques depuis ce territoire. Le premier critère est plus souvent employé dans le cadre des actions en responsabilité contre des personnes ou entreprises étrangères⁸¹⁷. C'est notamment le cas en France. Après s'être fondées sur le critère de l'accessibilité au début des années 2000, en particulier dans la célèbre affaire *Yahoo*, les juridictions françaises ont récemment resserré leur analyse en tenant compte du critère de la focalisation⁸¹⁸. En revanche, le second critère est plus fréquemment utilisé en matière d'injonctions visant des sites détenus

aériennes mondiales opérant des vols décollant et atterrissant depuis son territoire, *supra*, § 82. V. également nos remarques sur les sanctions financières à l'encontre de banques européennes, *supra*, § 81.

⁸¹⁵ V. par ex., C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, p. 79 ; U. Kohl, *Jurisdiction and the Internet: a Study of Regulatory Competence over Online Activity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 96-102. Plus généralement, sur le rapport entre le fonctionnement technique du réseau internet et la possibilité d'opérer des rattachements territoriaux, v. par ex., E. Treppoz, « Jurisdiction in the Cyberspace », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 26, 2016, n° 2, spéc. pp. 273-276.

⁸¹⁶ Le critère du lieu de stockage des données visées est par ailleurs employé pour définir le cadre de l'exercice de la compétence exécutive de l'État, par exemple lorsqu'il s'agit pour ses agents de saisir des données, éventuellement enregistrées dans des serveurs situés à l'étranger, dans le cadre d'une enquête pénale, v. J. Bourguignon, « La recherche de preuves informatiques et l'exercice extraterritorial des compétences de l'État », *op. cit.*, p. 326.

⁸¹⁷ E. Treppoz, « Jurisdiction in the Cyberspace », *op. cit.*, pp. 276-277. Par exemple, pour les États-Unis d'Amérique, v. United States Court of Appeals (3rd Cir.), 3 September 1998, *IMO Industries, Inc. v. Kieckert AG*, 155 F 3d 254, affaire citée par B. H. Oxman, « Jurisdiction of States », *op. cit.*, § 32.

⁸¹⁸ L'entreprise américaine Yahoo ! fut condamnée pour avoir permis la vente d'objets nazis *via* son site internet consultable depuis la France, v. D. A. Laprès, « L'exorbitante affaire Yahoo », *JDI*, vol. 129, 2002, n° 4, pp. 975-999 ; M. Reimann, « Introduction: the Yahoo! Case and Conflict of Law in the Cyberage », *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, 2003, n° 3, pp. 663-672. Sur l'adoption du critère de localisation, Cass. Com., 13 juillet 2010, n° 06-20230.

ou hébergés à l'étranger. Dans l'affaire *Megaupload* (2012), par exemple, le simple fait que le nom de domaine du site (géré par une entreprise étrangère, en vue de la réalisation d'activités à portée mondiale) était hébergé par une entreprise située sur le territoire des États-Unis d'Amérique a permis aux autorités locales, sur la base d'une loi locale, d'en fermer l'accès pour les utilisateurs du monde entier⁸¹⁹. De la même façon, en France, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) exige de l'entreprise Google la mise en œuvre effective du droit à l'oubli sur internet par le déréférencement sur toutes les extensions (« .fr » mais aussi « .com » et autres) du moteur de recherche, peu important, en outre, le lieu de formulation des requêtes⁸²⁰. Le critère de l'accessibilité permet ainsi à chaque État d'exercer une compétence quasi universelle sur des entreprises et des données qui n'entretiennent qu'un lien ténu avec leur territoire. Or, d'un côté, une telle vision extensive de la doctrine des effets tend à nier le caractère transnational des situations régies. De l'autre, malgré les intérêts légitimes invoqués en vue de justifier la régulation des contenus, elle aboutit pour les acteurs du réseau à un manque de prévisibilité juridique dans la mesure où il leur est difficile de déterminer à quelles législations nationales ils doivent se conformer, ou à la compétence de quelles juridictions nationales ils risquent d'être soumis⁸²¹.

Dans ce type d'affaires, le rattachement territorial fait donc l'objet de prétentions normatives particulièrement extensives. Le risque est, encore une fois, pour les États tiers intéressés, que l'absence de réactions franches face à ce genre de pratiques débouche à terme sur la consolidation d'un titre à agir qu'il leur sera plus difficile de remettre en cause.

c. Les rattachements matériels

186. *Rattachements permettant à l'État de protéger ses intérêts essentiels à l'extérieur de son territoire* – Les titres de compétence dont le champ d'application est fondé sur un critère matériel permet aux États d'agir à l'égard de situations avec lesquelles il n'entretient aucun des liens de rattachement précédemment évoqués. Comme l'ont clairement exprimé certains auteurs :

« [o]n peut parler de rattachement matériel chaque fois que les normes d'un État statuent, plus que sur des personnes ou pour un espace, sur une activité dont il lui

⁸¹⁹ United States District Court for the Eastern District of Virginia, *United States v. Kim Dotcom, Megaupload Limited*, 5 January 2012, Criminal No. 1:12CR3.

⁸²⁰ Sur les échanges entre la CNIL et Google à propos de l'étendue des déréférencements, v. E. Treppoz, « Jurisdiction in the Cyberspace », *op. cit.*, p. 278.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 279.

importe peu de savoir à qui elle est imputable et où elle se déploie mais qu'il entend régir quoi qu'il en soit, du fait de l'importance qu'elle a pour ses intérêts »⁸²².

La difficulté pour un État est que son intérêt purement matériel à régir une situation donnée soit reconnu par les tiers qu'elle peut également intéresser. Apparaissant relatif et évolutif au gré des intérêts de chaque État, l'argument du rattachement matériel est plus délicat à faire admettre que celui d'un rattachement territorial ou personnel. Par conséquent, la possibilité pour un État d'exercer une compétence matérielle suppose à tout le moins l'indifférence ou la bienveillance des tiers, sinon l'existence d'un intérêt partagé dont découlerait une habilitation offrant à l'État la possibilité ou l'obligation d'agir pour le compte de la collectivité. Suivant cette logique, les hypothèses connues peuvent être classées en deux catégories. La première a trait aux rattachements matériels permettant à un État de protéger ses intérêts fondamentaux à l'étranger en bénéficiant de la tolérance voire de la coopération de l'État ou des États sur le territoire desquels la compétence se déploie. À cet égard, la doctrine française s'attacha durant longtemps à dégager un titre spécifique de compétence relatif aux services publics, en particulier les missions diplomatiques et consulaires. Cependant, cette conception tend à être abandonnée dans la mesure où la compétence sur de tels services publics peut être fondée sur un rattachement personnel, en tant qu'ils constituent des organes de l'État⁸²³. Habilités par celui-ci à agir en son nom dans les conditions qu'il définit (selon un mécanisme que l'on a déjà exposé⁸²⁴), le droit de l'État s'applique pour tout ce qui relève de l'objet et du fonctionnement de la mission ; le droit de l'État accréditaire (ou tout droit défini par contrat ou par traité) s'applique quant à lui pour toute autre question. Le principe est le même pour les navires d'États qui circulent dans la mer territoriale ou font escale dans les ports d'un État tiers ou pour les contingents militaires stationnés à l'étranger.

Plus généralement, lorsque ses intérêts fondamentaux sont en jeu, c'est-à-dire lorsque certains actes portent atteinte ou risquent de porter atteinte à sa souveraineté et son indépendance politique, la compétence matérielle de l'État passe par l'invocation d'un principe de protection⁸²⁵. En la matière, bien que la pratique soit relativement peu développée, il est reconnu qu'un État peut agir contre des étrangers, pour des actes réalisés à l'étranger en vue de nuire à sa sûreté extérieure (terrorisme, espionnage) ou de falsifier sa monnaie ou ses

⁸²² J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 351.

⁸²³ Par ex., *ibid.*, p. 356 ; E. Lagrange, « Rapport sur les titres de compétence », *op. cit.*, p. 121.

⁸²⁴ V. *supra*, §§ 146-147.

⁸²⁵ C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, p. 114 : « [t]he protective principle protects the State from acts perpetrated abroad which jeopardize its sovereignty or its right to political independence ».

marques officielles⁸²⁶. Seuls les États-Unis d'Amérique adoptent une vision plus large afin soit d'y inclure le trafic de drogues⁸²⁷, soit de fonder des boycotts secondaires largement critiqués⁸²⁸.

187. Rattachements permettant à tout État d'agir dans l'intérêt de la Communauté internationale : compétence universelle – La seconde catégorie de rattachements matériels reconnus par le droit international permet aux États d'exercer une compétence universelle sur les actes commis à l'étranger, par des étrangers et contre des étrangers. Dans ce type de cas, il s'agit pour un État de faire respecter le droit international au nom de l'intérêt propre de la Communauté internationale. La compétence de l'État du port sur les navires étrangers, en particulier pour les rejets effectués en haute mer, en constitue un exemple (article 218 de la Convention de Montego Bay)⁸²⁹. En matière pénale, surtout, tout État peut incriminer des actes considérés comme préjudiciables à la Communauté. L'exercice d'une telle compétence trouve néanmoins deux types de limites. La première a trait au contenu de la catégorie des crimes et délits internationaux. À cet égard, il est reconnu de longue date que la compétence universelle peut être exercée à l'encontre des actes de piraterie maritime. En outre, certains auteurs considèrent que le droit coutumier inclut aujourd'hui les actes d'esclavage, de torture, de génocide ainsi que les crimes de guerre et crimes contre l'humanité⁸³⁰. Toutefois, d'autres soulignent qu'en l'état du droit coutumier, ces crimes ne fondent pas (encore) l'exercice d'une telle compétence, qui dépend dès lors de l'existence de titres conventionnels spécifiques⁸³¹. La seconde limite concerne la mise en œuvre de la compétence universelle pénale. Certains auteurs ainsi que l'Institut de droit international soutiennent qu'elle n'est possible que si la

⁸²⁶ *Ibid.* V. aussi I. Cameron, « International Criminal Jurisdiction, Protective Principle », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, juillet 2007 (version en ligne), § 17, qui énumère plusieurs illustrations, not. United States District Court (Massachusetts), *US v. Zebe*, 601 F. Supp. 196 (1985), à propos d'un acte d'espionnage commis par un ressortissant d'Allemagne de l'Est au Mexique ; United States Court of Appeals (2nd Cir.), *US v. Youssef*, 327 F.3d 56 (2003) à propos d'une tentative d'attaque contre des avions commerciaux états-uniens en Asie.

⁸²⁷ V. par ex. United States District Court (Southern District of Florida), *US v. James-Robinson*, 515 F. Supp. 1340 (1981), où de manière très exceptionnelle une juridiction états-unienne a refusé d'appliquer le principe de protection à une affaire de trafic de drogue dans la mesure où il ne pouvait être démontré que le navire arraisonné à 400 milles des côtes se dirigeait effectivement vers le territoire états-unien.

⁸²⁸ V. nos remarques sur les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy de 1996 ou la réactivation des sanctions unilatérales visant l'Iran, *supra*, § 81.

⁸²⁹ Les enquêtes diligentées par l'État du port peuvent aussi porter sur le respect des règles de navigabilité (article 219 de la Convention de Montego Bay). L'État du port assure en ce sens une mission d'intérêt international selon J. G. Mahinga, « La compétence de l'État du port en droit international public », *JDI*, vol. 132, 2005, n° 4, pp. 1113-1114.

⁸³⁰ Par ex., B. H. Oxman, « Jurisdiction of States », *op. cit.*, § 39 ; C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, pp. 126-127.

⁸³¹ Par ex., J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 357 ; G. de la Pradelle, « La compétence universelle », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, *op. cit.*, pp. 1011-1012.

personne visée se trouve sur le territoire de l'État qui souhaite exercer sa compétence (à l'exception des actes d'investigation et demandes d'extradition)⁸³². On retrouve l'idée d'une combinaison entre un critère matériel et territorial. En pratique, l'exercice de la compétence universelle en l'absence de la personne concernée a en effet été critiqué de façon suffisamment forte pour que les États qui s'y essayaient (en particulier la Belgique et l'Espagne) abandonnent leurs prétentions⁸³³. Le développement du droit conventionnel contemporain a apporté diverses solutions. De nombreuses conventions à vocation universelle poussent ainsi les États à incriminer certains actes, en particulier lorsqu'ils sont en lien avec des entreprises terroristes. D'un côté, ce réseau d'instruments conventionnels permet de limiter l'impunité en multipliant les titres ouvrant droit à l'exercice d'une compétence à vocation répressive. Surtout, de l'autre, un certain nombre de ces traités font peser sur l'État sur le territoire duquel se trouvent les individus visés une obligation de les juger ou de les extraditer⁸³⁴.

Au-delà de la compétence universelle pénale, il existe des cas d'exercice par les juridictions nationales de certains États d'une compétence universelle civile. Un tel principe n'apparaît pas critiqué dans son principe. Néanmoins, il est discuté afin que son application demeure raisonnable et cantonnée, là aussi, à certaines matières spécifiques, notamment la protection des droits fondamentaux des individus. Le phénomène est essentiellement états-unien avec, depuis les années 1980, la résurgence de l'*Alien Tort Statute* de 1789 qui permet aux juridictions fédérales d'exercer une compétence universelle civile à l'égard des violations du droit international (*law of nations*). Toutefois, la portée de cette loi fut réduite par la Cour suprême. Dans l'affaire *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* (2013), la Cour fit en effet application de la présomption contre l'extraterritorialité de la législation états-unienne. Or, dans la mesure où le législateur n'a pas explicitement prévu la portée extraterritoriale de cette loi, son champ d'application fut limité aux affaires qui touchent et concernent (*touch and concern*) le territoire des États-Unis d'Amérique, réduisant la marge d'appréciation des tribunaux internes⁸³⁵. Plus récemment, la même Cour a en outre rendu impossible l'incrimination de personnes

⁸³² B. H. Oxman, « Jurisdiction of States », *op. cit.*, § 41 ; Institut de droit international, « La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre », résolution de la session de Cracovie, 2005, § 3, b).

⁸³³ Pour une présentation globale, v. A. Lagerwall, « Que reste-t-il de la compétence universelle au regard de certaines évolutions législatives récentes ? », *AFDI*, vol. 55, 2009, pp. 743-763.

⁸³⁴ B. H. Oxman, « Jurisdiction of States », *op. cit.*, § 43 ; et pour un aperçu général, v. G. de la Pradelle, « La compétence universelle », *op. cit.*, spéc., pp. 1016-1024.

⁸³⁵ United States Supreme Court, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 133 S.Ct 1659 (2013). V. T. Fleury Graff, « L'arrêt de la Cour Suprême des États-Unis du 17 avril 2013, *Kiobel et al. V. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* Présomption contre l'extraterritorialité de la compétence juridictionnelle nationale en matière de violations du droit international », *AFDI*, vol. 59, 2013, pp. 17-42.

morales⁸³⁶. Sur le continent européen, les fondements permettant l'exercice d'une telle compétence se font beaucoup plus rares. Quelques États disposent de règles internes ouvrant droit à l'exercice d'une compétence universelle civile subsidiaire, c'est-à-dire dans les hypothèses où il existe pour le demandeur une impossibilité juridique ou pratique d'accéder à un autre juge (*forum necessitatis*)⁸³⁷. La valeur d'un tel titre de « compétence résiduelle » demande toutefois à être précisée.

*

188. *Considérations de synthèse : rôles des prétentions normatives unilatérales dans l'évolution des habilitations génériques* – Ce coup d'œil jeté sur les différents liens de rattachement permet de formuler plusieurs remarques conclusives. En premier lieu, un État ne peut exercer son pouvoir qu'en vertu d'un rattachement de nature juridique reconnu à tout le moins par les États tiers que la situation régie intéresse, ce qui confirme la logique générale de la théorie des compétences. Celle-ci repose sur des habilitations dont les champs d'application peuvent être définis positivement malgré leur caractère générique. Dans ce contexte, la pratique unilatérale des États tient un rôle majeur dans la définition et l'évolution des titres génériques de compétences qui leur sont reconnus. L'exercice de ces compétences, en particulier lorsque les États leur octroient une portée extraterritoriale, révèle des prétentions normatives unilatérales qui ont vocation à peser sur le processus normatif. Les tiers intéressés ne peuvent dès lors rester passifs. Ils se voient sommés de réagir s'ils ne souhaitent pas que les effets revendiqués et les titres sur lesquels ils sont prétendument fondés leur deviennent définitivement opposables.

189. *Dissociation des habilitations génériques et spécifiques* – En second lieu et de surcroît, le droit international sélectionne, selon les cas, les rattachements efficaces en fonction de ce sur quoi portent les actes étatiques⁸³⁸. Le rattachement personnel, par exemple, ne fonde aucun pouvoir général. L'efficacité du rattachement ouvrant droit à l'exercice de la

⁸³⁶ *Jesner v. Arab Bank, PLC*, 584 U.S. (2018). Sur cette affaire, v. J. Morri, « Alien Tort Statute : nouveau tour de vis sur la compétence des juridictions civiles américaines en matière de violations du droit international », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 2 juin 2018.

⁸³⁷ V. not. C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, pp. 139-140, qui cite une affaire néerlandaise, District Court of The Hague, 21 March 2012, *El-Hojouj v. Unnamed Libyan Officials*, Case n° 400882/HAZA11-2252, à propos d'un cas de torture à l'encontre d'un palestinien par des agents libyens.

⁸³⁸ E. Lagrange, « Rapport sur les titres de compétence », *op. cit.*, p. 127 : « [l']efficacité des rattachements sus-énumérés dépendant simultanément de la « matière » et de la nature précise de l'acte adopté, les règles de compétence sont en effet innombrables : c'est à chaque fois un pouvoir précis, à exercer en vue d'un certain but, peu important à la limite la qualité en droit interne de l'organe qui en disposera, qu'il s'agit de fonder ».

compétence de l'État dépend autant de la situation des personnes (simples résidents à l'étranger, auteurs ou victimes d'infractions, actionnaires, sociétés mères ou filiales de celles-ci, *etc.*) que de l'objet de cet exercice de compétence (attribution de nationalité, fiscalité, poursuites pénales, organisation interne des entreprises, *etc.*). De la même façon, la théorie des effets est apte à justifier l'exercice d'une compétence territoriale dans certains domaines (droit de la concurrence, régulation des contenus sur internet), chacun ayant leurs modalités propres en vue d'encadrer plus ou moins strictement son application selon les situations, tandis qu'elle est exclue dans d'autres cas⁸³⁹. Ainsi, dans un contexte de mondialisation des échanges, le droit international ne se contente pas de titres de compétence dont le champ d'application correspondrait simplement aux rattachements génériques évoqués isolément. Le risque serait de favoriser la concurrence entre des États que tout intéresse potentiellement. La pratique tend plutôt à confirmer l'idée selon laquelle le droit international évolue dans le sens de l'identification des rattachements propres à fonder l'exercice des pouvoirs étatiques en fonction des situations à régir, ce qui implique une combinaison des critères présentés⁸⁴⁰. Autrement dit, au gré des prétentions de chaque État à l'exercice de ses compétences et des réactions des tiers, les habilitations génériques traditionnelles, au champ d'application faiblement déterminé, donnent progressivement naissance à des habilitations spécifiques aux contours mieux définis en fonction de l'objet des actes que les États veulent adopter. Cette dissociation assure, selon les matières, la légitimité de l'exercice des pouvoirs étatiques en fonction de la nature des situations régies et augmente en même temps le degré de prévisibilité juridique pour l'ensemble des acteurs concernés. Le constater n'est pas pour autant nier que la formation de ces règles se réalise de façon progressive d'une part, et dans un contexte de concurrence interétatique d'autre part. En définitive, la décision d'un État d'exercer sa compétence à l'égard de telles situations est soumise à diverses contraintes juridiques lui permettant à tout le moins de limiter les contestations des acteurs impliqués. C'est sur le sens et la valeur de ces contraintes qu'il convient alors de s'interroger.

⁸³⁹ V. par ex., l'affaire du navire espagnol *Estai*, arraisonné par les autorités canadiennes en haute mer en application d'une loi nationale de portée extraterritoriale visant à réguler les stocks de poissons ayant vocation à pénétrer dans les zones maritimes sous juridiction canadienne. Malgré l'effet ressenti et les arguments environnementaux invoqués, le Canada s'est exposé à de véhémentes protestations ainsi qu'à un recours porté devant la CIJ. L'exemple est cité également par E. Lagrange, *ibid.*, pp. 127-128.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 130 : « [l']alternative est en somme assez simple : soit l'interdépendance ramène au principe de l'universelle compétence de l'État que tout affecte et tout intéresse, soit l'interdépendance conduit à l'identification du ou des rattachement(s) propre(s) à légitimer un pouvoir donné, et donc du ou des État(s) compétent(s) ».

2. Les facteurs d'articulation des prétentions étatiques

190. La question de l'articulation des compétences étatiques concurrentes se pose pour deux raisons. D'abord, des situations complexes à caractère transnational peuvent être rattachées à plusieurs ordres juridiques. Ensuite, l'indétermination partielle du champ d'application des habilitations génériques identifiées offre aux États certaines marges d'appréciation quant à l'identification des liens de rattachement sus-évoqués, ce qui leur permet, comme on l'a vu, de formuler des prétentions unilatérales extensives de leurs compétences. Or, différents types de contraintes pèsent sur la décision des États d'exercer ou non leurs compétences. Elles limitent les hypothèses de concurrence en prévenant la formulation de prétentions trop offensives. Ces contraintes sont à la fois intrinsèques (a) et extrinsèques (b) aux règles d'habilitations génériques.

a. Les facteurs intrinsèques aux habilitations génériques

191. *Concurrence ou exclusivité : distinction des hypothèses* – Le premier facteur d'articulation des habilitations génériques se trouve dans les caractéristiques mêmes de ces règles et dans leur manière de prévoir l'exclusivité ou la concurrence des compétences étatiques. À cet égard, exclusivité et concurrence ne représentent pas une antinomie parfaite. Il convient de distinguer plusieurs hypothèses en fonction du critère des règles d'habilitation qui apparaît, selon les cas, plus ou moins déterminé. Selon une première approche, il est possible de tenir compte du critère du destinataire des règles d'habilitation (*i.e.* la condition relative à l'acteur)⁸⁴¹. D'un côté, les habilitations particulières, qui ne permettent qu'à un seul État d'agir sur une situation donnée, organisent une exclusivité stricte de l'exercice de compétence de l'acteur habilité. Sur ce point, on peut prendre pour exemple la règle du pavillon en droit maritime ou les règles qui permettent uniquement à l'État du port ou à l'État côtier d'exercer une compétence spécifique vis-à-vis de situations identifiées⁸⁴². De l'autre, les habilitations collectives ou générales permettent à plusieurs États d'exercer potentiellement leurs compétences à l'égard d'une même situation dont les éléments constitutifs débouchent

⁸⁴¹ Sur ce point, v. *supra*, §§ 138-142.

⁸⁴² Sur ce point, v. par ex. J. Combacau, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 315 : « la compétence exclusive est le fait qu'un État et un seul ait le pouvoir de déterminer par ses règles la conduite ou la condition juridique d'un être ou d'une catégorie d'êtres et de les soumettre à des opérations matérielles d'exécution (...) ».

sur des rattachements multiples⁸⁴³. Dans cette perspective, le rapport entre exclusivité et concurrence dépend d'une condition relative à l'acteur. La concurrence n'est possible que pour les habilitations collectives mais pas pour les habilitations particulières.

Selon une seconde approche, et si l'on tient uniquement compte des habilitations collectives ou générales, il est encore possible de distinguer entre deux situations. D'une part, certaines règles prévoient une forme d'exclusivité relative des compétences étatiques dans la mesure où les effets permis par ces règles ne peuvent se contredire. Il s'agit des cas dans lesquels les États exercent un pouvoir qui ne vaut que pour ce qui les concerne. Plusieurs États peuvent ainsi attribuer leur nationalité à une même personne pour leur propre compte. Les actes adoptés par chaque État ont vocation à coexister. D'autre part, certaines habilitations permettent la concurrence entre les compétences de chaque État dans la mesure où le champ de leurs effets rend possible l'adoption d'actes qui risquent de se télescoper. Autrement dit, contrairement à l'hypothèse précédente, les compétences de plusieurs États exercées simultanément à l'égard d'une même situation ont vocation à entrer en conflit. L'exemple topique est celui de l'exercice d'une compétence juridictionnelle à l'encontre de mêmes personnes pour de mêmes faits. Dans une telle situation, le rapport entre exclusivité et concurrence dépend de ce sur quoi porte l'exercice de la compétence des États concernés, des effets qu'ils entendent faire advenir à l'égard de la situation régie⁸⁴⁴.

En somme, les hypothèses de concurrence de compétence entre États à l'égard de situations transnationales ne sont possibles que dans les cas de règles d'habilitations collectives ou générales d'une part, et dont le champ des effets permet l'adoption d'actes susceptibles d'entrer en conflit d'autre part. Or, dans ce genre de cas, le droit international ne pose en principe aucune règle de priorité d'une compétence étatique sur une autre⁸⁴⁵.

⁸⁴³ On peut encore distinguer, à ce stade entre le cas où une seule habilitation collective habilite plusieurs États à agir dans la mesure où son champ d'application n'est que partiellement déterminé (alors plusieurs rattachements territoriaux sont possibles pour une même situation) et l'hypothèse où plusieurs habilitations sont en jeu car leurs champs d'application respectifs se recoupent (impliquant simultanément des rattachements personnels, territoriaux et matériels).

⁸⁴⁴ On trouve une distinction similaire dans un article de F. Poirat, bien que l'auteur y rejette fermement l'application en droit international du concept de règle d'habilitation, « Rapport sur l'exercice des compétences », *op. cit.*, pp. 222-225.

⁸⁴⁵ Sur ce point, v. par ex. C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, pp. 143-144, où l'auteur souligne que même en considérant que la compétence territoriale aurait priorité sur les autres, cela n'empêcherait pas l'émergence de conflits potentiels dans la mesure où dans certains domaines (notamment en matière économique ou de régulation des contenus sur internet) il arrive que plusieurs rattachements territoriaux soient possibles.

192. Le « caractère raisonnable » comme principe général inhérent à l'exercice des compétences étatiques – Le droit international ne demeure pas pour autant muet sur ce point. En cas de concurrence, un second facteur d'articulation des habilitations génériques peut être pris en compte. Il découle de l'intervention d'au moins un principe général inhérent à l'exercice des compétences dans l'ordre international et ayant vocation à en limiter les excès. Ce principe consiste en l'exigence du caractère raisonnable de cet exercice. Il s'applique tant en ce qui concerne la détermination du titre à agir (*i.e.* le caractère raisonnable du rattachement) qu'à l'égard de l'objet de l'acte adopté, qui ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers. Une illustration de la prise en compte explicite d'un tel principe apparaît dans l'*Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent (Canada/France)* (1986). S'agissant de l'interdiction faite aux chalutiers français de pêcher en employant la méthode du filetage, le Tribunal souligna :

« que, à l'instar de l'exercice de toute compétence quelconque, l'exercice d'une compétence de réglementation est toujours lié par la règle du raisonnable, invoquée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* lorsqu'elle a déclaré : "La cour estime que, dans le domaine de la protection diplomatique comme dans tous les autres domaines, le droit international exige une application raisonnable" (*C.I.J., Recueil 1970*, p. 48, par. 93). Cette règle commande à l'État de proportionner son comportement au but légalement poursuivi et en tenant dûment compte des droits et libertés concédés à un autre État »⁸⁴⁶.

Le Canada ne pouvait ainsi faire usage de son pouvoir de réglementation fondé sur l'article 4, b) de l'Accord de pêche de 1972 en soumettant l'exercice du droit conféré aux chalutiers français « à des conditions qui rendent en fait cet exercice impossible »⁸⁴⁷. On trouve également une expression très nette du même principe sous la plume du juge G. Fitzmaurice dans son opinion individuelle rattachée à l'affaire de la *Barcelona Traction* (1970). À propos de l'articulation des compétences juridictionnelles canadienne et espagnole sur certaines des conséquences de la faillite de l'entreprise, il déclara que :

« [le droit international] impose à tout État l'obligation de faire preuve de modération et de mesure quant à l'étendue de la compétence que s'attribuent ses juridictions dans les affaires qui comportent un élément étranger et d'éviter d'empiéter indûment sur la

⁸⁴⁶ *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent (France/Canada)*, SA préc., § 54. V. aussi CIJ, arrêt du 31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, Rec., § 227, où la Cour a jugé que si le programme japonais dit « JARPA II », « pris dans son ensemble, comporte des activités susceptibles d'être globalement qualifiées de recherches scientifiques (...), les éléments de preuve dont elle dispose ne permettent pas d'établir que la conception et la mise en œuvre de ce programme sont raisonnables au regard de ses objectifs annoncés ».

⁸⁴⁷ *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent (France/Canada)*, SA préc., § 54.

compétence d'un autre État quand celle-ci est mieux fondée ou peut être exercée de façon plus appropriée »⁸⁴⁸.

Le principe fut par ailleurs généralisé par l'*American Law Institute* au § 403 du *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*. Le § 403-1 conditionne en effet la régularité de l'exercice des compétences internationales de l'État (dont les titres sont énumérés au § 402) à son caractère raisonnable. Le § 403-2 énumère quant à lui l'ensemble des facteurs susceptibles d'intervenir dans la détermination du caractère (dé)raisonnable de cet exercice : *a*) la force du lien entre la situation régie et le territoire, *b*) la nature des liens rattachant à l'État les personnes visées (nationalité, résidence, activité économique, *etc.*), *c*) la nature de l'activité régie, l'importance de l'objectif poursuivi par l'État, la mesure dans laquelle d'autres États prétendent réguler la situation et la mesure dans laquelle la régulation souhaitée est ou non acceptée, *d*) l'existence d'attentes légitimes susceptibles d'être protégées ou lésées par l'exercice de la compétence, *e*) l'importance de réguler la situation du point de vue des systèmes politique, juridique ou économique, *f*) la mesure dans laquelle l'exercice de la compétence s'inscrit dans le cadre des traditions du système international, *g*) la mesure dans laquelle un autre État pourrait avoir un intérêt à réguler la même situation et, enfin, *h*) la possibilité qu'un conflit surgisse du fait de l'exercice concurrent des compétences de plusieurs États. À la lumière de tels critères, il n'est pas impossible que plusieurs États émettent des prétentions toutes aussi raisonnables à exercer leurs compétences. L'hypothèse est envisagée par le *Restatement* en son § 403-3. Il y est alors affirmé, d'abord, que chaque État a dans ce cas l'obligation d'évaluer ses propres intérêts ainsi que ceux de ses pairs et, ensuite, que chaque État devrait s'en remettre à celui qui disposerait d'un intérêt clairement supérieur à régir la situation⁸⁴⁹.

193. Le principe selon lequel les compétences des États devraient être exercées de façon raisonnable soulève néanmoins plusieurs controverses. La première a trait à sa valeur en droit positif. Certains auteurs doutent qu'il fasse l'objet d'une reconnaissance suffisamment large en raison du peu de pratique illustrant sa prise en compte explicite⁸⁵⁰. Cependant, d'une part, il est permis de noter qu'un tel principe n'a pas nécessairement vocation à être explicité en toute hypothèse ; son application par les autorités de chaque État peut très bien être implicite⁸⁵¹. Les États s'abstiennent la plupart du temps d'exercer des compétences

⁸⁴⁸ CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, préc., opinion individuelle de Sir G. Fitzmaurice, § 70.

⁸⁴⁹ American Law Institute, *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, op. cit., § 403.

⁸⁵⁰ En ce sens, C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, op. cit., pp. 153-154 avec des références doctrinales et pp. 170-182 pour un bilan de la pratique états-unienne et européenne.

⁸⁵¹ *Ibid.*, l'auteur le rappelle à plusieurs reprises, not. p. 175 et p. 178.

susceptibles d'être vues comme infondées. Les argumentaires et critères développés afin de légitimer l'application de la théorie des effets en constituent des exemples. D'autre part, la plupart des protestations portant sur des exercices de compétences jugés exorbitants sont sous-tendues par l'idée du caractère déraisonnable des liens de rattachement tels qu'envisagés par les États auteurs des actes contestés. La seconde controverse concerne la portée du principe, en particulier quant à son utilité pratique. À cet égard, il est certes permis de considérer qu'il ne supprime pas les hypothèses de concurrence des compétences étatiques⁸⁵². En ce sens, le travail des rapports de force politique dans les relations internationales aboutirait à le vider de sa substance, d'autant que les intérêts de chaque État sont protéiformes et difficiles à évaluer et à mettre en balance. Cependant, en premier lieu, l'exigence du caractère raisonnable limite malgré tout la concurrence aux seules prétentions susceptibles de l'être. C'est l'hypothèse d'une concurrence large des compétences étatiques qu'il empêche, non celle d'une concurrence restreinte (et normale) qui peut exister entre les États qui peuvent légitimement prétendre bénéficier d'un lien de rattachement avec la situation. En second lieu, l'évaluation du caractère raisonnable de l'exercice des compétences étatiques et la balance des intérêts des États disposant d'un lien de rattachement doivent être opérées *in concreto*. Selon les cas, un dialogue transnational doit être instauré entre les acteurs cherchant à exercer un pouvoir de réglementation, soit par la négociation, soit par des interactions juridictionnelles (dialogue des juges ou présentation de mémoires d'*amici curiae*)⁸⁵³.

Les hypothèses de concurrence entre les compétences de chaque État apparaissent donc réduites par des facteurs intrinsèques aux règles d'habilitation génériques. La marge d'appréciation laissée aux États est, en outre, limitée par des facteurs extrinsèques à ces règles.

b. Les facteurs extrinsèques aux habilitations génériques

194. Existence de règles relatives à l'emploi des habilitations : faculté ou obligation – Parmi les facteurs relatifs à l'articulation des compétences étatiques concurrentes, il existe parfois des règles spécifiques ayant pour objet d'imposer leur exercice. En principe, les États disposent de la faculté de faire librement usage ou non des compétences qui leur sont reconnues ou octroyées. La décision d'agir relève, en général, d'une question d'opportunité et dépend des intérêts de chaque État à régir une situation donnée. Cependant, les États incluent parfois dans des instruments conventionnels des règles obligeant certains

⁸⁵² *Ibid.*, p. 185.

⁸⁵³ *Ibid.*, not. pp. 214-215.

d'entre eux à exercer une compétence donnée lorsque certaines conditions sont réunies. Comme on a eu l'occasion de l'expliquer, si ces règles prennent pour objet des normes d'habilitation, en prescrivant leur emploi, elles demeurent pour autant extrinsèques à ces dernières⁸⁵⁴. Le développement de pareilles règles appartient principalement au domaine pénal et fut justifié par la volonté des États, depuis les années 1960-1970, d'accentuer la répression contre un certain nombre de crimes conventionnellement définis. De nombreux traités intègrent ainsi deux types de prescriptions. En premier lieu, certains posent envers tous les États parties disposant d'un lien de rattachement avec les actes qu'il s'agit de réprimer une obligation d'exercer leur compétence juridictionnelle, sachant que ces mêmes textes élargissent en outre la catégorie des bases de compétence traditionnellement reconnues⁸⁵⁵. Parfois, certains textes n'obligent à établir une telle compétence que pour certains des titres de rattachement énumérés. En ce sens, par exemple, la Convention de 2005 pour la répression des actes de terrorisme nucléaire pose une obligation d'agir dans trois cas (si l'infraction est commise sur le territoire de l'État, à bord d'un navire ou d'un aéronef de sa nationalité ou par l'un de ses ressortissants) alors qu'elle laisse les parties libres de décider d'agir ou non pour les cinq autres fondements déterminés. Il est vrai que ce type de règles n'organisent aucune hiérarchie ou priorité entre les compétences étatiques potentiellement concurrentes. Plusieurs États peuvent disposer d'un titre à agir et être soumis à la même obligation de réprimer les actes visés. L'existence d'une prescription n'empêche donc pas un conflit éventuel de surgir. Toutefois, ces règles obligent à tout le moins les États concernés par la répression à agir dans l'intérêt de l'ensemble des parties, surtout celui sur le territoire (ou sous la juridiction) duquel se trouvent les individus visés. Par ailleurs, en second lieu, la plupart de ces textes imposent à l'État sur le territoire duquel se trouvent les individus visés une obligation alternative de les juger ou de les extraditer vers un autre des États parties fondés à agir⁸⁵⁶. Un tel mécanisme

⁸⁵⁴ V. *supra*, § 132.

⁸⁵⁵ La Convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs de 1970, qui a servi de modèle à biens d'autres instruments ultérieurs, prévoit ainsi que chaque partie doit établir sa compétence si l'infraction est commise à bord d'un aéronef de sa nationalité, si cet aéronef atterrit sur son territoire avec l'auteur présumé de l'infraction à son bord, si l'infraction est commise à bord d'un aéronef donné en location sans équipage à une personne qui a le siège principal de son exploitation ou, à défaut, sa résidence permanente sur le territoire de cette partie (article 4, § 1) et si l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire (article 4, § 2). Pour une présentation de ces instruments et des prescriptions qui en découlent, v. not. G. Guillaume, « Terrorisme et droit international », *RCADI*, vol. 215, 1989, spéc. pp. 341-345 ; P. Klein, « L'enchevêtrement des compétences en matière de répression dans les conventions destinées à protéger les communications aériennes et maritimes », in SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, *op. cit.*, pp. 278-299.

⁸⁵⁶ En plus des conventions visant la répression des actes terroriste, c'est notamment le cas des quatre conventions de Genève de 1949 ou de la Convention contre la torture de 1984. V. G. de la Pradelle, « La compétence universelle », *op. cit.*, p. 1022.

laisse entrevoir une forme de principe de subsidiarité dans l'articulation des compétences étatiques concurrentes en matière de répression des crimes internationaux.

195. Règles coutumières et principes généraux protégeant les droits des tiers et le champ d'exercice de leurs compétences – Un dernier facteur d'articulation des compétences étatiques et de réduction des hypothèses de concurrence découle du respect, par les États prétendant exercer leurs compétences sur une situation donnée, des droits reconnus aux sujets tiers. Même un pouvoir purement discrétionnaire apparaît en effet extrinsèquement limité par l'ensemble des règles reconnaissant aux autres sujets certains droits à l'encontre desquels l'État utilisant ce pouvoir ne peut aller sans leur consentement ; l'idée sera développée ultérieurement⁸⁵⁷. La même réflexion est valable quel que soit le degré de détermination des habilitations. En ce sens, si certaines règles d'habilitation génériques ne déterminent que partiellement leur champ d'application, les espaces de discrétion laissés aux États sont délimités par le droit international existant (le même raisonnement est en outre applicable pour le champ des effets⁸⁵⁸). Ainsi, bien qu'ils n'aient pas directement vocation à résoudre des conflits potentiels entre compétences étatiques concurrentes, un certain nombre de règles coutumières et de principes généraux supportent le sens comme la valeur attribués au principe du caractère raisonnable de l'exercice des compétences de chaque État⁸⁵⁹.

En premier lieu, il est permis de faire référence au principe de non-intervention dans les affaires des États tiers. D'un côté, celui-ci interdit aux États tout exercice d'une compétence exécutive sur le territoire d'un de leurs pairs. De l'autre, le principe du caractère raisonnable de l'exercice des compétences et le test consistant à soupeser les intérêts des États bénéficiant d'un titre de rattachement à l'égard d'une même situation constituent des illustrations ou des outils de mise en œuvre du principe de non-intervention⁸⁶⁰. La balance des intérêts propres à chacun des États concurrents a théoriquement pour but d'inviter ces derniers à se dessaisir d'une question au profit de l'État qui dispose du rattachement le plus fort et ainsi de respecter l'étendue de sa compétence en vue de régir une situation. C'est la solution avancée par le § 403 déjà évoqué du *Restatement* élaboré par l'*American Law Institute*. Le principe de non-intervention a en outre été repris dans une affaire *Hoffmann-La Roche Ltd v. Empagran* (2004),

⁸⁵⁷ Sur le principe de liberté résiduelle des États souverains, v. *supra*, §§ 203 et s.

⁸⁵⁸ V. *infra*, §§ 202 et s.

⁸⁵⁹ C. Ryngaert considère ainsi que l'ensemble de ces règles coutumières et principes généraux démontrent (malgré l'absence d'une pratique explicite) l'existence d'une *opinio juris* relative au caractère coutumier du principe de raison, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, p. 154. Il renvoie par ailleurs à l'ouvrage d'O. Corten, *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 677.

⁸⁶⁰ C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, *op. cit.*, p. 155.

dans laquelle la Cour suprême fédérale des États-Unis d'Amérique a considéré que l'État ne disposait pas d'un titre suffisant à agir pour appliquer son droit national de la concurrence à un cartel étranger de vitamines dont l'essentiel des conduites et leurs effets se déployaient à l'étranger⁸⁶¹. Ainsi, le principe de non-intervention dans les affaires des États tiers et le principe du caractère raisonnable de l'exercice des compétences étatiques sont directement liés et constituent les deux faces d'une même pièce.

En second lieu, il est possible d'évoquer le principe d'interdiction de l'abus de droit. On le trouve repris, par exemple, à l'article 300 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer, qui dispose que les États parties « doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la Convention et exercer les droits, les compétences et les libertés reconnus dans la Convention d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit ». Au-delà de son fondement conventionnel en droit de la mer, il est reconnu comme ayant la valeur d'un principe général de droit⁸⁶². L'objet d'un tel principe est d'éviter qu'un droit soit exercé par un État de manière totalement arbitraire avec pour effet de nuire à autrui ou plus généralement dans un but étranger à celui pour lequel le droit en question fut reconnu⁸⁶³. Le principe d'interdiction de l'abus concrétise ainsi le lien existant entre l'exercice d'un droit, d'une compétence, et son objet et son but. Cela fait écho une fois de plus au principe du caractère raisonnable de l'exercice des compétences étatiques, qui peut être évalué, on l'a vu, à la lumière des caractéristiques de la situation régie et de l'objet et du but de l'acte adopté par l'État⁸⁶⁴.

196. Au-delà de la valeur accordée à l'ensemble de ces principes intrinsèques (caractère raisonnable) et extrinsèques (principes de non-intervention et d'interdiction de l'abus de droit) aux règles d'habilitation, la question de l'articulation des compétences étatiques concurrentes est laissée à des considérations et contraintes propres à chaque ordre juridique interne en vue de limiter l'émergence potentielle de confrontations diplomatiques non souhaitées. Il en va

⁸⁶¹ United States Supreme Court, *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 US 155, 124 S. Ct 2358 (2004).

⁸⁶² V. par ex. CPJI, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (France/Suisse)*, préc., p. 167 ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, op. cit., p. 431, à propos de l'utilisation non dommageable du territoire étatique ; N. Politis, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus de droit dans les rapports internationaux », *RCADI*, vol. 6, 1925, p. 81.

⁸⁶³ V. par ex. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., pp. 3-4. On trouve divers exemples d'application de ce principe, à propos not. des changements collectifs de nationalité, v. A. Peters, « Les changements collectifs de nationalité », in SFDI, *Droit international et nationalité*, op. cit., spéc. pp. 171-172 ; à propos de l'immatriculation des navires, v. N. Aloupi, *Le rattachement des engins à l'État en droit international public (navires, aéronefs, objets spatiaux)*, thèse, Paris II, 2011, spéc. pp. 330-331.

⁸⁶⁴ C. Ryngaert évoque encore d'autres principes tels que l'effectivité de la nationalité pour justifier l'exercice d'une compétence personnelle, l'équité ou la proportionnalité, *Jurisdiction in International Law*, op. cit., pp. 156-160.

ainsi, en particulier, lorsque les autorités politiques nationales ou les juridictions internes s'appliquent à elles-mêmes des principes attachés à la courtoisie internationale (ou *comity* en droit anglo-saxon) ou une éventuelle présomption contre l'extraterritorialité des lois comme elle peut exister dans la jurisprudence des juridictions états-uniennes⁸⁶⁵. S'il est rare que ces principes soient explicitement présentés comme découlant d'obligations de droit international en vue de l'articulation des compétences reconnues à chaque État, ils ont par nature vocation à assurer une certaine cohérence dans le fonctionnement de l'ordre juridique international et dans les rapports entre celui-ci et les ordres internes.

En définitive, l'ensemble des facteurs évoqués contraignent les États à ne pas formuler d'interprétations trop offensives des habilitations sur lesquelles ils se fondent, bien qu'ils bénéficient parfois d'importantes marges d'appréciation. Pour conclure sur les différents points évoqués, les champs d'application étudiés, qu'ils soient hautement ou partiellement déterminés par les critères recensés, jouent à la fois comme fondements des actes unilatéraux des États et comme objets de leurs prétentions normatives. Selon les cas, l'un ou l'autre de ces deux aspects est plus flagrant. Lorsqu'un État invoque une règle spécifique au champ d'application hautement déterminé, c'est le fondement sur lequel il agit et qui détermine les effets de son acte qui est logiquement mis en avant. Dans ce cas, si la règle est claire, son analyse est plutôt binaire (l'État est ou n'est pas fondé à adopter un tel acte) et cette donnée minimise plus ou moins les jeux de pouvoir découlant de la formulation de prétentions normatives. Inversement, lorsqu'un État agit sur la base d'une habilitation générique, dont le champ d'application est imprécis, il est plus probable et plus fréquent que l'exercice de son pouvoir révèle des prétentions normatives et fasse en conséquence émerger des tensions politiques.

En suivant une démarche similaire, il est également possible de circonscrire les différents enjeux liés au degré de détermination du champ des effets des habilitations internationales.

§2. Les conditions relatives au champ des effets

197. Le champ des effets correspond au(x) type(s) d'actes juridiques que l'acteur peut adopter sur le fondement d'une certaine habilitation et dans le cadre du champ d'application qu'elle détermine. L'intérêt de procéder à une analyse isolée du champ des effets réside alors

⁸⁶⁵ Sur les concepts de *comity* ou de courtoisie internationale, v. *ibid.*, pp. 147-152, sur la présomption contre l'extraterritorialité du droit états-uniens, v. *ibid.*, pp. 68-73.

dans la possibilité d'identifier clairement l'objet et l'étendue des pouvoirs reconnus aux États. Comme pour l'analyse des conditions relatives au champ d'application, il est possible de classer les règles d'habilitation selon que leur champ d'effets respectif est plus ou moins déterminé. Selon les cas, les États disposent d'une plus ou moins grande latitude dans l'exercice de leur pouvoir. Si une règle d'habilitation prescrit des effets déterminés, le pouvoir des États est dirigé (A). En revanche, en cas d'indétermination, les États bénéficient d'un pouvoir discrétionnaire (B). Encore une fois, l'objet potentiel des prétentions normatives étatiques est susceptible, selon les cas, de porter sur les éléments intrinsèques ou extrinsèques aux habilitations.

A. La prédétermination des effets : pouvoir dirigé

198. *Identification des hypothèses* – La prédétermination du champ des effets ne permet à l'acteur d'adopter qu'un ou certains types d'actes définis. Elle connaît des degrés variables offrant aux États plus ou moins de latitude dans la définition de leurs effets. Soit ils disposent d'un choix parmi une catégorie d'effets définis. Soit la prédétermination du champ est totale et les États n'ont aucune marge d'appréciation au sens où ils ne peuvent adopter qu'un acte aux effets strictement identifiés⁸⁶⁶. Dans ce genre de situations, les États exercent ce qu'on appelle un « pouvoir dirigé ». Les règles d'habilitation leur offrent ou reconnaissent une faculté dans la mesure où la décision d'agir ainsi que le choix des motifs leur appartiennent. Toutefois, s'ils agissent, ils ne peuvent le faire qu'en vue de la réalisation d'un effet prédéfini⁸⁶⁷. Ainsi, il existe entre la nature de l'acte et les effets prescrits par l'habilitation un lien logique. Si un État prétendait faire advenir un effet totalement distinct de celui qui est prédéterminé par l'habilitation, le lien unissant l'action à un effet donné serait rompu ou simplement inexistant. En conséquence, soit l'action de l'État serait tenue en échec et elle ne produirait aucun effet (ou constituerait une offre *largo sensu* susceptible de faire l'objet d'une acceptation expresse), soit elle pourrait être vue comme une prétention à l'exercice d'un pouvoir distinct fondé sur

⁸⁶⁶ La distinction est opérée par G. Tusseau, *Les normes d'habilitation, op. cit.*, p. 344, à ceci près, comme on l'a déjà expliqué, que l'auteur n'évoque au titre de la notion de « champ de réglementation » que des productions nécessairement normatives.

⁸⁶⁷ Sur la notion de pouvoir dirigé et sa distinction avec les notions de pouvoir discrétionnaire et de pouvoir lié, v. *supra*, §§ 135-136.

une règle inédite ou en formation qui, selon les cas et à l'issue d'un processus normatif plus ou moins long, transformerait l'ancienne habilitation ou coexisterait avec elle⁸⁶⁸.

Plusieurs séries d'exemples peuvent être évoqués pour illustrer la variation du degré de détermination du champ des effets des règles d'habilitation. Ont un champ strictement défini les règles permettant ou reconnaissant à un État le pouvoir d'attribuer sa nationalité, de déclarer les membres d'une mission diplomatique *persona non grata*, de formuler une demande d'extradition ou de délimiter ses espaces maritimes, encore que dans ce dernier cas l'État peut toujours procéder à des délimitations en-deçà des limites maximales prévues par le droit de la mer en vertu de l'adage « qui peut le plus peut le moins ». À l'inverse, les États disposent d'une certaine latitude quant à la détermination des effets de leurs actes lorsque, par exemple, ils déclarent unilatéralement reconnaître la juridiction obligatoire de la CIJ. L'effet d'un tel acte est clairement défini. Il s'agit de rendre la Cour compétente pour la catégorie des différends juridiques évoqués par son Statut. Cependant, il peut être légèrement modulé en vertu de son article 36, § 3, qui dispose que les déclarations visées « pourront être faites purement et simplement ou sous condition de réciprocité de la part de plusieurs ou de certains États, ou pour un délai déterminé ». De la même façon, l'article 12, § 3 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale prédétermine l'effet des déclarations de reconnaissance de sa compétence par les États non parties⁸⁶⁹. Cependant, la formule « à l'égard du crime dont il s'agit » offre à ces derniers une certaine latitude dans la définition du champ d'application de la compétence de la Cour. Ainsi, selon un commentaire avisé, le « crime » peut être défini « par référence à une situation, par principe relativement englobante, mais rien n'exclut, si l'on s'en tient à une lecture littérale, qu'il le soit par référence à une victime ou des victimes particulières, voire par le nom supposé du ou des auteurs des infractions ou du groupe ou de l'organisation qui les a commis »⁸⁷⁰. C'est alors à la Cour elle-même d'utiliser éventuellement la marge d'appréciation dont elle bénéficie pour se pencher sur une situation plus étendue afin d'éviter toute instrumentalisation de sa compétence. Enfin, on peut encore évoquer le cas des réserves aux traités. Dans l'hypothèse où elles sont précisément déterminées par le traité, les États parties ne disposent d'aucune latitude, le champ des effets de l'habilitation étant strictement

⁸⁶⁸ À cet égard, on reviendra sur les définitions et distinctions entre prétentions interprétatives et prétentions modificatives, v. *infra*, §§ 226-227.

⁸⁶⁹ N. Haupais, « Article 12. Conditions préalables à l'exercice de la compétence », in J. Fernandez, X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, t. 1, p. 595 : « [j]uridiquement, l'option doit être analysée comme un acte unilatéral de l'État, l'article 12-3 du Statut visant à déterminer par avance son effet, c'est-à-dire établir qu'il est supposé produire des effets au regard de la compétence de la Cour ».

⁸⁷⁰ *Ibid.*

défini. Dans le cas contraire, les États disposent d'une marge d'appréciation dans le cadre des effets permis par la Convention de Vienne de 1969. Selon la définition d'une réserve présente à l'article 2, § 1 d), un tel acte peut viser à exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité pour son auteur. Quant à l'effet des réserves établies, c'est-à-dire celles qui sont admises comme valables entre leurs auteurs et les États les ayant acceptées, il est déterminé par l'article 21, § 1 de la Convention et les principes 4.2.1 à 4.2.5 du Guide de la pratique sur les réserves élaboré dans le cadre de la CDI⁸⁷¹.

199. Fonctions descriptives du champ des effets et typologie – L'analyse du champ des effets des règles d'habilitation déterminées a pour intérêt de permettre l'appréhension des pouvoirs des États dans l'ordre international par le biais de leur objet. À ce titre, le critère des effets d'un acte joue une double fonction descriptive. La première est pratique. Le champ des effets se rapporte à l'identification d'une catégorie donnée d'actes juridiques auxquels il est possible d'attacher un certain régime. D'une part, il existe une convention de langage juridique portant sur le fait qu'un acte spécifique rattachable à une habilitation donnée soit généralement décrit pas son effet (on parle ainsi des actes d'attribution de nationalité, des actes de délimitation, *etc.*). D'autre part, l'intérêt est de pouvoir lier cet acte aux règles qui en déterminent les conditions de validité. Il existe donc un lien logique entre l'identification d'un acte par son effet et la méthode juridique pragmatique dont l'objet est la détermination de son régime, soit aux fins de pure description scientifique, soit en vue d'une application concrète par un acteur de l'ordre juridique.

La seconde fonction descriptive du champ des effets est purement scientifique, théorique et non pragmatique. Le champ des effets constitue régulièrement le critère permettant d'opérer des typologies à vocation doctrinale, en vue de proposer une vision d'ensemble sur un ou plusieurs phénomènes impliquant des actes juridiques et d'en tirer des déductions systématiques. Ainsi, la plupart des manuels ou monographies qui se penchent sur les actes unilatéraux étatiques comme actes de production ou d'application du droit international en proposent dans le but de cartographier avec plus ou moins de détails les

⁸⁷¹ L'article 21 de la Convention de 1969 prévoit qu'« [u]ne réserve établie à l'égard d'une autre partie conformément aux articles 19, 20 et 23 : a) modifie pour l'État auteur de la réserve dans ses relations avec cette autre partie les dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve, dans la mesure prévue par cette réserve ; et b) modifie ces dispositions dans la même mesure pour cette autre partie dans ses relations avec l'État auteur de la réserve ». Le « Guide de la pratique sur les réserves aux traités » prévoit quant à lui les effets de tels actes sur la qualité de leurs auteurs en tant qu'État contractant (4.2.1) ou que partie au traité (4.2.3), sur le nombre d'États nécessaires à l'entrée en vigueur du traité (4.2.2) et sur les relations conventionnelles entre leurs auteurs et les autres parties (4.2.4 et 4.2.5), *op. cit.*, pp. 24-25.

pouvoirs des États dans l'ordre international⁸⁷². Toutefois, elles mêlent souvent des actes reposant sur des habilitations dont le champ des effets est déterminé ou, au contraire, totalement indéterminé. Si l'on ne s'intéresse qu'aux habilitations dont le champ des effets est prédéterminé, il est possible d'élaborer une typologie consistant à classer les pouvoirs des États en cinq catégories relatives à l'objet de leurs pouvoirs. 1) La première a trait aux *actes d'attribution ou de retrait de qualités internationalement reconnues* à des personnes physiques ou morales, des engins ou des espaces. En ce sens, elle peut inclure l'ensemble des actes d'attribution de nationalité, d'immatriculation, de nomination des représentants de l'État ou d'accréditation de représentants étrangers, de délimitation des espaces, notamment maritimes, *etc.* 2) La seconde inclut l'ensemble des *actes qui relèvent de la vie et de la mort des traités*. Ces derniers constituent des actes fondés soit sur une habilitation générale coutumière, soit sur chaque traité qui établit, dans les cas où il détermine lui-même le régime des actes qui le concernent (adhésion, réserves, retraits, *etc.*), une habilitation particulière pour ses parties ou futures parties. 3) Une troisième catégorie peut rassembler l'ensemble des *actes liés à la qualité de membre d'une organisation internationale ou d'institutions non personnifiées* (comme les conférences des parties à un traité). Elle inclut l'ensemble des actes qui découlent de la participation à un organe collectif (saisine, prise de parole, vote, *etc.*) mais également tous les actes relatifs à l'action des juridictions internationales (reconnaissance de leur compétence, engagement, déroulement et terminaison des procédures juridictionnelles). 4) La quatrième concerne les *actes de mise en œuvre matérielle de droits et obligations internationales* des États via l'action de leurs agents. En font partie, notamment, les opérations de contrôles (par exemple par l'État du port, en vertu de la Convention de Montego Bay, sur les navires soupçonnés de rejet en haute mer (article 218) ou plus largement afin de faire respecter les conditions internationales de navigabilité (article 219)), de l'arraisonnement d'un navire, de l'arrestation d'individus, des interventions militaires ou actions judiciaires lorsque ces opérations sont permises ou prescrites par une règle internationale. 5) Enfin, la cinquième catégorie a trait aux *demandes* formulées par un État sur le fondement d'une règle conventionnelle (demandes d'extradition, d'entraide judiciaire, de

⁸⁷² Par ex. C. Rousseau, *Droit international public, op. cit.*, pp. 420-433, qui distingue les actes-conditions, les actes créateurs d'obligations, les actes portant abandon de droit et, selon un critère formel, les actes tacites ; P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public, op. cit.*, pp. 382-384, qui distinguent les actes relatifs à l'opposabilité d'une situation juridique, à l'exercice de droits souverains ou à la création d'engagements juridiques ; P. Saganek, *Unilateral Acts of States in Public International Law, op. cit.*, pp. 86-111, où l'auteur recense la plupart des catalogues doctrinaux existants sur les actes unilatéraux étatiques et s'interroge sur leur intérêt. Ensuite, tout son ouvrage est articulé autour de plusieurs chapitres et sous chapitres thématiques : les actes unilatéraux des États en droit des traités, les actes liés au territoire, les actes visant les individus, les actes unilatéraux en droit diplomatique, dans le domaine du recours à la force, les promesses, les reconnaissances, les renonciations et les protestations.

renseignements, *etc.*). Pareille typologie n'a forcément qu'un caractère relatif et provisoire. Elle ne vise qu'à présenter un aperçu d'une somme de pouvoirs qui peut virtuellement atteindre tout secteur de la réalité, en fonction des habilitations que les États s'octroient ou se reconnaissent réciproquement, dans les limites déterminées par leurs engagements contraires ou les règles de *jus cogens*.

Au-delà des habilitations dont le champ des effets est prédéterminé et dirige le pouvoir des États, certaines, à l'inverse, leur reconnaissent un pouvoir discrétionnaire.

B. L'indétermination des effets : pouvoir discrétionnaire

200. Identification des hypothèses – Une règle d'habilitation dont le champ des effets n'est pas déterminé laisse une grande liberté à l'acteur à qui elle est destinée. Elle lui attribue ou reconnaît en ce sens un pouvoir discrétionnaire. Les États disposant d'un tel pouvoir sont alors libres de décider des motifs comme du contenu des actes qu'ils adoptent dans le cadre du champ d'application plus ou moins déterminé de ces règles (personnes, activités, lieux, périodes, *etc.*)⁸⁷³. L'indétermination du champ des effets de ce type de règles emporte deux séries de conséquences. En premier lieu, contrairement au cas des règles déterminées, la consistance du champ des effets ne peut pas servir de critère d'identification des pouvoirs étatiques. Dès lors, soit on se limite à affirmer que l'État peut dans ce cas exercer tout type de pouvoirs, qu'il est éventuellement possible de classer selon un triptyque classique fondé sur leur nature législative, exécutive ou judiciaire⁸⁷⁴. Soit on se réfère au champ d'application de ces règles pour distinguer les cas d'exercice de compétences sur des personnes, des espaces ou des objets. Cela s'explique par le fait que la reconnaissance aux États d'un pouvoir discrétionnaire va souvent de pair avec les titres de compétences génériques identifiés plus haut dont le champ d'application est déterminé par les liens de rattachement personnels, territoriaux ou matériels qui unissent un ou plusieurs États aux situations qu'ils prétendent régir.

En second lieu, dans la mesure où l'indétermination du champ des effets de ces règles suppose une liberté de principe quant au contenu de leurs actes, ceux-ci bénéficient d'une présomption de régularité. Autrement dit, s'il est établi qu'un État agit sur le fondement d'une

⁸⁷³ Sur la définition de la notion de pouvoir discrétionnaire, v. *supra*, § 135.

⁸⁷⁴ Ou selon la terminologie anglo-saxonne, *legislative* ou *prescriptive jurisdiction*, *enforcement jurisdiction* et *judicial* ou *adjudicative jurisdiction*. On les trouve énumérées, par ex., dans le *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, *op. cit.*, § 401.

habilitation générique, c'est-à-dire s'il est reconnu entre lui et la situation régie un lien de rattachement pertinent et raisonnable, alors cet État est réputé dans de nombreux cas exercer un pouvoir discrétionnaire. Le raisonnement ne vaut que sous réserve des hypothèses potentiellement litigieuses, où plusieurs États bénéficient d'un rattachement raisonnable, qui demandent à être évaluées à la lumière de la nature de la situation régie et de l'objet des actes adoptés.

L'illustration topique du pouvoir discrétionnaire de l'État dans l'ordre international, parce qu'il est le moins limité par des règles extrinsèques, découle de sa souveraineté territoriale. Ce concept implique que dans les cas où une situation est considérée comme rattachable au territoire de l'État, celui-ci dispose à son égard d'une compétence pleine quant à son contenu et exclusive quant à son exercice. En la matière, le domaine matériel des compétences de chaque État est illimité dans la mesure du respect des droits reconnus à leurs pairs. Son exercice ne peut par ailleurs être accompli, en principe, que par ses organes et agents⁸⁷⁵. Le droit de la mer est animé par une logique similaire, bien qu'il repose sur une conception plus fonctionnelle des compétences des États sur les espaces maritimes. La Convention de Montego Bay contient des normes d'habilitation dont le champ d'application est déterminé en fonction des différents espaces identifiés et, pour certains d'entre eux comme la ZEE, de certaines activités. Cependant, le champ des effets de ces règles demeure généralement indéterminé, laissant en conséquence aux États côtiers un pouvoir discrétionnaire. En ce sens, la mer territoriale est assimilée au territoire terrestre des États côtiers et dès lors soumis à la plénitude et l'exclusivité de leur compétence (articles 2). Quant à la ZEE, les pouvoirs des États ne peuvent s'exercer qu'à l'égard de certaines activités définies. Or, l'article 56 de la Convention reconnaît aux États soit des « droits souverains » sur certaines d'entre elles (§ 1 a)), soit le fait d'avoir « juridiction » sur d'autres (§ 1 b)). En réalité, cela revient au même : les deux expressions illustrent un champ des effets indéterminé, ce qui suppose que les États disposent d'une liberté de principe quant au contenu des actes qu'ils souhaiteraient adopter vis-à-vis des différentes activités susceptibles d'être accomplies dans cette zone⁸⁷⁶.

⁸⁷⁵ Sur ces deux points, P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, pp. 527-528 et p. 532.

⁸⁷⁶ Certains considèrent que le mot « juridiction » constitue simplement une traduction « française » malheureuse du mot anglais « *jurisdiction* » correspondant au terme français « compétence », v. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, p. 1318.

201. Limites extrinsèques au pouvoir discrétionnaire des États – L'indétermination du champ des effets de ces règles d'habilitation et la liberté des États qui en découle quant au contenu des actes qu'ils adoptent posent alors la question de la délimitation extrinsèque de cette liberté. L'hypothèse est détaillée ultérieurement dans le cadre de l'analyse de la liberté résiduelle des États⁸⁷⁷. À cet égard, le pouvoir discrétionnaire reconnu aux États ne signifie pas qu'il s'agisse d'un pouvoir absolu ou arbitraire. Bien au contraire, le pouvoir discrétionnaire de chaque État apparaît extrinsèquement limité par la somme des engagements qui pèsent sur lui, l'ensemble des droits qu'il reconnaît aux tiers (étatiques ou non) ainsi que par un certain nombre de principes généraux de droit tels que l'interdiction de l'abus de droit.

Par conséquent, tout discrétionnaire qu'il soit, le pouvoir d'un État ne peut notamment aller à l'encontre du principe de l'égalité souveraine et, en particulier, s'ingérer dans les domaines qui relèvent des compétences propres à chacun de ses pairs. L'illustration la plus évidente de cette limitation extrinsèque concerne l'interdiction d'exercer toute compétence d'exécution sur le territoire d'un tiers. On en revient à l'affaire du *Lotus* (1927) : « [l]a limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État »⁸⁷⁸. On trouve dans ce *dictum* le corollaire du concept de souveraineté territoriale susmentionné. Si tout État dispose à l'égard des situations rattachables à son territoire d'une compétence pleine et exclusive, et si la souveraineté signifie l'indépendance selon les mots de Max Huber dans une autre affaire⁸⁷⁹, alors il devient impossible pour un État d'exercer une compétence de nature exécutive sur le territoire de l'un de ses pairs à qui il reconnaît la même exclusivité de principe. L'exercice d'une compétence d'exécution ne peut donc s'effectuer que sur la base d'une habilitation spécifique. En ce sens, par exemple, certains tendent à reconnaître aux États la possibilité pour leurs agents de saisir des données informatiques stockées sur des serveurs situés à l'étranger si et seulement si elles apparaissent en libre accès sur internet⁸⁸⁰. S'agissant de l'exercice d'une compétence législative ou juridictionnelle, la limitation extrinsèque du pouvoir discrétionnaire des États est moins stricte et doit être évaluée au cas par cas. Comme on l'a vu, rien n'interdit à un État de prendre en compte des situations en tout ou en partie externes à son territoire pourvu, toutefois, qu'un lien de rattachement raisonnable existe entre lui et les situations qu'il prétend régir. Avatar du principe de non-intervention dans les affaires

⁸⁷⁷ V. *infra*, §§ 202 et s.

⁸⁷⁸ CPJI, *Affaire du Lotus (Turquie/France)*, préc., p. 18.

⁸⁷⁹ *Affaire de l'Île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis)*, SA préc., p. 163.

⁸⁸⁰ Sur la formation de cette règle, v. J. Bourguignon, « La recherche de preuves informatiques et l'exercice extraterritorial des compétences de l'État », *op. cit.*, pp. 333-334.

intérieures, l'exigence du caractère raisonnable du rattachement permet en ce sens de protéger les domaines de compétences reconnues aux tiers. Ainsi, l'existence d'un rattachement ne peut fonder l'adoption de tout type d'acte. Par exemple, s'il est reconnu que les États peuvent exercer une compétence personnelle à l'égard des individus situés à l'étranger, le champ de leur pouvoir discrétionnaire apparaît en réalité assez limité. Dans de nombreux cas, les « situations » impliquant ces personnes (leurs activités, leurs revenus) entretiennent bien souvent un lien de rattachement plus fort avec l'État territorial, plus légitime à exercer ses compétences à leur égard. Autrement dit, la compétence personnelle d'un État est extrinsèquement limitée par la compétence territoriale de l'autre. Dans ces conditions, l'exercice par un État de ses compétences est susceptible de révéler une prétention normative unilatérale prenant autant pour objet l'étendue de son fondement que l'étendue des droits et compétences reconnus aux États tiers concernés. On en revient à l'idée selon laquelle l'articulation des compétences étatiques concurrentes implique de soupeser les intérêts de chaque État, nécessairement évolutifs, disposant d'un rattachement plus ou moins raisonnable à régir une situation à la lumière des caractéristiques de celle-ci et de l'objet du pouvoir exercé⁸⁸¹.

* *

Les champs d'application et champs des effets des règles internationales d'habilitation peuvent être plus ou moins déterminés selon les cas. Cependant, cela n'empêche pas d'appréhender leur fonctionnement et d'établir différentes typologies utiles à leur compréhension. S'agissant, en premier lieu, du champ d'application, on a choisi de distinguer entre les habilitations spécifiques et les habilitations génériques. Les premières, souvent conventionnelles, ont un champ d'application hautement déterminé, précisé par différents critères (personnels, spatiaux, matériels ou temporels). Les secondes sont coutumières et ont pour fonction de définir le cadre général des compétences des États fondées sur les liens de rattachement existant entre eux et les situations qu'ils sont susceptibles de régir. Les critères évoqués, en particulier lorsqu'ils apparaissent faiblement déterminés, constituent alors les différents objets sur lesquels les prétentions normatives des États peuvent porter.

Concernant, en second lieu, le champ des effets des habilitations, il est possible de les ranger selon deux catégories. La première rassemble celles dont le champ des effets est déterminé. Le pouvoir des États apparaît dirigé dans la mesure où ces règles prédéterminent

⁸⁸¹ Sur ce point, v. *supra*, §§ 179 et s.

un ou certains types d'actes unilatéraux qu'ils peuvent faire advenir. La seconde catégorie inclut les règles dont le champ des effets est indéterminé. Cette indétermination a pour conséquence d'octroyer ou reconnaître aux États un pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un champ d'application donné. Toutefois, dans l'un et l'autre cas, le pouvoir des États ne peut être exercé que dans les limites posées par le droit international existant et dans le respect des droits et pouvoirs reconnus aux tiers. Le principe de cette délimitation extrinsèque des habilitations internationales mérite encore d'être explicité. Cantonnée à un rôle subsidiaire dans le cadre de l'analyse des habilitations hautement ou partiellement déterminées, qui constituent autant de *lex specialis*, elle accomplit une fonction essentielle à l'égard de la liberté souveraine des États en définissant les contours de ses champs indéterminés.

Section 2 – Délimitation extrinsèque : *focus* sur le cas de la liberté souveraine des États vue comme une habilitation au contenu indéterminé

202. Comme on l'a expliqué, sans prétendre juger de la nature du droit international, il est permis de représenter le fait que les États se reconnaissent mutuellement une liberté souveraine comme une règle d'habilitation dont les champs d'application et des effets sont indéterminés (tandis que les conditions relatives à l'acteur et à l'action ressortissent au droit coutumier des actes juridiques unilatéraux⁸⁸²). Le concept de norme d'habilitation permet d'en comprendre la nature et le fonctionnement. Leur analyse débouche alors sur le constat d'un certain renversement de perspective. Malgré son caractère originaire, la liberté souveraine des États remplit aujourd'hui une fonction réduite et purement supplétive dans l'ordre international. En effet, sans aller jusqu'à déclarer son inutilité pratique (car elle permet toujours de fonder certains actes favorables aux tiers comme les promesses ou renonciations à des droits⁸⁸³), les États se voient la plupart du temps tenus de démontrer le bien-fondé de leurs actions soit en invoquant des règles d'habilitations spécifiques ou à tout le moins génériques soit, en agissant dans le cadre des marges de liberté laissés par le droit international.

En ce sens, la portée de cette liberté de principe peut être limitée : d'une part en raison du fait qu'elle n'est pas *a priori* inconditionnée mais repose sur une autolimitation inhérente à la reconnaissance à tout État du statut de souverain, d'autre part dans la mesure où cette liberté apparaît par nature purement « résiduelle » (§1). À ce titre, l'étendue des champs d'application

⁸⁸² Sur ces deux points, v. *supra*, §§ 137 et s. et §§ 154 et s.

⁸⁸³ Sur les causes normatives de ces actes, v. *infra*, Titre 3, Chapitre 2.

et des effets de cette liberté, qui ne peut être définie que d'une manière relative (pour chaque État) et négative (en fonction des engagements qu'ils prennent), s'avère drastiquement limitée (§2). Il en découle une double conséquence : d'un côté, les règles de droit international en vigueur jouent comme conditions extrinsèques de régularité des actes prétendument adoptés sur ce fondement et, de l'autre, ces différentes règles peuvent dès lors faire l'objet de prétentions normatives (§3). Cette dernière remarque vaut, *mutatis mutandis*, pour tout acte juridique, y compris ceux fondés sur des habilitations hautement déterminées. C'est à la fois par commodité et parce qu'elle apparaît plus prégnante à l'égard de l'exercice d'une liberté qu'on choisit de la traiter à ce stade.

§1. La nature de la règle de liberté résiduelle

203. Si l'on remonte au fondement de la liberté souveraine reconnue aux États, il peut être souligné qu'elle suppose logiquement que tous les actes pris sur cette base puissent faire l'objet d'une présomption de régularité (A). Cependant, cette présomption ne vaut plus que dans le cadre des espaces d'indétermination laissés par le droit international et dans le respect des principes généraux qui régissent son fonctionnement (B).

A. Le fondement de la liberté résiduelle

204. *Souveraineté des États et autolimitation* – La reconnaissance à l'État du statut de souverain signifie qu'il n'est subordonné à aucun autre pouvoir que le sien. Cette qualité n'implique pas, cependant, que l'État se trouverait en dehors du droit ni qu'il serait resté à l'état de nature. La société internationale n'est pas dans une situation d'anomie⁸⁸⁴. Il ne peut en effet exister de statut de souverain en l'absence d'une règle, même indéterminée, qui reconnaîtrait aux États pareille qualité. Sans droit, point de souveraineté ; seule une domination de fait pourrait exister entre les individus amenés à entretenir des relations non réglementées. Selon certains auteurs, la conciliation de la souveraineté et du respect du droit n'est possible que parce que les États exercent une faculté d'autolimitation⁸⁸⁵. Les États s'autolimitent, avant tout, en ce qu'ils reconnaissent à leurs pairs la même qualité de souverain afin de garantir la leur. Puis, de façon générale, le mécanisme consiste à n'obéir qu'à des règles

⁸⁸⁴ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op. cit.*, p. 257.

⁸⁸⁵ *Ibid.* V. également C. Rousseau, *Droit international public, op. cit.*, t. 1, p. 35, qui s'inspire notamment de Jellinek.

qu'ils se donnent à eux-mêmes. Le paradoxe paraît ainsi résolu dans la mesure où même dans une société anarchique, la souveraineté suppose nécessairement l'existence d'un ordre juridique :

« elle ne peut apparaître que dans une société d'êtres (...) qui admet la notion de règle de droit ou, ce qui revient au même, reconnaît le mode juridique d'organisation des relations entre des membres dont les comportements sont désormais « réglés », c'est-à-dire légalement conditionnés *a priori*, fût-ce de façon assez indéterminée pour laisser une place à l'opportunité dans les décisions qu'ils prennent en droit au cas par cas. La souveraineté proprement dite est alors la liberté que se reconnaissent mutuellement les États comme élément du statut qui fait d'eux des sujets de droit »⁸⁸⁶.

En ce sens, sans qu'il soit nécessaire d'approfondir ici la discussion jusqu'aux facteurs poussant les États à se mettre en relation et à générer du droit (les différentes doctrines relatives au(x) fondement(s) du droit international⁸⁸⁷), il est permis d'envisager et de décrire la souveraineté comme supposant une règle de nature secondaire et, en particulier, une règle d'habilitation. Si une telle qualité découle d'une reconnaissance mutuelle et non d'une attribution par une autorité supérieure, elle tend même à refléter une convention primitive susceptible de déboucher sur un constat à double sens du type « là où il y a reconnaissance mutuelle, il y a habilitation et *a fortiori* il y a société ». Ainsi, pour les États, se reconnaître mutuellement comme souverains implique logiquement de s'habiliter dans le même temps à exercer les pouvoirs qui sont attachés à cette qualité.

205. Conséquence : liberté d'action de l'État et présomption de régularité de ses actes – Du statut juridique de souverain découle une liberté « originaire » qui fonde les États à agir dans l'ordre international⁸⁸⁸. Dès lors, à l'inverse de tout autre sujet du droit international, nécessairement dérivé et agissant en vertu d'une habilitation spéciale, l'action des États bénéficie en principe d'une présomption de régularité qui ne peut être renversée que par la preuve de l'existence d'une règle venue restreindre cette liberté. Pour rappeler les mots de la CPJI dans l'affaire du *Lotus* (1927), « tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans la souveraineté »⁸⁸⁹. Autrement dit, tout ce qui n'est pas interdit apparaît permis et aucune limitation à cette liberté ne peut être présumée. Les États tirent de leur souveraineté une compétence générale tant qu'ils ne l'ont pas eux-

⁸⁸⁶ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 257.

⁸⁸⁷ R. Kolb, *Théorie du droit international*, *op. cit.*, pp. 139-169, et plus généralement A. Truyol y Serra, R. Kolb, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Paris, Pedone, 2007, 158 p.

⁸⁸⁸ On a vu dans le cadre de l'analyse des conditions relatives à l'acteur qu'il en découle alors une capacité générale d'adopter des actes juridiques, v. *supra*, §§ 141-142.

⁸⁸⁹ CPJI, *Affaire du Lotus (Turquie/France)*, préc., p. 19.

mêmes amputée par autolimitation⁸⁹⁰. Cette représentation permet alors de distinguer leur liberté originaire, qui résulte de leur statut, et le champ de liberté résiduelle que chaque État se réserve dans la mesure où ils n'ont pris dans certains domaines aucun engagement venant restreindre la première⁸⁹¹. En ce sens, la présomption joue uniquement dans les champs non réglés par le droit international définis relativement pour chaque État ou dans la mesure des règles coutumières ayant une portée *erga omnes*. Cette logique fut doublement confirmée par la sentence arbitrale rendue en 1957 dans l'*Affaire du lac Lanoux (Espagne/France)*. En l'espèce, l'Espagne s'opposait à ce que la France procède au détournement des eaux du lac catalan vers l'Ariège alors que celui-ci alimentait le Carol, cours d'eau international approvisionnant la province espagnole de Gérone située en aval. Dans un premier temps, l'Espagne soutenait que les modifications conventionnelles admises entre les deux Gouvernements au principe de souveraineté territoriale sur les eaux stagnantes et courantes devaient être interprétées restrictivement. Le Tribunal répondit, cependant, qu'il ne pouvait admettre une telle approche : « [l]a souveraineté territoriale joue à la manière d'une présomption. Elle doit fléchir devant toutes les obligations internationales, quelle qu'en soit la source, mais elle ne fléchit que devant elle »⁸⁹². Dans un second temps, l'Espagne contestait la légitimité des travaux effectués par la France sur son territoire dans la mesure où ils étaient de nature à permettre à cette dernière de faire pression sur elle. L'Espagne considérait que les traités régissant les relations entre les deux États consacraient un principe d'égalité. Dès lors, le simple fait que la France se ménageait par ces travaux la possibilité physique de supprimer l'écoulement d'eau vers l'Espagne lui paraissait illicite. Le Tribunal rejeta cet argumentaire. Il nota d'abord que le projet français comportait l'assurance de ne pas porter atteinte au régime établi en restituant l'intégralité des eaux détournées vers l'Espagne. L'Espagne ne pouvait alors alléguer qu'elle ne recevait pas de garantie suffisante dans la mesure où « la mauvaise foi ne se présume pas ». Le simple risque que la France contrevienne à ses engagements internationaux ne pouvait aboutir à exiger que l'Espagne fournisse une autorisation explicite. Ensuite, le Tribunal souligna qu'il ne trouvait :

« ni dans le Traité et l'Acte additionnel du 26 mai 1866, ni dans le droit international commun une règle qui interdise à un État, agissant pour la sauvegarde de ses intérêts légitimes, de se mettre dans une situation qui lui permette, en fait, en violation de ses engagements internationaux, de préjudicier même gravement à un État voisin »⁸⁹³.

⁸⁹⁰ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, op. cit., p. 257.

⁸⁹¹ *Ibid.*, pp. 257-258.

⁸⁹² *Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, SA du 16 novembre 1957, *RSJ*, vol. XII, pp. 281-317, p. 301.

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 305, pour les deux citations.

En l'absence d'une règle contraire, la France devait donc être réputée agir dans le respect du droit. Du point de vue du régime des actes juridiques internationaux, ce champ de liberté résiduelle suppose donc la reconnaissance d'une compétence générale (à l'inverse des compétences d'attributions des sujets dérivés) doublée d'un pouvoir discrétionnaire. Autrement dit, les champs d'application et des effets de l'habilitation que constitue la liberté souveraine sont indéterminés. Ils ne sont limités que par des règles extrinsèques à celle-ci. On ne peut alors prévoir ce sur quoi un État peut effectivement s'engager mais seulement ce sur quoi cela lui est interdit. Il lui est ainsi loisible de renoncer à procéder à des essais nucléaires en atmosphère, comme le fit la France en 1974, tout comme il peut s'engager à envoyer à ses frais un citoyen de chaque État sur la planète Mars, pourvu simplement que cela ne contrevienne pas au droit international positif (une mission martienne ne peut par exemple aboutir à l'appropriation ou à la militarisation d'un corps céleste). Toutefois, pour ces mêmes raisons, la portée de la liberté résiduelle des États apparaît aujourd'hui largement réduite.

B. La portée limitée de la liberté résiduelle

206. *Motifs théoriques et pratiques de relativisation de la règle* – Comme l'a clairement exprimé R. Kolb, la règle résiduelle résumée par la formule « tout ce qui n'est pas interdit est permis » peut être relativisée pour au moins deux raisons. D'abord, la notion d'interdiction doit être envisagée *lato sensu*. Pour considérer que quelque chose n'est pas interdit, il convient de tenir compte de tout type de réglementation : prohibitive, prescriptive, permissive, contenue dans des instruments de *hard law* ou éventuellement de *soft law*. Ensuite, il faut identifier un certain seuil à partir duquel la règle résiduelle opère son action permissive. L'auteur considère que ce seuil peut être établi à différents niveaux, selon qu'on exige 1) l'absence d'une disposition expresse, 2) d'injonction implicite, 3) d'injonction obtenue par analogie plus ou moins extensive, 4) d'injonction obtenue par l'opération de principes généraux du droit ou des considérations de rationalités intrinsèques au système juridique ou encore 5) d'injonction obtenue en prenant en compte les valeurs générales du système et les nécessités sociales du moment⁸⁹⁴. Le champ de la liberté résiduelle est vaste si l'on exige uniquement l'absence d'une interdiction expresse. À l'inverse, il est réduit si l'on choisit de tenir compte des valeurs à l'origine du système (comme dans les droits d'inspiration religieuse). Les auteurs s'étant penchés sur ce type de problématique ont tous une approche différente du

⁸⁹⁴ R. Kolb, *Théorie du droit international*, op. cit., p. 323.

point à partir duquel la règle devrait intervenir⁸⁹⁵. En outre, la liberté résiduelle n'a pas la même portée selon les branches du droit international auxquelles on s'intéresse. La liberté est généralement plus forte en matière de compétences territoriales ou, plus généralement, dans les matières rattachables au domaine réservé. Elle joue moins dans des domaines où la coopération internationale est élevée et où l'existence de traités et coutumes vient en réduire les différents champs. Toute considération sur la portée de la règle exige de tenir compte de l'ensemble de ces données. R. Kolb conclut, à cet égard, qu'« un certain degré de liberté résiduelle semble correspondre aux exigences de la vie et aux conceptions dominantes ». Le droit international n'a certes pas vocation à tout régler. Par conséquent, « il paraît rationnel de concevoir le droit comme un corps inhéremment limité, entouré d'espaces de liberté, *tant que rien n'exige que le droit s'y étende*. On évite ainsi de figer la vie en posant des entraves à l'action ». Il tempère néanmoins la portée du principe :

« [à] condition de restreindre le champ d'application de la règle résiduelle aux cercles 4 et 5, elle opère un partage appréciable des compétences. Elle respecte l'autonomie du sujet, si essentielle dans les conceptions modernes, sans rien sacrifier aux exigences du droit. La limitation à laquelle est soumise la règle résiduelle signifie qu'il faut faire parler tout l'ordre juridique, avec ses dispositions individuelles et ses principes généraux, tout comme ses choix axiologiques fondamentaux (...) et ses analogies internes, avant d'aboutir à [son] application »⁸⁹⁶.

En somme, il faut garder à l'esprit que la présomption de liberté ne vaut qu'à l'intérieur des espaces d'indétermination laissés par le droit existant et dans le respect de principes tels que l'exercice raisonnable des compétences, la bonne foi ou l'interdiction de l'abus de droit. Or, compte tenu des évolutions du droit international, les différents champs permettant son exercice apparaissent considérablement réduits.

§2. L'identification négative et relative des champs de la liberté résiduelle

207. De la nature de la liberté souveraine des États découle le fait que ses champs d'application et des effets, *a priori* indéterminés, apparaissent extrinsèquement limités par la somme des engagements qui leur sont opposables. Or, la diversification comme la densification du droit international ont entraîné la réduction de ces champs à une portion infinitésimale. Par conséquent, sans pour autant qu'elle puisse être déclarée disparue, dans la mesure où elle est vouée à intervenir dans le cadre des espaces d'indétermination présents ou

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 324, où l'auteur opère un recensement.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 341, pour les trois citations, italique de l'auteur.

à venir laissés par le droit international, la liberté résiduelle n'assure plus qu'un rôle limité dans la justification des actes juridiques étatiques. D'un côté, à la manière d'un « domaine réservé » vidé de sa substance, le champ d'application de cette liberté apparaît particulièrement réduit (A). De l'autre, son champ des effets l'est également par principe dès lors que l'égalité souveraine des États et l'ensemble des règles qui en découlent ont pour fonction d'empêcher ceux-ci de faire peser une charge sur leurs pairs ou d'empiéter sur leurs domaines de compétences sans leur consentement (B).

A. Le champ d'application réduit de la liberté résiduelle

208. La théorie du domaine réservé comme illustration du champ d'application de la liberté résiduelle – L'appréhension du contenu de la liberté résiduelle des États dans l'ordre international peut être rapprochée de la théorie doctrinale classique du « domaine réservé » ou de la « compétence nationale ». Selon une définition partagée, le domaine réservé correspond au « [d]omaine d'activités dans lequel l'État, n'étant pas lié par le droit international, jouit d'une compétence totalement discrétionnaire et, en conséquence, ne doit subir aucune immixtion de la part des autres États ou des organisations internationales »⁸⁹⁷. La notion remplit donc une fonction relationnelle, dans la mesure où elle vise à établir un tri entre les matières devant, théoriquement, relever du droit interne et celles susceptibles d'être régies par le droit international. Elle fut pour cette raison élaborée en réaction aux compétences dévolues aux organes internationaux juridictionnels ou politiques. Après avoir été incluse dans diverses clauses d'arbitrage, elle fit son apparition à l'article 15, § 8 du Pacte de la Société des Nations (SDN), puis à l'article 2, § 7 de la Charte des Nations Unies⁸⁹⁸.

⁸⁹⁷ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 356.

⁸⁹⁸ Selon l'article 15, § 8 du Pacte de la SDN, « [s]i l'une des parties prétend et si le Conseil reconnaît que le différend porte sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive de cette partie, le Conseil le constatera dans un rapport, mais sans recommander aucune solution ». Selon l'article 2, § 7 de la Charte des Nations Unies, « [a]ucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte ; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII ». Pour un historique et sur la définition du domaine réservé comme notion relationnelle, v. l'étude de R. Kolb, « Du domaine réservé. Réflexions sur la théorie de la compétence nationale », *RGDIP*, vol. 110, 2006, pp. 597-630, spéc., p. 599 : la notion « concerne la délimitation des compétences d'organisations internationales (...) ou d'organes internationaux (par exemple des tribunaux) par rapport à celles des États qui en sont membres ou qui sont soumis à leur action. Le domaine réservé est une notion de relation entre les organismes internationaux et les États en matière de compétences. Son but est de garantir aux États une certaine sphère d'action soustraite à la compétence des organismes internationaux ».

La recherche d'un critère d'identification du domaine réservé des États nourrit de vastes débats doctrinaux qu'on ne peut qu'effleurer dans le cadre de cette étude. On peut simplement souligner que la conception largement majoritaire se fonde sur un critère essentiellement formel. Selon pareille approche, toutes les matières qui sont régies par le droit international cessent d'être rattachées au domaine réservé des États. Elle implique une logique de soustraction⁸⁹⁹. Sa conséquence principale est que seul le droit international détermine l'étendue du domaine réservé. Il en découle par ailleurs une relativité de principe. Chaque État voit son domaine réservé défini et plus ou moins réduit à la mesure de ses engagements dans l'ordre international et du cumul d'autres types d'instruments faisant peser sur lui de nouveaux droits et obligations (coutumes, résolutions des organisations internationales, *etc.*). Ainsi, non seulement le domaine réservé des États est relatif, mais il est aussi évolutif. Ce qui relève un jour des affaires de l'État peut être appréhendé le jour suivant par le droit international⁹⁰⁰. C'est l'approche qui semble se dégager de la pratique jurisprudentielle. Dans son avis consultatif de 1923 relatif aux *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, la CPJI dû se prononcer sur une question soumise par le Conseil de la SDN visant à savoir si le différend opposant la France (émettrice des décrets) et le Royaume-Uni (dont les ressortissants en zone française se trouvaient affectés) relevait ou non de la « compétence exclusive » de la France, qui refusait alors de le soumettre à l'arbitrage. La Cour souligna à cette occasion que lorsque certaines matières ne sont pas réglées par le droit international, « chaque État est seul maître de ses décisions »⁹⁰¹. Elle précisa en ce sens que :

« [l]a question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux (...). Il se peut très bien que, dans une matière qui, comme celle de la nationalité, n'est pas, en principe, réglée par le droit international, la liberté de l'État de disposer à son gré soit néanmoins restreinte par des engagements qu'il aurait pris envers d'autres États. En ce cas, la compétence de l'État, exclusive en principe, se trouve limitée par des règles de droit international »⁹⁰².

⁸⁹⁹ Sur cette approche et toutes les références doctrinales pertinentes, v. l'article de R. Kolb, *ibid.*, pp. 603-605.

⁹⁰⁰ Une telle conception fut promue par l'Institut de droit international, « Résolution sur la détermination du domaine réservé et ses effets » du 29 avril 1954, session d'Aix-en-Provence, *Annuaire IDI*, 1954, vol. 45, t. 2, p. 292 : « [l]e domaine réservé est celui des activités étatiques où la compétence de l'État n'est pas liée par le droit international. L'étendue de ce domaine dépend du droit international et varie suivant son développement » (article 1^{er}).

⁹⁰¹ CPJI, avis consultatif du 7 février 1923, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, *Série B*, n° 4, pp. 23-24.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 24.

En l'espèce, dans la mesure où certaines questions étaient régies par les accords qui liaient les deux États en cause, la Cour considéra que le différend ne relevait pas du domaine réservé français⁹⁰³.

Une telle conception peut logiquement pousser vers une négation pratique du domaine réservé. Selon certains auteurs, comme C. Tomuschat, le domaine réservé se serait complètement vidé de sa substance, asséché par la progression du droit international d'après-guerre⁹⁰⁴. Il paraît toutefois délicat de trancher définitivement une telle question. Un exercice d'imagination semble toujours aboutir au constat que le droit peut laisser certains espaces de liberté, dans le respect de ses principes généraux. Rien n'empêche *a priori* un État de s'engager, renoncer, autoriser, habiliter, relativement à des matières pour lesquelles il n'est soumis à aucune injonction contraire⁹⁰⁵.

209. Absence de limitations intrinsèques à l'exercice de la liberté résiduelle ? – La question a pu se poser de savoir si la souveraineté-liberté qui fonde le pouvoir des États d'adopter des actes juridiques s'avérerait intrinsèquement limitée. La liberté résiduelle de l'État comporte-t-elle, de façon générale, certaines exceptions ? L'État peut-il, par exemple, abandonner certains des attributs essentiels de son statut de souverain ? À cet égard, pour reprendre l'illustration déjà évoquée, certains développèrent, à l'époque de la Société des Nations, une hypothèse selon laquelle les États disposeraient d'un domaine réservé « par nature ». L'idée consistait à laisser en dehors de la sphère du droit international certaines matières déterminées, en particulier celles portant sur l'organisation interne de leur régime politique ou celles ayant trait à la nationalité. Une telle approche fut néanmoins largement rejetée⁹⁰⁶. La recherche d'un critère matériel ne peut en effet autoriser une dissociation objective des activités internes et externes des États, surtout s'ils se trouvent en situation

⁹⁰³ Pour une autre illustration, v. l'affaire de la *Ligne du Rhin de fer (Belgique c. Pays-Bas)*, SA du 24 mai 2005 (disponible sur le site de la CPA), § 67. Le Tribunal s'est penché sur la répartition des compétences entre les deux États parties vis-à-vis d'une ligne ferroviaire ayant fait l'objet d'un accord. Dans la mesure où l'ouvrage se situait sur le territoire des Pays-Bas, il décida que toutes les matières attribuées expressément à la Belgique relevaient de sa compétence, tandis que le reste, notamment les questions relatives à la sécurité de l'ouvrage, tombait dans le champ de la souveraineté des Pays-Bas.

⁹⁰⁴ C. Tomuschat, « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 233.

⁹⁰⁵ V. notamment les exemples développés *infra*, Partie 1, Titre 3, Chapitre 2, tous adoptés sans réglementation juridique spéciale.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 606-607 ; P. Bodeau-Livinec, « Le domaine réservé : persistance ou déliquescence des fonctions étatiques face à la mondialisation », in SFDI, *L'État dans la mondialisation. Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 2013, spéc. pp. 156-161. V. aussi, par ex., H. Kelsen, « *Théorie du droit international public* », *op. cit.*, p. 112 : « [e]n fait, il n'existe aucune matière qui par sa nature même serait réservée au droit national et ne pourrait être réglée par le droit international (...). Le droit international peut régler n'importe quelle matière, même celles qui sont normalement réglées par le droit national ».

d'interdépendance croissante. De la même manière, plusieurs objections peuvent être soulevées à l'égard de la théorie des « droits fondamentaux des États ». Selon celle-ci, l'État ne pourrait disposer de certains de ses droits ; il lui serait ainsi impossible d'y renoncer sans, par la même occasion, porter définitivement atteinte à sa qualité. Cependant, d'une part, une telle vision paraît plutôt renvoyer à des questions liées au respect du droit international positif (*i.e.* des règles extrinsèques à la règle fondant le pouvoir de l'État, qui dès lors viennent le limiter). En ce sens, si l'on peut éventuellement considérer qu'un État ne peut renoncer à la souveraineté, en principe permanente, sur ses ressources naturelles, c'est parce qu'une règle internationale ferait obstacle à l'adoption d'un tel acte. De même, une tentative de renonciation unilatérale à sa qualité d'État pourrait s'opposer à certaines obligations contraires, relevant éventuellement du *jus cogens*. On pense notamment aux droits des peuples à disposer d'eux-mêmes et de décider de leur organisation politique propre. De ce point de vue, il apparaît donc inutile de recourir à une approche matérielle des droits fondamentaux des États. D'autre part, certains auteurs ajoutent qu'un tel concept ne fait en rien obstacle aux progrès du droit international. Il ne protège pas l'État contre la mondialisation et l'approfondissement des relations internationales. Même l'autonomie constitutionnelle des États est en partie touchée par le droit international, qui développe progressivement des principes attachés à la légitimité démocratique des gouvernements ou à la bonne gestion des affaires publiques⁹⁰⁷. Le droit interne des États n'est donc enfermé dans aucun sanctuaire matériel le protégeant de toute internationalisation.

La liberté résiduelle des États ne rencontre donc aucune limitation intrinsèque. Pareille conception formaliste a par ailleurs les faveurs de la pratique des tribunaux internationaux⁹⁰⁸. Le constat pose, dès lors, la question de l'utilité du concept de « domaine réservé » ou de « compétence nationale exclusive ». Les États ne semblent pas disposer de quelques domaines estampillés comme relevant « essentiellement » de leur droit interne, pour reprendre le terme de l'article 2, § 7 de la Charte onusienne. Au contraire, le droit international leur ménage simplement des espaces de liberté qui constituent, sous l'angle de leur souveraineté vue comme une règle d'habilitation, un champ d'application indéterminé à l'égard duquel il leur

⁹⁰⁷ P. Bodeau-Livinec, « Le domaine réservé : persistance ou déliquescence des fonctions étatiques face à la mondialisation », *op. cit.*, pp. 161-165.

⁹⁰⁸ On cite en général à ce propos l'arrêt de la CPJI relatif à l'*Affaire du Vapeur « Wimbledon »* (*Allemagne c. France et autres*), préc., p. 25 : « sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État ».

est possible d'adopter des actes juridiques unilatéraux. Cette liberté, cependant, est drastiquement réduite, à force de sédimentation du droit international. La perspective de départ (liberté présumée) tend ainsi à se renverser, et c'est bien souvent l'État auteur d'un acte qui se trouve poussé à démontrer qu'il agit dans le cadre des interstices laissés par le droit international.

B. L'égalité souveraine comme limite au champ des effets de la liberté résiduelle

210. Impossibilité de faire peser une charge sur les tiers et protection du domaine de leurs compétences – L'un des principes fondamentaux du droit conventionnel est celui de l'effet relatif des traités. L'article 34 de la Convention de Vienne de 1969 indique en ce sens qu'« [u]n traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement ». Le principe vaut également, *mutatis mutandis*, pour les actes unilatéraux étatiques. De nombreux auteurs indiquent à ce titre qu'aucun État ne peut décider unilatéralement de faire peser sur les tiers une charge sans leur consentement⁹⁰⁹. De la même façon, le texte final adopté en 2006 par la CDI inclut un Principe 9 selon lequel « [a]ucune obligation ne peut résulter pour les autres États de la déclaration unilatérale d'un État. Cependant, le ou les autres États concernés peuvent se trouver engagés (...) dans la mesure où ils ont clairement accepté une telle déclaration »⁹¹⁰. Il s'agit de remonter le fil de cette affirmation, souvent peu étayée, y compris par le Rapporteur spécial de la CDI sur les actes unilatéraux, afin d'en appréhender le sens et le fondement.

À cet égard, certains auteurs ont proposé des explications théoriques qui ont toutes pour point commun de se rapporter à l'égalité souveraineté des États. G. Venturini, par exemple, a pu souligner que « [l']admissibilité en droit international général d'actes d'autorité est (...) exclue par la structure paritaire de la communauté juridique internationale »⁹¹¹. Dans la même veine, J. Dehaussy, en critiquant l'absence de démonstration chez les auteurs affirmant trop aisément qu'aucune charge ne pouvait être imposée aux tiers, déclare que rien ne permet en toute logique de poser une telle impossibilité *a priori*. Selon lui, s'il est impossible pour un État

⁹⁰⁹ V. par ex. E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 32, qui va jusqu'à en faire un critère de définition de l'acte unilatéral étatique, position critiquée *infra* (§ 210) en particulier par J. Dehaussy ; V. Rodriguez Cedeño, M. I. Torres Cazorla, « Unilateral Acts of States in International Law », *op. cit.*, § 23 ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 402 ; C. Santulli, *Introduction au droit international*, *op. cit.*, p. 122.

⁹¹⁰ CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, p. 398.

⁹¹¹ G. Venturini, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 411.

de générer unilatéralement des obligations à la charge des tiers, c'est en raison de la structure propre de l'ordre juridique international et en particulier du principe de l'égalité souveraine des États⁹¹². Il semblerait alors permis de voir dans une telle affirmation une description du champ des effets de l'habilitation fondant les États à adopter des actes unilatéraux. Le champ des effets, on l'a dit, correspond au type d'acte juridique pouvant être adopté, plus précisément au type d'effet susceptible d'être emporté par celui-ci. En l'occurrence, la liberté souveraine des États laisse ce champ indéterminé. Cependant, comme dans le cas précédemment évoqué relatif au champ d'application, l'État ne peut exercer cette liberté qu'à la condition que les effets qu'il entend générer ne soient pas contraires au droit international lui étant opposable. L'indétermination du champ des effets ne signifie donc pas, là non plus, que le pouvoir de l'État soit arbitraire. La liberté de l'État apparaît extrinsèquement limitée et ne peut s'exercer que dans le respect de celle également reconnue aux tiers. C'est la raison pour laquelle ils ne peuvent faire peser sur leurs pairs une charge à laquelle ils n'ont pas consenti ni empiéter sur leurs domaines de compétences.

De ce point de vue, la délimitation extrinsèque du champ des effets de la liberté résiduelle reconnue aux États trouve une illustration topique dans le principe de non-ingérence dans les affaires des États tiers. Dans un sens général, le principe constitue en effet une limite à toute interférence dans la sphère d'action propre à un État sans l'aval de celui-ci⁹¹³. Ou comme l'a dit la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*) (1986), l'ingérence constitue le fait pour un État ou un groupe d'États « d'intervenir directement ou indirectement dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État (...) sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des États permet à chacun d'entre eux de se décider librement »⁹¹⁴. Ainsi, empiéter sur les compétences reconnues à un tiers constitue une ingérence dans ses affaires internes ; de la même façon, lui imposer une obligation nouvelle sans son consentement peut être vu comme une ingérence dans la gestion de ses relations internationales. De tels comportements étant prohibés, le champ des effets de l'habilitation des États d'adopter des actes unilatéraux s'en trouve largement limité. En somme, les États sont libres de faire advenir les effets qu'ils souhaitent (conformément au pouvoir discrétionnaire dont ils jouissent de par leur statut) pour autant que de tels actes ne contreviennent pas aux droits et pouvoirs des tiers.

⁹¹² J. Dehaussy, « Les actes juridiques unilatéraux en droit international. A propos d'une théorie restrictive », *op. cit.*, pp. 63-65.

⁹¹³ V. par ex. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 579.

⁹¹⁴ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), *fond*, préc., § 205.

C'est pourquoi l'analyse des actes unilatéraux pris sur le fondement de la liberté souveraine des États ne porte généralement que sur des actes dont l'objet apparaît favorable à ces derniers (les promesses, renonciations, autorisations ou habilitations)⁹¹⁵.

En définitive, cette réduction des champs d'application et des effets de la liberté souveraine des États débouche sur un constat logique : le respect du droit international constitue une condition extrinsèque de régularité des actes unilatéraux pris sur ce fondement.

§3. Le respect du droit international positif comme condition extrinsèque de régularité des actes unilatéraux étatiques

211. Il découle des considérations précédentes que la régularité d'un acte en principe inconditionné repose en réalité sur le respect du droit international existant et opposable à son auteur ; même si, on l'a dit, cela vaut pour tout acte y compris ceux faisant l'objet d'un encadrement précis. La question a soulevé un débat récurrent en doctrine à propos des conditions de validité des actes dits « autonomes » (A). Le cadre de la controverse mérite néanmoins d'être reposé et élargi afin de distinguer clairement différentes hypothèses de conflit entre un acte unilatéral étatique et le droit international existant, y compris des engagements unilatéraux antérieurs (B). Compte tenu de ces différentes remarques, on verra alors que la problématique du retrait des actes unilatéraux des États, qui a également fait l'objet d'importants débats, peut être envisagée comme une question de fond. Autrement dit, le retrait d'un acte unilatéral n'est valable que s'il est permis par l'habilitation qui en a régi l'adoption et/ou s'il est prévu par son contenu. Dans le cas contraire, il est irrégulier s'il porte atteinte aux droits générés dans le chef des tiers (C).

A. Exposé de la controverse

212. *Position du problème et exposé de la controverse* – Si la souveraineté-liberté ne souffre *a priori* aucune limitation intrinsèque, elle apparaît largement encadrée par le jeu de règles du droit international qui lui sont extrinsèques. Partant de cette prémisse, les auteurs s'interrogent sur le point de savoir à quel titre et dans quelle mesure le respect de ces règles intègre les conditions de validité des actes unilatéraux étatiques. À cet égard, deux approches ont eu tendance à s'opposer. D'un côté, certains comme J.-P. Jacqué, J. Barberis, K.

⁹¹⁵ Pour une typologie des causes normatives de ces actes, v. *infra*, Partie 1, Titre 3, Chapitre 2.

Skubiszewski, G. Teboul ou C. Goodman soulignent qu'un acte unilatéral étatique doit respecter le droit conventionnel ou coutumier pesant sur son auteur. Selon K. Skubiszewski, par exemple :

« [p]our être valide, l'acte unilatéral d'un État doit toujours être conforme aux règles de fond du droit international applicables à la matière sur laquelle il porte. Dans les actes où interviennent plusieurs États, ceux-ci peuvent s'écarter du droit international général et choisir d'appliquer des règles particulières (sauf dans les matières régies par les normes impératives du *jus cogens*). Mais les actes unilatéraux ne peuvent pas déroger ainsi au droit international général, pas plus d'ailleurs qu'aux obligations conventionnelles assumées par leurs auteurs »⁹¹⁶.

Selon une telle perspective, le respect du droit international pesant sur l'auteur d'un acte intègre les conditions de validité de celui-ci. Il doit donc avoir un objet licite non seulement à l'égard du droit impératif mais aussi vis-à-vis du droit conventionnel et coutumier. D'un autre côté, plusieurs auteurs, comme J.-D. Sicault, J. d'Aspremont, C. Eckart, M. Yamel et M. S. Henkel ou encore P. Saganek, considèrent qu'une telle question ne se pose pas sous l'angle des conditions de validité des actes unilatéraux mais n'intervient que sur le terrain de la responsabilité éventuelle de leurs auteurs. Selon J. d'Aspremont, en particulier :

« [p]as plus qu'un conflit entre des traités et la coutume ou des traités entre eux ne se résout en termes de validité, le conflit entre un acte juridique unilatéral et une norme conventionnelle ou coutumière ne trouve-t-il sa solution par le biais d'un mécanisme de validité. En d'autres mots, il ne semble pas qu'il doive y avoir quelque hiérarchie de normes entre celles qui sont issues du droit conventionnel et coutumier et celles qui sont le résultat d'un acte juridique unilatéral »⁹¹⁷.

Deux actes peuvent ainsi présenter des contenus contradictoires. Pour autant, rien n'interdit à ces deux derniers d'être simultanément présumés valides. Tout conflit éventuel intervenant

⁹¹⁶ K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 242. Dans le même sens, J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, p. 162 ; J. Barberis, « Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional publico », *op. cit.*, pp. 113-114 ; G. Teboul, « Actes unilatéraux (États) », *op. cit.*, § 59 ; C. Goodman, « *Acta Sunt Servanda*, a Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *op. cit.*, pp. 54-55.

⁹¹⁷ J. D'Aspremont, « Les travaux de la Commission du droit international relatif aux actes unilatéraux des États (2005) », *op. cit.*, pp. 185-186. Dans le même sens, J.-D. Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *op. cit.*, p. 662 : « [e]n l'absence d'une hiérarchie entre les traités, la solution dégagée par la jurisprudence et reprise, dans ses grandes lignes, par la Convention de Vienne, consiste non pas à déclarer nul un des deux traités, mais à admettre la validité simultanée des deux, quitte à faire jouer la responsabilité internationale pour sanctionner la violation de celui qui n'est pas exécuté. Il n'y a aucune raison pour ne pas retenir ce type de solution pour les engagements unilatéraux » ; C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, p. 244 ; M. Yamel, M. S. Henkel, « El final de la espiral del caos: la regulación de los actos jurídicos unilaterales de los estados », *op. cit.*, pp. 644-645 ; P. Saganek, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, *op. cit.*, pp. 131-135. On peut également citer un texte de J.-P. Jacqué, datant de 1981, dans lequel il adopte cette position, au contraire de celle exposée dans son ouvrage de 1972, v. « À propos de la promesse unilatérale », *op. cit.*, pp. 344-345.

vis-à-vis de la mise en œuvre de leur contenu respectif devrait dès lors être départagé en application des principes généraux ayant dans l'ordre international une fonction articulatoire, comme les adages *lex posterior priori derogat* et *specialia generalibus derogant*. En outre, dans l'hypothèse où l'exécution par un État de l'un de ses engagements aboutirait à la violation d'un second, l'État devrait simplement assumer cette conséquence sur le terrain de la responsabilité. Selon cette approche, qui opère une comparaison directe avec la question des relations entre traités ou entre traités et coutumes, les actes unilatéraux pris sur le fondement d'une liberté souveraine ne peuvent avoir d'objet illicite ni être pour cette raison considérés comme invalides à l'exception des cas où ils contreviendraient au droit impératif.

Ni les travaux du Rapporteur spécial de la CDI sur les actes unilatéraux des États ni le texte final des principes directeurs n'approfondissent ce débat. Ce dernier n'inclut qu'un Principe 8 relatif au respect du droit impératif, prenant pour modèle l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Il apparaît, cependant, que chacune des approches présentées et souvent opposées s'applique, en réalité, à des hypothèses bien différentes, qui auraient mérité d'intégrer les principes directeurs. En ce sens, il aurait semblé pertinent de distinguer trois cas : celui des prétentions unilatérales irrégulières par rapport aux obligations pesant sur leurs auteurs et, dès lors, constitutives de faits illicites, celui des engagements concurrents ou contradictoires destinés à des sujets tiers distincts et, enfin, celui, faisant consensus, de l'irrégularité objective d'un acte unilatéral pour contrariété avec une règle de *jus cogens*.

B. Distinction des hypothèses de conflit entre un acte unilatéral et le droit international positif

213. Cas des prétentions manifestement irrégulières et présumées inopposables –

Dans le cadre du droit conventionnel, la question de l'objet des traités demeure relativement indéterminée. Soit elle se pose à l'égard du droit impératif, soit elle soulève un enjeu relatif à l'articulation des traités entre eux ou entre traités et coutumes. Par exemple, un traité postérieur peut très bien déroger à un traité ou une coutume antérieurs. Pour ce qui est des actes unilatéraux, la question de la licéité de leur objet est plus facilement posée dans la mesure où ils entretiennent un rapport différent avec le droit antérieur liant leurs auteurs. Il faut en effet rappeler qu'un État ne peut défaire unilatéralement ce qu'il a fait avec d'autres. La conséquence en est que l'auteur d'un tel acte doit respecter le droit conventionnel et coutumier s'il prétend générer des effets dans le domaine que les traités ou coutumes en question ont vocation à régir. Il faut ainsi situer la problématique dans un référentiel bien déterminé : dans

le cadre des relations liant un État A à d'autres États B, C ou D, si l'État A adopte un acte manifestement contraire au droit établi entre eux, cet acte sera considéré comme irrégulier et, dès lors, présumé inopposable. Cela découle du fait, comme on l'a démontré, que les champs de la liberté souveraine de l'État auteur, fondant son pouvoir d'adopter des actes unilatéraux licites, se trouvent limités par ses engagements passés. Pour être valides, ses actes ne doivent pas déroger au droit existant relatif à la matière dans laquelle ils prétendent générer un effet. Tout acte contraire constituerait un fait illicite et sa qualité d'acte comme son effet seraient inopposables aux tiers⁹¹⁸. Cela dit, tout État tiers intéressé peut, dérogation au droit impératif mise à part, accepter les effets d'une telle prétention ou « offre » entendue *largo sensu*⁹¹⁹. Selon l'instrument considéré, on revient alors vers des hypothèses relatives à la transformation du droit existant, soit par l'élaboration d'une coutume spéciale, soit par la modification d'un traité entre certaines ou toutes ses parties selon les cas, soit par la modification d'un engagement unilatéral antérieur destiné aux mêmes sujets.

La problématique fut soulevée et débattue par certains membres de la CDI⁹²⁰. Elle ne fit cependant l'objet d'aucune étude approfondie de la part du Rapporteur spécial. Tout au plus a-t-il voulu intégrer à ses différents projets un article visant la nullité des actes unilatéraux contraires à une décision du Conseil de sécurité des Nations Unies⁹²¹. Elle fut toutefois retirée du projet final. Il faut dire qu'une telle disposition apparaissait, pour les raisons évoquées ici, parfaitement superfétatoire, un État ne pouvant de toute façon déroger seul aux engagements qu'il a pris avec d'autres, *a fortiori* dans le cadre de la Charte des Nations Unies. Elle donnait par ailleurs le sentiment qu'un acte unilatéral ne pouvait être contraire à une décision de l'organe onusien tandis qu'il lui était loisible, *a contrario*, de déroger à d'autres types

⁹¹⁸ Dans l'affaire relative au *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*, préc., p. 75, la CPIJ a constaté que les déclarations norvégiennes sur l'occupation de ce territoire étaient « illégales et non valables » car elles contrevenaient à la situation juridique existante entre les deux parties. Les exemples de ce type peuvent être multipliés ; tout fait engageant la responsabilité de son auteur peut être vu comme constituant une prétention *largo sensu* de rejet ou de modification du droit existant.

⁹¹⁹ P. Saganek, y voient en ce sens des « offres » plus que des actes unilatéraux à proprement parler, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, *op. cit.*, p. 131.

⁹²⁰ A. Pellet a par exemple souligné qu'il ne pouvait accepter l'idée « qu'un acte unilatéral ne saurait en aucune manière s'écarter du droit coutumier. Certes, un tel acte ne pourra pas produire d'effets juridiques s'il n'est pas accepté par les États auxquels il est destiné, mais c'est un problème d'effet juridique plus que de nullité. Les États peuvent déroger aux règles coutumières par voie d'accord. M. Pellet ne voit pas pourquoi l'État déclarant ne pourrait pas faire une sorte d'offre aux autres États pour déroger à une règle coutumière, et il voit encore moins pourquoi il ne pourrait pas faire une déclaration unilatérale à l'effet d'étendre ou d'amplifier les obligations que lui impose la règle coutumière considérée », CDI, « Compte rendu analytique de la 2593^e séance », doc. A/CN.4/SR.2593, *ACDI*, 1999, vol. 1, p. 201, § 54.

⁹²¹ V. not. CDI, « Troisième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 23, § 167, projet d'article 5, § 7.

d'obligations pesant sur son auteur. Il n'est pas utile de démontrer que cela est contraire à la pratique.

214. Cas des actes unilatéraux contradictoires destinés à des sujets distincts – Tout autre est la question de savoir si un État peut formuler un acte unilatéral envers un certain sujet dont l'objet est contradictoire avec un autre engagement (unilatéral ou conventionnel) qui, lui, est destiné à un autre sujet. En droit conventionnel, rien n'empêche que plusieurs traités aient des dispositions potentiellement contradictoires. Dans ce cas, soit l'un des instruments prime sur les autres (par exemple le plus récent ou celui qui inclut une clause de primauté sur d'autres accords), soit ils ne lient simplement pas les mêmes parties et, en raison du principe de l'effet relatif des traités, les droits et obligations issus de chaque instrument ne valent que dans le cadre de la relation entre leurs parties respectives. La même logique s'applique *mutatis mutandis* aux actes unilatéraux étatiques. Il faut alors clairement établir que le problème suppose des référentiels distincts : un État A peut s'engager à l'égard d'un État B, puis adopter un engagement potentiellement contradictoire avec le premier à l'égard d'un État C. Dans une telle situation, il ne s'agit pas d'une question de validité de l'acte de A à B vis-à-vis du droit préexistant entre A et B (hypothèse vue précédemment) mais d'un problème d'articulation entre l'acte liant A et B d'un côté et celui liant A et C de l'autre. Comme pour les traités, qui sont *res inter alios acta*, les deux actes unilatéraux contradictoires peuvent chacun être présumés valides dans leur référentiel relationnel respectif, dans la mesure où le droit international n'impose aucune hiérarchie entre ses modes de production. Libre à l'État, agissant dans un champ indéterminé du droit international, de prendre des engagements contradictoires. Le problème surgit au stade de leur exécution. Si la mise en œuvre de l'un implique la violation de l'autre, l'État engage sa responsabilité internationale.

215. Cas de la nullité absolue d'un acte unilatéral pour contrariété avec le droit impératif – La question du respect du droit impératif (*jus cogens*) se pose elle aussi dans les mêmes termes que pour les traités. Elle suppose l'existence d'un ordre public international et d'une certaine hiérarchie normative entraînant le fait pour certains actes contraires aux normes leur étant supérieures d'être considérés comme objectivement nuls. Il ne s'agit pas, dans le cadre de cette étude, de discuter de la définition du concept de *jus cogens* ni de la détermination des règles ressortissant à cette catégorie, toutes deux susceptibles de soulever d'importants débats⁹²². On peut se limiter à souligner que la question a fait l'objet d'un certain consensus,

⁹²² V. par exemple, M. Virally, « Réflexions sur le "*jus cogens*" », *AFDI*, vol. 12, 1966, pp. 5-29 ; A. Gomez-Robledo, « Le *jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RACDI*, vol. 172, 1981, pp. 9-217 ; R. Kolb, *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Genève, Publications de l'IHEID,

dans son principe, dans le cadre des travaux de la CDI sur les actes unilatéraux (qui n'entendait pas non plus rouvrir les débats s'étant tenus lors de la préparation de la Convention de 1969). Dès lors, le texte final des principes directeurs inclut un Principe 8 selon lequel « [u]ne déclaration unilatérale en conflit avec une norme impérative du droit international général est nulle »⁹²³. S'agissant du régime des actes unilatéraux étatiques, la discussion peut plus particulièrement porter sur la valeur et la portée d'une telle disposition. D'abord, elle fut initialement incluse à tort dans la catégorie des vices du consentement de l'État auteur d'un acte⁹²⁴. Cela fut rapidement corrigé afin de prévoir une disposition autonome liée, de manière plus générale autant que logique, aux motifs potentiels de nullité. Ensuite, l'intérêt de la disposition peut être discuté. Comme on l'a vu, les actes unilatéraux sont déjà soumis, pour être valides, à une condition de respect du droit international positif liant leurs auteurs. Les règles de *jus cogens* en font logiquement partie. En conséquence, en mettant en avant une telle disposition et dans le silence des principes directeurs à d'autres égards, le risque est alors de laisser croire que les actes unilatéraux ne sont pas soumis au respect du droit international non impératif⁹²⁵. On a montré le contraire avec la première hypothèse évoquée. La seule différence est que dans cette première hypothèse, l'acte manifestement irrégulier vis-à-vis du droit positif non impératif fait simplement l'objet d'une présomption d'inopposabilité pouvant être renversée par une acceptation expresse, tandis que dans le cas de la violation d'une règle de *jus cogens*, l'invalidité objective de l'acte entraîne sa nullité absolue.

La pratique jurisprudentielle ayant abouti à une déclaration de nullité absolue d'un acte unilatéral est inexistante, même si la possibilité a été évoquée par la CIJ à propos d'une réserve⁹²⁶. On ne peut donc que supposer que certains types d'engagements étatiques visant, par exemple, à torturer certaines personnes ou à annexer un territoire étranger seraient vus comme objectivement nuls.

2001, 404 p. ; du même auteur, « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », *RGDIP*, vol. 113, 2009, pp. 837-850 ; du même auteur, « La détermination du concept de *jus cogens* », *RGDIP*, vol. 118, 2014, pp. 5-29 ; du même auteur, *Peremptory International Law – jus cogens: a General Inventory*, Oxford, Hart Publishing, 2015, xvii-148 p.

⁹²³ CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, p. 398.

⁹²⁴ V. CDI, « Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 9, § 109.

⁹²⁵ En ce sens, R. Rivier, P. Lagrange, « Travaux de la Commission du droit international et de la Sixième commission (2006) », *op. cit.*, p. 315.

⁹²⁶ CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, préc., § 69.

En revanche, à la lumière de l'ensemble de ces considérations, il est possible de revenir sur un autre débat récurrent en doctrine : celui du retrait (et *mutatis mutandis* de l'extinction, de la suspension ou de la modification) des actes unilatéraux étatiques.

C. La question du retrait des actes unilatéraux comme illustration de l'obligation de respecter le droit existant

216. Position du problème et application par analogie du droit des traités – Un État peut-il retirer l'acte unilatéral par lequel il s'est juridiquement engagé ? Si la réponse à cette première interrogation est positive, dans quelles conditions le peut-il ? Dans l'affaire des *Essais nucléaires* (1974), la Cour n'a consacré qu'une seule phrase à la question du retrait ou de la modification d'un acte unilatéral (son vocabulaire recouvrant potentiellement les deux hypothèses). Elle déclara que l'engagement français « ne saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un pouvoir arbitraire de révision »⁹²⁷. On voit bien qu'il existe un certain lien logique entre le caractère obligatoire d'un tel acte et l'idée consistant à rendre impossible un retrait ou une modification arbitraire de celui-ci. Le contraire porterait en effet atteinte à l'idée même que l'acte puisse être considéré comme juridiquement contraignant. Cependant, il est difficile de déduire de cet extrait plus d'éléments. Les positions doctrinales, quant à elles (thèse de la négation du caractère obligatoire des actes unilatéraux mise à part), se sont depuis étirées entre deux extrêmes aux prémisses opposées. D'un côté, K. Skubiszewski, notamment, a postulé la libre révocabilité des actes unilatéraux étatiques, limitée seulement dans certains cas par des règles coutumières ou conventionnelles⁹²⁸. De l'autre, une majorité d'auteurs a préféré favoriser, à l'inverse, le principe de l'irrévocabilité assortie d'exceptions généralement inspirées du droit conventionnel⁹²⁹. Des positions similaires furent exprimées au sein de la CDI sans toutefois qu'un consensus puisse émerger des discussions⁹³⁰.

⁹²⁷ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, préc., § 53.

⁹²⁸ K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des Etats », *op. cit.*, pp. 248-249.

⁹²⁹ V. not. G. Venturini, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *op. cit.*, p. 421 ; E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 152 ; J.-D. Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *op. cit.*, p. 650 ; J.-P. Jacqué, « À propos de la promesse unilatérale », *op. cit.*, pp. 340-343 ; J. Barberis, « Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional publico », *op. cit.*, p. 113 ; F. V. Kramer, « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 157 ; C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, pp. 251-275.

⁹³⁰ Pour un résumé, v. not. CDI, « Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États – additif », *op. cit.*, p. 32, § 93.

En la matière, il faut reconnaître que la pratique est assez limitée et qu'il n'existe par conséquent que peu de certitudes⁹³¹. Néanmoins, plusieurs éléments tendent à supporter la thèse de l'application, *mutatis mutandis*, du régime des prétentions à l'extinction, au retrait ou à la suspension des traités prévu par la Convention de Vienne de 1969 (articles 54 à 68). On peut en distinguer au moins trois. En premier lieu, il n'existe aucune raison de croire, si l'on suit la logique du droit conventionnel, que la violation d'un acte unilatéral (l'article 60 évoque la violation « substantielle » mais la question se pose moins pour un acte unilatéral que pour les traités comportant de nombreuses dispositions) puisse être vue comme une prétention de rejet de celui-ci. Il s'agit en principe d'un fait illicite qui ne mène pas à lui seul à l'extinction du droit initialement consacré. Selon l'article 60, seules les autres parties sont autorisées à en tirer les conséquences en invoquant la violation comme motif pour mettre fin au traité.

En deuxième lieu, l'article 37, § 2 de la Convention de Vienne pose comme principe qu'une stipulation de droits pour un tiers ne peut être retirée ou modifiée sans le consentement de celui-ci s'il est établi qu'elle était destinée à ne pas l'être. Le commentaire de la CDI confirme l'hypothèse de l'irrévocabilité de principe en indiquant qu'elle s'applique à défaut d'une précision explicite contraire⁹³². Or, une telle stipulation peut être assimilée à une promesse collective intégrée dans un traité à destination d'un ou plusieurs tiers au groupe des États parties au traité⁹³³. Il n'est donc pas interdit de considérer qu'une règle similaire puisse être appliquée aux promesses et, plus généralement, aux actes unilatéraux non intégrés à des instruments conventionnels.

En troisième lieu, les travaux de la CDI sur les actes unilatéraux des États se sont, eux aussi, largement inspirés du droit des traités. S'y référant explicitement, le neuvième rapport de V. Rodríguez Cedeño distingue entre deux hypothèses. D'une part, il évoque la possibilité qu'une déclaration soit assortie d'une échéance ou qu'elle prévoie plus généralement les conditions de sa suspension ou de son retrait⁹³⁴. Cependant, les exemples d'actes

⁹³¹ Certains résument ainsi la problématique : « *[t]he reconsideration or, at least, the withdrawal of a unilateral act has been a very complex question. Whether the answer is positive or negative will depend on many factors such as the nature of the act, its effects, the expectations derived from it, the particular context and circumstances of the act, etc.* », V. Rodríguez Cedeño, M. I. Torres Cazorla, « Unilateral Acts of States in International Law », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (version en ligne), février 2013, § 31.

⁹³² Le commentaire indique, d'un côté, que « [l]e caractère irrévocable du droit serait habituellement établi soit par les termes ou la nature de la clause du traité qui donne naissance au droit, soit par un accord ou une entente conclue entre les parties et l'État tiers » et, de l'autre, que « si les parties veulent que le droit de l'État tiers soit révocable, elles peuvent le spécifier dans le traité ou au cours de négociations avec l'État tiers », v. le commentaire de l'article 33 (devenu 37), CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *op. cit.*, p. 251, § 4 pour les deux citations.

⁹³³ Sur cette assimilation, v. *infra*, § 262.

⁹³⁴ CDI, « Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États – additif », *op. cit.*, p. 33, §§ 95-96.

« autonomes » de ce type étant inexistants, le rapport passe rapidement à l'hypothèse du silence d'une déclaration sur ce point. Dans ce cas, d'autre part, le Rapporteur souligne qu'il convient de prendre en compte différents facteurs : « ce sont les circonstances de l'espèce, la bonne foi et la possibilité que l'acte en question ait suscité des attentes chez des tiers qui sont les aspects essentiels à prendre en considération pour permettre à l'État de modifier l'acte unilatéral initial »⁹³⁵. Il se limite alors simplement à reprendre les motifs potentiels d'extinction ou de suspension d'un traité pour les appliquer aux actes unilatéraux : la disparition de l'objet de la déclaration, le changement fondamental de circonstances ou la survenance d'une nouvelle règle de *jus cogens* contraire⁹³⁶.

Tous ces éléments démontrent que la problématique du retrait des actes unilatéraux peut être envisagée comme une question de fond, en suivant la logique dictée à cet égard par le droit des traités. En droit conventionnel, le retrait n'est admis que si le traité le prévoit explicitement ou avec le consentement de toutes les parties (article 54) ou si la possibilité de s'en retirer ressort de l'intention des parties, auquel cas un délai de 12 mois est prévu à compter de la notification d'une telle prétention (article 56). En matière d'actes unilatéraux, il s'agit alors de se poser la question suivante : l'État est-il habilité ou non, par une *lex specialis* ou par le droit coutumier, à retirer un acte unilatéral antérieur qui a généré des droits dans le chef des tiers ? La réponse dépend soit du fondement conventionnel ou coutumier de l'acte unilatéral initial (s'il prévoit ou non, explicitement ou implicitement, sa révocabilité), soit de l'acte lui-même (qui aurait pu prévoir, explicitement ou implicitement et dans le respect de son fondement, les conditions de son retrait).

217. Actes de retrait fondés sur une *lex specialis* : l'exemple des déclarations facultatives de juridiction obligatoire (article 36, § 2 du Statut de la CIJ) – L'étude du régime applicable au retrait des déclarations de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la CIJ permet de formuler deux séries de remarques. En premier lieu, leur caractère révocable peut être déduit de leur fondement. Sur ce point, l'article 36 du Statut de la Cour ne prévoit aucune disposition spécifique. Cependant, pareille précision n'apparaît pas indispensable. Il ressort en effet de la logique même du système optionnel mis en place par le Statut que les États ne se soumettent pas, en reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour, à une obligation de nature perpétuelle. La possibilité pour les États de retirer leurs déclarations paraît

⁹³⁵ *Ibid.*, p. 37, § 105.

⁹³⁶ *Ibid.*, pp. 39-43, §§ 110-119.

ainsi pouvoir être déduite de l'intention des rédacteurs du Statut et elle est en outre parfaitement admise en pratique⁹³⁷.

En deuxième lieu, les conditions qui encadrent le retrait de ces déclarations découlent soit de leur fondement, soit des précisions que chacune prévoit pour elle-même dans la mesure de leur compatibilité avec le Statut. L'hypothèse trouve une illustration utile avec la question de savoir si un délai doit être respecté après la notification par un État de son intention de retirer sa déclaration. En la matière, certains ont prétendu que le retrait pouvait emporter un effet immédiat, s'appuyant notamment sur le fait qu'une partie des déclarations existantes prévoient elles-mêmes que leur retrait puisse intervenir à compter de sa notification⁹³⁸. Cependant, cela ne reflète pas la position de la Cour, qui suggère à tout le moins la nécessité de respecter un délai raisonnable avant que le retrait ne devienne effectif. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (1984), les États-Unis d'Amérique invoquèrent au stade des exceptions préliminaires une nouvelle déclaration déposée le 6 avril 1984, soit trois jours avant la requête du Nicaragua, en vue de retirer compétence à la Cour pour certains différends, en particulier ceux avec les États centraméricains. Toutefois, la déclaration facultative états-unienne du 14 août 1946 prévoyait qu'elle devait rester en vigueur cinq ans et, ensuite, qu'elle le restait de plein droit jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la notification de son retrait. La Cour livra alors différents éléments permettant d'apprécier la nature de l'articulation entre les conditions de retrait prévues par un acte unilatéral et celles prévues explicitement ou implicitement par son fondement. Elle s'appuya d'abord sur l'arrêt rendu dans l'affaire des *Essais nucléaires* (1974) en vue de souligner que « [l]e caractère unilatéral des déclarations n'implique (...) pas que l'État déclarant soit libre de modifier à son gré l'étendue et la teneur de ses engagements solennels »⁹³⁹. Ensuite, deux éléments importants se dégagent de ses propos. D'une part, la Cour se prononça *in abstracto* sur l'hypothèse des déclarations silencieuses quant aux conditions de leur retrait, en suggérant que celui-ci ne pouvait quoi qu'il en soit emporter un effet immédiat :

« le droit de mettre fin immédiatement à des déclarations de durée indéfinie est loin d'être établi. L'exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le

⁹³⁷ V. R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 671 et p. 675 avec des exemples.

⁹³⁸ P.-M. Eisemann, « L'arrêt de la CIJ du 16 novembre 1984 (Compétence et recevabilité) dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci », *AFDI*, vol. 30, 1984, pp. 380-381, cité par R. Kolb, *ibid.*, p. 670.

⁹³⁹ CIJ, arrêt du 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), *exceptions préliminaires*, *Rec.*, § 59.

traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit un délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation de traités ne renfermant aucune clause de durée »⁹⁴⁰.

La condition liée au respect d'un tel délai raisonnable est soutenue par certains auteurs dans la mesure où elle apparaît indispensable à la préservation de l'objet et du fonctionnement du système optionnel et à sa protection contre tout abus potentiel⁹⁴¹. D'autre part, la Cour a fait primer le contenu de la déclaration antérieure états-unienne (de 1946) sur toute déclaration ultérieure de nature à retirer ou diminuer sa compétence :

« [les États-Unis d'Amérique] ont néanmoins assumé une obligation irrévocable à l'égard des autres États qui acceptent la clause facultative, en déclarant formellement et solennellement que tout changement semblable ne prendrait effet qu'après l'expiration des six mois de préavis »⁹⁴².

Par conséquent, elle en conclut que la clause de préavis devait être vue comme introduisant une condition régissant le retrait ou la modification de la déclaration états-unienne. En définitive, les États-Unis ne pouvaient prétendre à son retrait immédiat. Par ailleurs, même en l'absence d'une telle condition, il est probable que la Cour ait considéré l'obligation de respecter un délai raisonnable, par analogie avec ce que prévoit l'article 56, § 2 de la Convention de Vienne de 1969 dans les hypothèses où la faculté de se retirer d'un traité sans clause de dénonciation ressort de l'intention des parties.

218. En l'absence de règle spéciale : irrévocabilité de principe des actes unilatéraux ayant créé des droits dans le chef des tiers – Si un acte unilatéral a été adopté sur le fondement d'une habilitation (qu'il s'agisse d'un traité, d'une coutume ou de la liberté souveraine de chaque État) ne pouvant pas être interprétée comme impliquant une faculté de retrait, il convient de se référer au contenu de cet acte. L'hypothèse fut envisagée dans le cadre des travaux de la CDI. Il en est ressorti un Principe directeur 10 dont la teneur apparaît sibylline ou incomplète. Se limitant à évoquer implicitement le considérant de la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires*, celui-ci prévoit qu'« [u]ne déclaration unilatérale qui a créé des obligations juridiques à la charge de l'État auteur ne saurait être arbitrairement rétractée »⁹⁴³. Rien n'est explicitement indiqué quant à la possibilité de la modifier ou de la retirer. Le Principe 10 propose néanmoins une liste non limitative de critères permettant de déterminer

⁹⁴⁰ *Ibid.*, § 63.

⁹⁴¹ Sur ce point, v. les développements et références citées par R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, pp. 678-682.

⁹⁴² CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *exceptions préliminaires*, préc., § 61.

⁹⁴³ Pour le Principe et son commentaire, CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, pp. 399-400.

si une rétractation apparaît arbitraire ou non. Le premier *i)* a trait aux « termes précis de la déclaration qui se rapporteraient à la rétractation ». Il s'agit là d'un renvoi classique, comme le fait l'article 54 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, aux éventuelles conditions prévues par la déclaration elle-même. Le deuxième *ii)* concerne « [l]a mesure dans laquelle les personnes auxquelles les obligations sont dues ont fait fond sur ces obligations ». Cet élément révèle un lien avec la recherche du caractère obligatoire d'une déclaration. Or, ce caractère obligatoire, on l'a dit, découle de la signification mutuelle à laquelle sont parvenus l'auteur et son ou ses interlocuteurs. Par exemple, une promesse formulée *in vacuo* n'acquiert aucune valeur. À l'inverse, les sollicitations ou réactions expresses ou implicites des tiers sont pertinentes au titre du contexte permettant d'identifier une déclaration de nature juridique⁹⁴⁴. Par conséquent, l'élément énoncé par la CDI est en réalité tautologique : il revient à affirmer qu'une déclaration ne peut être retirée dès lors que certains ont tablé sur elle et que, de ce fait, elle est obligatoire. De la même manière, il serait tout aussi superflu de souligner qu'une promesse formulée dans le vide puisse être retirée dès lors que personne n'en a eu connaissance et n'a pu la prendre en compte. Cela dit, on comprend que la précision soit utile dans la mesure où il apparaît parfois difficile d'établir le caractère juridique d'une déclaration unilatérale. Les deux problématiques (celle de la reconnaissance d'une valeur juridique et celle du retrait de l'acte) sont mutuellement dépendantes. Or, dès lors que la CDI n'a pas clairement tranché les aspects théoriques de la première, il lui est difficile de le faire pour la seconde⁹⁴⁵. Le troisième et dernier facteur prévu par le Principe 10 *iii)* a trait au changement fondamental de circonstances. Il y a sur ce point peu de choses à dire. Il est difficile de considérer qu'une telle règle, admise pour les traités, ne le soit pas pour les actes unilatéraux. Le malaise, à la lecture du Principe, provient plutôt de l'absence de référence à toute autre condition de retrait prévue par la Convention de 1969 alors qu'elles étaient évoquées dans le neuvième rapport de V. Rodríguez Cedeño⁹⁴⁶. Sur ce point, on peut simplement rappeler que, selon le commentaire

⁹⁴⁴ V. *supra*, §§ 165-166.

⁹⁴⁵ Ces remarques valent également lorsqu'il s'agit, pour certains auteurs, de recourir à la notion d'*estoppel* afin de poser comme principe qu'un État ne peut revenir sur sa promesse si un tiers a tablé sur elle et que son retrait lui serait préjudiciable. Si la théorie de l'acte juridique se suffit à elle-même, alors une telle approche revient simplement à affirmer qu'un acte ne peut être retiré car il est obligatoire (caractère qu'il a acquis, notamment, parce que certains tiers ont légitimement tablé sur lui en vertu d'une signification mutuellement admise). V. par ex. C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, p. 267.

⁹⁴⁶ Le regret est partagé par R. Rivier et P. Lagrange, « Travaux de la Commission du droit international et de la sixième Commission », *op. cit.*, p. 316.

de la Commission, la liste évoquée n'est pas limitative et demeure donc théoriquement ouverte aux principes reconnus par le droit coutumier des actes juridiques⁹⁴⁷.

219. *Considérations de synthèse* – En définitive, il paraît possible de dégager des éléments précédents quelques conclusions logiques, sous réserve des confirmations ou évolutions que la pratique pourrait y apporter. En matière de retrait des actes juridiques unilatéraux, 1) soit le fondement d'un tel acte prévoit explicitement la possibilité de le retirer ou son retrait est accepté par les États tiers à l'égard desquels il a créé des droits (par analogie avec l'article 54 de la Convention de Vienne) ; 2) soit il peut être déduit de la logique du fondement d'un acte unilatéral qu'il peut être retiré, auquel cas il convient d'établir, selon les cas, un délai raisonnable pour que le retrait soit effectif (par analogie avec ce que prévoit l'article 56) ; 3) soit, enfin, si le fondement d'un acte est silencieux (en particulier lorsqu'il s'agit de la liberté souveraine de l'État), et si cet acte a généré des droits dans le chef des tiers (comme dans le cas de la promesse), alors il ne peut en principe être retiré sans le consentement de ces derniers, exception faite de la survenance de certains motifs légitimes. Si et seulement si un tel motif surgit (disparition de l'objet de l'acte, changement fondamental de circonstances, *etc.*), alors l'État auteur peut prétendre au retrait de celui-ci. Dans une telle hypothèse, la procédure prévue aux articles 65 et 67 de la Convention de Vienne peut être appliquée par analogie. En ce sens, si les tiers intéressés ont bien eu connaissance de la prétention de retrait (en principe par la réception d'une notification), il est permis de considérer que l'écoulement d'un délai raisonnable sans réaction de leur part puisse être interprété comme une absence d'objection ouvrant alors un droit au retrait de l'acte unilatéral initial⁹⁴⁸. C'est le chemin qui paraît le plus à même d'assurer la sécurité des droits acquis par un État en vertu de l'acte unilatéral de l'un de ses pairs. Il apparaît en outre cohérent avec le droit des traités d'une part, et avec la définition et les effets des prétentions normatives unilatérales tels qu'envisagés dans cette étude d'autre part.

* *

En définitive, la liberté souveraine, originaire, des États dont découle en principe une présomption de régularité des actes pris sur ce fondement n'assure plus qu'une fonction

⁹⁴⁷ CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, p. 400, § 2.

⁹⁴⁸ L'idée d'un délai raisonnable a été proposée par J.-D. Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *op. cit.*, p. 653. Elle a été reprise notamment par C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, p. 267. Ces auteurs considèrent que cela ferait peser une obligation procédurale raisonnable sur l'auteur d'un acte tout en préservant aisément les droits des destinataires.

limitée dans l'ordre international. Ses champs d'application et des effets, *a priori* indéterminés, font l'objet d'un conditionnement extrinsèque par la somme des instruments et normes internationaux opposables à chaque État. Dès lors, pour être réguliers, les actes unilatéraux étatiques doivent en principe respecter le droit international existant. Le rapport entre ces actes et le droit en vigueur varie toutefois en fonction de leur objet et du référentiel choisi (*i.e.* les sujets qui interagissent et les règles qui les lient). Selon les hypothèses, ce rapport peut être analysé soit en termes d'articulation, soit en termes de conformité. Dans ces conditions et dans un cas comme dans l'autre, il peut être retenu que les actes unilatéraux étatiques peuvent véhiculer des prétentions normatives à l'égard de l'ensemble des règles extrinsèques qui conditionnent leur régularité, en les interprétant ou en s'agrégeant à une pratique qui aurait pour objet de les modifier.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

220. Le concept de norme d'habilitation permet d'appréhender avec clarté les conditions de fond auxquelles l'adoption des actes unilatéraux des États est soumise. Le *continuum* envisagé voit à l'une de ses extrémités les habilitations hautement déterminées. Leur champ d'application respectif intègre en ce sens une somme de critères spécifiques (espace, temps, activités, sujets), tandis que leur champ des effets permet l'adoption de types particuliers et prédéterminés d'actes juridiques. Les zones intermédiaires du *continuum* rassemblent les habilitations partiellement déterminées et, en particulier, celles que l'on qualifie de génériques. Leur champ d'application n'est généralement composé que d'un seul critère (les liens de rattachement personnels, territoriaux ou matériels identifiés), alors que leur champ des effets soit est indéterminé (laissant aux États, une fois le rattachement établi avec une situation, un pouvoir discrétionnaire pour la régir), soit prédétermine l'objet des actes que les États peuvent adopter sur ce fondement (la pratique étatique ayant à cet égard un rôle, littéralement, déterminant en vue de la précision des habilitations génériques). À l'autre extrémité du *continuum* se trouve enfin la liberté souveraine des États. Ces champs d'application et des effets ne font l'objet d'aucun conditionnement intrinsèque. En revanche, ils sont extrinsèquement limités, d'abord par l'ensemble des pouvoirs également souverains reconnus aux États tiers, ensuite du fait de l'ensemble des règles internationales opposables aux auteurs de prétentions (la remarque valant aussi pour les actes pris sur le fondement de règles hautement déterminées). Ainsi, au-delà de son caractère simplement résiduel, la liberté souveraine des États n'assure plus qu'une fonction supplétive et n'intervient que pour justifier une somme réduite d'actes unilatéraux : soit des actes tournés vers l'ordre interne des États (vers le territoire, les activités, les sujets soumis à leurs compétences) et dont l'objet n'est pas régi par le droit international, soit des actes favorables aux tiers, comme les promesses ou renonciations.

Du degré de détermination de ces habilitations dépend la nature des prétentions normatives susceptibles de découler des actes unilatéraux étatiques. Si une habilitation est hautement déterminée, chacun de ses critères de détermination joue à la fois comme contrainte pour l'adoption d'un acte et comme objet potentiel d'une prétention normative ; selon que ces critères apparaissent plus ou moins précis, les États disposent d'une marge d'appréciation plus ou moins grande ; et selon que les États ont une marge d'appréciation plus ou moins importante, il est plus ou moins aisé de juger du caractère interprétatif ou modificatif

d'une prétention. Inversement, si une habilitation est faiblement déterminée ou totalement indéterminée, la marge de liberté laissée à l'État suppose une double présomption, quant à la régularité de l'acte pris sur un tel fondement d'un côté, et quant au caractère interprétatif de la prétention qui en découle de l'autre. Il convient néanmoins de tenir compte du conditionnement extrinsèque de cette liberté. À cet égard, les actes unilatéraux étatiques pris sur ce type de fondements au contenu indéterminé sont susceptibles de véhiculer des prétentions portant sur les droits et obligations reconnus aux tiers.

CONCLUSION DU TITRE 2

221. D'une manière générale, les fondements des actes juridiques unilatéraux des États peuvent faire l'objet d'une systématisation globale et cohérente. Le concept de norme d'habilitation permet en effet de réaliser un découpage des règles existantes utile à au moins deux égards. En premier lieu, les différentes caractéristiques identifiées des normes d'habilitation permettent en toute hypothèse de déterminer les États désignés compétents (les acteurs destinataires des habilitations), la procédure à suivre pour faire naître un acte juridique (l'action), à l'égard de quoi les États peuvent agir (le champ d'application) et dans quel but ils le peuvent (le champ des effets). En second lieu, le découpage opéré éclaire, selon les cas, comment les fondements envisagés s'articulent. D'une part, on a vu que les conditions relatives à l'acteur et à l'action peuvent être plus ou moins déterminées. Or, en l'absence de dispositions spéciales à ces égards, le régime coutumier des actes unilatéraux intervient de façon subsidiaire, en particulier pour tout ce qui a trait à leur imputation et à leurs conditions (in)formelles d'adoption. D'autre part, l'indétermination éventuelle des champs d'application et des effets de certaines habilitations n'implique en rien pour les États une liberté absolue. Ces champs apparaissent extrinsèquement limités par le droit existant, y compris par d'éventuels actes unilatéraux antérieurs. Enfin, on a aussi pu souligner le fait qu'il ressort des habilitations internationales et des principes généraux de droit un certain nombre d'éléments jouant un rôle dans l'articulation de ces fondements entre eux dans les cas où il existe un risque d'exercice concurrent des pouvoirs des États à l'égard d'une même situation.

222. L'appréhension des fondements des actes unilatéraux étatiques permet alors de mettre en lumière la double nature des prétentions normatives unilatérales qu'ils sont susceptibles de véhiculer. D'un côté, le fait que les États prétendent agir dans le respect des pouvoirs qui leur sont reconnus constitue une condition de naissance et d'existence objective des actes susceptibles de se voir attribuer la valeur de telles prétentions. En ce sens, une prétention ne peut naître que si le comportement de l'État paraît respecter les conditions relatives à l'acteur et à l'action et ne pas être manifestement contraire aux conditions de fond intrinsèques et extrinsèques à l'habilitation sur laquelle il se fonde. D'un autre côté, les différents éléments qui déterminent plus ou moins les règles d'habilitation et offrent aux États plus ou moins de marge d'appréciation, en particulier quant aux conditions de fond, constituent autant d'objets possibles des prétentions normatives unilatérales. En se fondant sur ces règles ou, on le verra, sur celles qu'ils estiment en voie de modification ou de formation, les États pèsent sur la

définition et/ou l'évolution des statut et contenu normatifs de ces règles. L'analyse de ces différentes causes constitue alors le dernier aspect essentiel à l'identification des prétentions normatives unilatérales qui sont l'objet de ce raisonnement.

TITRE 3

LES EFFETS RECHERCHES : LES CAUSES OBJECTIVES DES PRETENTIONS NORMATIVES

223. Adoptés dans le respect des conditions plus ou moins déterminées par les règles d'habilitation, les actes unilatéraux des États produisent divers types d'effets substantiels (attribuer une nationalité, délimiter des zones maritimes, *etc.*). Selon les cas, ces actes visent en outre à générer des effets normatifs. C'est la raison pour laquelle on considère que les actes unilatéraux étatiques véhiculent, dans certaines conditions, des prétentions normatives *stricto sensu*. C'est l'objet normatif de ces prétentions qu'il s'agit désormais d'identifier car, on le verra, c'est relativement à cet objet que les prétentions étudiées appellent la réaction des tiers intéressés. Contrairement à l'analyse précédemment menée des causes subjectives des prétentions normatives, on ne s'intéresse pas ici à la création, l'interprétation ou l'évolution du droit international en tant qu'objectifs de nature politique. L'objet du raisonnement est strictement juridique ; il ne s'agit pas d'identifier ce que les États veulent faire, du point de vue de leur intention subjective, mais ce qu'ils ont objectivement le droit de prétendre faire. Autrement dit, cela revient à circonscrire les effets normatifs recherchés par leurs prétentions, *i.e.* leurs causes objectives⁹⁴⁹.

Les causes objectives des prétentions étudiées varient selon le rapport qu'elles entretiennent avec leurs fondements. D'un côté, dans les cas les plus fréquents, les États agissent en vertu d'habilitations internationales plus ou moins déterminées ; il ressort de leurs actes divers types de prétentions interprétatives ou modificatives prenant pour objet ces habilitations (**Chapitre 1**). De l'autre, il apparaît moins fréquent en pratique que les États agissent sur le fondement de leur liberté résiduelle. Dans la mesure où pareille liberté a vocation à n'être exercée que dans le respect des droits et pouvoirs reconnus aux tiers, les causes des prétentions étatiques se limitent en ce cas nécessairement à la création de droits nouveaux dans le chef de ces derniers ou à l'extinction des droits propres de leurs auteurs (**Chapitre 2**).

⁹⁴⁹ Sur la définition de la notion de cause (subjective comme objective), v. *supra*, § 65.

CHAPITRE 1

LES PRETENTIONS VISANT L'INTERPRETATION OU LA MODIFICATION DE LEURS FONDEMENTS

224. La mise en œuvre des règles internationales d'habilitation peut révéler divers types de prétentions normatives. L'objectif consiste par conséquent à appréhender le rapport entre les actes unilatéraux des États et leurs fondements ou, autrement dit, à déterminer dans quelle mesure les prétentions qui en découlent sont à même d'en faire évoluer le contenu normatif. À cet égard, plusieurs facteurs doivent être pris en considération selon les hypothèses pratiques étudiées. En premier lieu, du degré de détermination des habilitations et du contenu des actes étatiques dépend le caractère interprétatif ou modificatif des prétentions émises. L'objet de ces prétentions varie selon les cas et il n'est pas toujours aisé d'opérer une distinction claire entre les deux hypothèses. En second lieu, selon qu'on envisage un acte étatique isolé ou une pratique répétée, la valeur de prétention normative susceptible de lui être attribuée n'est pas la même. D'un côté, si un acte isolé implique le rejet ou la modification du droit, il apparaît irrégulier et, à ce titre, inopposable aux tiers. Il échoue, par conséquent, à faire naître une prétention *stricto sensu* et il ne peut en découler aucun effet de sommation (quand bien même en tant qu'offre ou prétention *largo sensu* il pourrait faire l'objet d'une acceptation expresse). De l'autre et inversement, si le comportement d'un État intègre une pratique générale et répétée par de nombreux États, il contribue à un processus coutumier d'évolution du droit. De même, à l'échelle plus réduite des parties à un traité, un tel comportement peut faire naître ou confirmer une pratique subséquente susceptible d'en interpréter ou modifier le contenu. En définitive, compte tenu de ces considérations, il ne peut découler d'un acte unilatéral isolé qu'une prétention interprétative (**Section 1**), tandis que la pratique répétée d'un État peut, sous certaines conditions, véhiculer une prétention interprétative comme modificative (**Section 2**).

Section 1. Les prétentions interprétatives découlant d'actes unilatéraux isolés

225. En droit international plus que dans tout autre ordre juridique, du fait de la répartition du pouvoir normatif entre les États, il existe une certaine intrication entre l'application du droit (*i.e.* en l'occurrence l'utilisation des habilitations) et son interprétation et son évolution (§1). Dans ces conditions, plusieurs hypothèses méritent d'être distinguées. D'une part, lorsqu'ils exercent une compétence liée, la marge d'appréciation des États est certes réduite. Elle n'est pas pour autant inexistante selon le degré plus ou moins élevé de clarté de la règle mise en œuvre (§2). D'autre part, si une habilitation n'apparaît que partiellement déterminée, les actes pris sur ce fondement véhiculent plus aisément et plus fréquemment des prétentions interprétatives. L'exemple des réserves aux traités permet d'illustrer différentes situations tenant compte de la détermination plus ou moins précise des règles qui en régissent l'adoption (§3). Le même raisonnement est cependant valable, *mutatis mutandis*, pour les autres exemples d'habilitations de même nature (qui sont les plus fréquents) évoqués en amont ou en aval dans cette étude. Enfin, inversement, lorsqu'un comportement implique manifestement le rejet ou la modification du droit existant, il est présumé inopposable. En cela, il ne fait naître aucune prétention *stricto sensu* sommant les tiers de réagir sur le terrain du processus normatif quand bien même, en tant que « proposition » *largo sensu* il pourrait être accepté expressément. La pratique livre plusieurs illustrations de ce phénomène (§4).

§1. Application, interprétation, modification : éléments de définition

226. *Application et interprétation dans l'ordre international* – L'application se définit assez simplement comme l'opération consistant à donner un effet empirique à une règle de droit ou à la décision d'un organe dans un cas ou une catégorie de cas donnés⁹⁵⁰. Le concept d'interprétation, en revanche, peut revêtir de multiples sens. De façon générale, il renvoie à « une opération par laquelle une signification est attribuée à quelque chose », des règles de droit ou des faits juridiquement pertinents⁹⁵¹. Mais en fonction de la perspective adoptée, le terme peut renvoyer à un processus ou son résultat ; à un acte de pure connaissance (découvrir une signification, *a fortiori* « exacte » ou « objective ») ou un acte de volonté (un choix parmi des significations possibles) ; ou encore à des théories descriptives (comment les acteurs interprètent) ou normatives (comment les acteurs doivent interpréter)⁹⁵². Dans le cadre de

⁹⁵⁰ V. par ex. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 73.

⁹⁵¹ M. Troper, « Interprétation », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 843.

⁹⁵² *Ibid.*

cette étude et de ce chapitre en particulier, il ne s'agit pas de soulever un débat sémantique ni d'évoquer les méthodes d'interprétation des énoncés internationaux. Il s'agit plus particulièrement d'appréhender le pouvoir des États vis-à-vis des règles en vigueur et de la détermination de leur(s) signification(s).

Selon la perspective dite réaliste adoptée dès l'introduction, une norme se définit comme une signification attribuée à un énoncé ou un fait selon laquelle une certaine chose doit être ou se produire dans certaines conditions. En raison de sa nature purement abstraite, on a dit que la norme devait être vue comme un objet à texture ouverte, exprimé par l'intermédiaire du langage et dès lors soumis à ses interprétations potentielles. Selon cette approche, ce sont les acteurs juridiques qui attribuent à un énoncé sa signification aux fins de sa réalisation pragmatique. Il en résulte que toute interprétation peut être envisagée comme un acte de volonté et non de pure connaissance. Le phénomène interprétatif révèle en ce sens un pouvoir considérable dans le processus de détermination des normes. Il tend cependant à se réguler de deux façons : par la reconnaissance de la qualité d'interprètes authentiques à certains acteurs seulement d'un côté, et par une sorte de main invisible de l'autre, traduisant les multiples contraintes factuelles du système juridique poussant ces derniers vers certaines interprétations raisonnables ou acceptables⁹⁵³. Les relations strictement interétatiques ne sont toutefois pas centralisées à la manière des ordres juridiques internes. Il en résulte une forte dispersion du pouvoir interprétatif et *a fortiori* de détermination des normes. Chaque État interprète pour lui-même le droit existant en fonction de son intérêt propre dans une situation donnée et des contraintes déterminées par la position des tiers. Par conséquent, interprétation et application sont, en droit international, intimement liées, plus que dans tout autre ordre juridique. Sous cet angle, l'interprétation du droit existant est tournée vers sa réalisation pragmatique et, inversement, c'est par et pour l'application d'un certain énoncé que les acteurs en interprètent le sens et lui attribuent une certaine signification. Dès lors, toute règle posée dans un acte (ou tributaire d'un raisonnement comme la coutume), si elle n'est pas appliquée, demeure parfaitement inerte d'un point de vue normatif :

« [l']interprétation est alors un élément du passage à l'acte ou la conduite, et vient confirmer en même temps que préciser le contenu de la règle en cause. Elle s'incorpore nécessairement à l'application, et loin d'en être un préalable disjoint, en est un élément indissociable. En même temps, par cela même qu'elle représente un choix entre plusieurs significations possibles de la règle, elle lui imprime un contenu déterminé, même si son contenu virtuel ne s'épuise jamais dans ses interprétations concrètes. Elle se rapproche ainsi à certains égards de la formation, de sorte que seuls l'auteur ou les

⁹⁵³ V. *supra*, §§ 32-33.

auteurs de la règle sont en mesure de fournir une interprétation de portée générale, qui puisse être considérée comme authentique »⁹⁵⁴.

C'est pourquoi l'analyse de la pratique étatique a toujours tenu une place importante parmi les opérations d'interprétation en général et juridictionnelles en particulier. On peut lire, par exemple, dans l'*Affaire de l'indemnité russe* (1912), que « l'exécution des engagements est, entre États, comme entre particuliers, le plus sûr commentaire du sens de ces engagements »⁹⁵⁵. De même, dans son commentaire du projet d'article 27, § 3 b) (devenu article 31, § 3 b)) sur le droit des traités, la CDI souligna que la pratique ultérieure suivie par les États parties à un traité revêt une importance « manifeste car elle constitue la preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité »⁹⁵⁶. L'approche réaliste tend ainsi à admettre et à rendre compte d'une certaine porosité entre mode de production, application et interprétation du droit international⁹⁵⁷.

227. *Interprétation et modification du droit international par la pratique étatique* –

La plupart des auteurs soulignent qu'il est en pratique difficile de poser une délimitation nette entre l'interprétation et la modification d'une règle de droit international⁹⁵⁸. Comme le souligne R. Kolb au seuil de son étude, la clarté des deux concepts s'estompe en effet à y regarder de plus près :

« [l']interprétation vise à connaître le droit en vigueur, la modification vise à transformer le droit en vigueur. La première perspective est en ce sens statique, la seconde est dynamique. Est-ce à dire que l'interprétation peut toujours être nettement distinguée de la modification ? Ce n'est pas le cas. Aucune différence spécifique ne peut en effet être établie entre l'interprétation et la modification du droit. L'herméneutique moderne a péremptoirement montré que toute application du droit comporte aussi une part de

⁹⁵⁴ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 173. V. aussi R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, *op. cit.*, p. 26 : « [i]l faut noter par ailleurs que les deux concepts sont en réalité très proches et se réalisent non rarement *uno actu*, car l'interprétation est souvent implicite dans l'application ».

⁹⁵⁵ *Affaire de l'indemnité russe (Turquie/Russie)*, SA préc., p. 433.

⁹⁵⁶ CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires – Texte adopté par la Commission à sa dix-huitième session », *op. cit.*, p. 241, § 15.

⁹⁵⁷ P. Brunet, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *RGDIP*, vol. 115, 2011, n° 2, p. 327 : « [d]ans ces conditions on est en mesure de rendre compte du mode par lequel ces normes sont effectivement connues et réellement produites, de leur évolution dans le temps et des éventuelles contradictions que ces évolutions peuvent entraîner, mais aussi des stratégies interprétatives que mettent en place les différents interprètes dont les compétences en la matière peuvent entrer en conflit ».

⁹⁵⁸ Dans le cadre de l'analyse des pratiques conventionnelles ultérieures, v. not. J.-M. Sorel, V. Boré Eveno, « Article 31 – Convention de 1969 », in O. Corten, P. Klein (dir.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 825 ; S. D. Murphy, « The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties », in G. Nolte (dir.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 90 ; dans le même ouvrage, B. Simma, « Miscellaneous Thoughts on Subsequent Agreements and Practice », p. 46 ou G. Hafner, « Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment », p. 114.

créativité normative, plus ou moins grande. Dès lors, l'interprétation, contrairement aux enseignements positivistes classiques, est aussi un vecteur de transformation de la norme »⁹⁵⁹.

Au moins deux visions tendent néanmoins à s'opposer pour décrire cette interaction entre interprétation et modification. Selon une première, qui part d'un postulat formaliste, l'interprétation ne porte que sur des normes établies, c'est-à-dire sur le contenu du droit *positif* ; elle ne peut dès lors aboutir à une « modification », au sens littéral, de celui-ci. On en trouve une expression dans les mots de J. Combacau et S. Sur lorsqu'ils affirment que « [l']objet du processus est de dégager un sens qui est supposé préalablement existant, et non de le constituer. La distinction entre formation et interprétation doit ainsi être maintenue. On ne saurait créer des règles nouvelles à partir de l'interprétation »⁹⁶⁰. Ils apportent toutefois deux nuances à leurs propos afin de reconnaître au processus interprétatif un fort pouvoir sur l'évolution du droit. D'un côté, l'interprétation se fait à la lumière du droit présent et non de l'époque à laquelle un énoncé fut adopté. De l'autre, la pratique suivie par les sujets-destinataires constitue un mode d'interprétation de sorte que la signification d'un énoncé est l'objet d'un « processus d'éclaircissement continu »⁹⁶¹.

Selon la seconde vision, découlant de la théorie réaliste, le processus d'interprétation porte avant tout sur le statut d'un énoncé en tant que norme. Ce n'est que dans un second temps et si pareil statut lui est reconnu que l'interprétation vient à se porter sur son contenu. On en trouve une expression limpide sous la plume de P. Brunet :

« quand bien même on admettrait de définir le droit comme un ensemble de normes, encore faut-il souligner que ces normes ne se donnent pas comme telles : sans doute leur « sens » doit-il être clarifié mais avant même leur sens, il faut encore identifier que l'on a affaire à des normes. L'objet de l'interprétation est donc d'abord constitué d'énoncés (...). Ce n'est qu'une fois admis que tel énoncé a la signification de norme qu'il est ensuite envisageable d'en faire application. Et c'est au cours de cette application qu'on éprouvera le besoin de « clarifier » son sens »⁹⁶².

Or, l'auteur souligne que l'attribution d'un caractère normatif à un énoncé ne dépend pas que d'une condition sémantique ; c'est le résultat d'un choix, d'un acte de volonté⁹⁶³. La différence entre cette approche et la première (formaliste) ne revient pas tant à admettre que

⁹⁵⁹ R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁶⁰ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 173.

⁹⁶¹ *Ibid.*

⁹⁶² P. Brunet, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *op. cit.*, p. 316.

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 317. L'ordre donné par un supérieur hiérarchique peut par exemple être tenu en échec par la simple volonté de ne pas s'y conformer. Sur le rapport entre l'expression de la volonté et l'obtention des effets d'un acte, v. *supra*, § 46.

l'interprétation et la modification peuvent se confondre, mais que l'interprétation se situe à deux niveaux distincts (le statut d'un énoncé et son contenu⁹⁶⁴), l'un des deux seulement permettant d'ouvrir une porte vers la modification. Ainsi, dans l'hypothèse où un acte a pour conséquence de rejeter le statut de norme à un énoncé, pour le remplacer par un autre, alors il traduit une volonté modificative. L'acte ne porte pas, à proprement parler, sur le contenu de l'énoncé mais sur son statut. Si l'on revient à cet égard aux considérations précédemment formulées à propos des degrés variables de détermination des normes d'habilitation, on comprend qu'une pratique « interprétative » (au sens habituel du terme, relatif au contenu de l'énoncé) joue sur les espaces de liberté (ce que l'habilitation ne détermine pas), tandis que la pratique « modificative » transforme ce qui est valablement admis et reconnu entre les sujets concernés et comporte en ce sens une remise en cause du statut normatif de l'énoncé ou de la partie d'énoncé qui le détermine⁹⁶⁵. Prétention à l'exercice d'une certaine liberté dans le premier cas, remise en cause du droit établi des tiers dans le second, la distinction obtient une certaine clarté théorique, bien qu'elle puisse parfois demeurer délicate en pratique tant les positions des États comme celles des interprètes doctrinaux peuvent varier. Quoi qu'il en soit, on comprend qu'il puisse ressortir de tout acte unilatéral d'un État une éventuelle prétention interprétative.

§2. Prétentions interprétatives dans le cadre de la mise en œuvre d'une obligation (compétence liée)

228. Absence de prétention en cas d'exécution manifeste d'une obligation –

L'hypothèse correspondant à la naissance d'une prétention interprétative dans le cadre de l'exécution par l'État de ses obligations suppose d'exclure au préalable toute possibilité qu'une telle prétention puisse découler du respect manifeste d'une obligation. Les cas de mises en

⁹⁶⁴ Cela ne va pas sans rappeler la distinction entre la question de savoir si une promesse a une nature juridique ou politique et celle de l'interprétation du contenu de celle-ci, les deux analyses pouvant parfois être menées de façon simultanée, d'autant que dans les deux cas les critères habituels renvoient à l'intention de son auteur, déterminable à la lumière de son contenu et du contexte dans lequel elle a été formulée. V. *supra*, §§ 160 et s.

⁹⁶⁵ C'est aussi en ce sens que l'on peut lire les propos d'A. Marie, même si l'auteur développe peu les aspects théoriques de la question : « [L]orsque la pratique « applicative » d'un État s'écarte par trop de la règle qu'il dit pourtant mettre en œuvre (expressément ou du simple fait du caractère continu et répété de ses attitudes), il sera alors possible d'attribuer à l'État une volonté modificatrice. En effet, lorsque sa conception (ce qui est) est en décalage tel avec ce qui « doit être », elle ne peut qu'impliquer un rejet de l'état du droit jusqu'à présent respecté. Il lui est alors imputé une volonté de modifier le rapport de droit rejeté, et il s'agit à ce titre d'une prétention modificative », *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté, op. cit.*, p. 297.

œuvre manifestes des obligations pesant sur l'État sont nombreux. Il est à ce propos inutile d'en faire l'inventaire. L'intérêt n'est pas là, en réalité, mais plutôt dans la présentation de l'hypothèse logique suivante : la possibilité de constater l'exécution manifeste d'une obligation pesant sur l'État est facilitée à mesure que la marge d'appréciation qui lui est laissée diminue. Ainsi, pour l'observateur, plus la règle est claire, plus il est facile d'affirmer selon un schéma binaire que l'obligation pesant sur l'État est satisfaite ou non. Dans une telle hypothèse, lorsque l'État adopte un comportement manifestement conforme à cette obligation, sa cause se limite à l'opération de mise en œuvre ainsi constatée et il ne s'en dégage aucune prétention relative au rapport de droit qui le lie, sinon éventuellement la confirmation de son sens et de sa valeur. L'une des illustrations topiques de l'hypothèse présentée est la notification dans tous les cas où elle intervient en application d'une exigence conventionnelle ou coutumière⁹⁶⁶.

229. Cas de la mise en œuvre non manifeste d'une obligation ou de la mise en œuvre d'une obligation au contenu partiellement indéterminé – À l'inverse, chaque fois que l'État n'exécute pas son obligation d'une manière qui apparaisse clairement régulière (et sans adopter non plus un comportement manifestement illicite), sa conduite peut être analysée comme une prétention interprétative de son contenu. Dans cette hypothèse, l'interprétation proposée est opposable aux tiers mais elle apparaît potentiellement contestable. Il en découle donc un effet de sommation appelant les tiers intéressés à réagir dans un délai raisonnable ; et l'absence de contestation de l'acte en cause peut *in fine* se voir attribuer la valeur d'un acquiescement au contenu de la prétention interprétative.

Pareille hypothèse peut surgir même lorsque l'État se trouve en situation de compétence totalement liée, dans la mesure où il lui est toujours loisible de revendiquer la satisfaction de son obligation alors que son comportement n'était pas explicite ou ne répondait pas clairement aux conditions prévues. Par ailleurs, bien qu'il s'agisse d'une compétence liée, il est relativement rare que la source d'une obligation prévoie toutes les conditions spécifiques de délai, de lieu, de forme, *etc.* relatives à sa mise en œuvre. Dans de tels cas, les causes de débats potentiels se multiplient. Par exemple, l'article 52, § 1, b) des articles de la CDI de 2001 sur la responsabilité des États exige de celui qui s'estime lésé de notifier préalablement à l'État prétendument responsable son intention d'adopter des contre-mesures. Cependant, la CDI semble admettre que cette formalité n'a pas, en pratique, à être explicite. Elle peut notamment se confondre avec la notification visant l'invocation de la responsabilité (celle exigée par l'article 43) ou avec les négociations qui ont généralement lieu antérieurement à l'adoption de

⁹⁶⁶ Sur les notifications, v. *infra*, §§ 303 et s.

contre-mesures⁹⁶⁷. En ce sens, s'il n'a pas émis de notification explicite, tout devient affaire d'espèce et l'État qui entend recourir aux contre-mesures prévues par le droit de la responsabilité ne peut que prétendre avoir rempli son obligation procédurale découlant de l'article 52, § 1, b). Pareil comportement constitue dans ce cas une prétention interprétative de la règle, pourtant relativement déterminée mis à part quelques détails de forme et de délai.

Or, plus on avance dans le spectre de l'(in)détermination partielle des obligations étatiques, plus l'hypothèse apparaît de façon flagrante. En ce sens, par exemple, dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (2012), le débat portait sur la question de savoir si le Sénégal avait rempli ou non son obligation de soumettre H. Habré à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale prévue par l'article 7, § 1 de la Convention des Nations Unies contre la torture (obligation d'utiliser une habilitation dont le champ des effets est indéterminé) ; la Cour y répondit par la négative⁹⁶⁸. Dans le même ordre d'idée, l'un des cas les plus manifestes concerne certainement celui dans lequel un État prétend avoir réalisé une obligation de moyens comme celle qui consiste à exercer une certaine diligence afin que l'utilisation de son territoire ne puisse causer de dommages à ses pairs. Par définition, le contenu de l'obligation demeure indéterminé et chaque cas d'espèce peut être vu comme une interprétation relative de la règle. La remarque s'accroît d'autant si l'on admet la variabilité du contenu de l'obligation en fonction de la situation effective de chaque État et des moyens dont il dispose, comme cela fut admis dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol* (1925) où il était question d'actes de brigandage, de criminalité de droit commun et de rébellion⁹⁶⁹.

Le rapport entre le degré de détermination du droit et l'existence d'une prétention interprétative est le même lorsqu'un État exerce un pouvoir dirigé. Pour le démontrer, il suffit de se focaliser sur le cas des réserves aux traités. Néanmoins, de nombreux exemples cités dans les chapitres précédents ou suivants pourraient servir le même objectif.

⁹⁶⁷ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs » *op. cit.*, pp. 372-372, §§ 4-5.

⁹⁶⁸ CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt préc., § 122, 5).

⁹⁶⁹ *Affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, SA du 1^{er} mai 1925, RSA, vol. II, pp. 615-742, spéc., p. 644. Sur la responsabilité de l'État pour manquement à une obligation de *due diligence*, v. not. Y. Kerbrat, « Le standard de *due diligence*, catalyseur d'obligations conventionnelles et coutumières pour les États », in SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale. Journée d'études franco-italienne du Mans*, Paris, Pedone, 2018, pp. 27-38.

§3. Prétentions interprétatives dans le cadre de la mise en œuvre d'un pouvoir dirigé : l'exemple des réserves aux traités

230. Réserves expressément autorisées et marge d'appréciation réduite – L'adoption de réserves aux traités multilatéraux constitue l'un des exemples topiques de l'exercice d'un pouvoir reconnu et encadré par le droit international en général et par lesdits traités en particulier lorsque ceux-ci prévoient des conditions spécifiques. L'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 permet en effet aux États de formuler, au moment d'exprimer leur consentement, les réserves qu'ils souhaitent, à moins que le traité ne l'interdise (article 19, a)), que le traité n'autorise que certaines « réserves déterminées » (article 19, b)) ou que la réserve soit incompatible avec l'objet et le but du traité (article 19, c)). Dans tout autre cas, les États parties au traité sont tenus de réagir aux réserves adoptées, soit en les acceptant, au moins tacitement (article 20, § 5), soit en y objectant. L'article 20, § 1 pose néanmoins une exception pour les réserves « expressément autorisées » par le traité, qui n'ont pas, sauf disposition contraire, à être ultérieurement acceptées. L'exception est reprise par la directive 4.1.1, § 1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté en 2011 par la CDI. Son paragraphe 2 précise par ailleurs qu'une réserve expressément autorisée « est établie (...) si elle a été formulée en respectant la forme et la procédure requise ». Selon son commentaire, le terme « établie » renvoie au fait qu'une telle réserve adoptée en bonne et due forme « est opposable à tous les États contractants » dans la mesure où elle est « par définition, substantiellement valide et acceptée » par ces derniers⁹⁷⁰.

Cette catégorie de réserves « expressément autorisées » (article 20, § 1) s'avère cependant assez réduite en pratique. Elle doit en effet être distinguée des « réserves déterminées » de l'article 19, b). Ces dernières constituent une catégorie générale. La directive 3.1.2 les définit comme des réserves « expressément envisagées dans le traité à certaines dispositions du traité ou au traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers »⁹⁷¹. Les réserves « expressément autorisées » en sont une sous-catégorie plus raffinée. L'expression doit en effet, toujours selon le commentaire de la directive 4.1.1, être interprétée restrictivement afin de répondre à l'objectif de l'article 20, § 1 de la Convention de Vienne⁹⁷². En ce sens, il ne s'agit pas simplement de reconnaître aux États parties la « possibilité abstraite de formuler des

⁹⁷⁰ CDI, « Guide de la pratique sur les réserves aux traités », *op. cit.*, p. 460 pour la directive et pp. 460-461, § 1 pour la citation.

⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 361.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 463, § 8.

réserve[s] mais de détermin[er] exactement à l'avance les réserves qui peuvent être faites »⁹⁷³, autrement dit d'identifier clairement leur contenu. La CDI s'appuie à cet égard sur la sentence du 30 juin 1977 rendue en l'affaire de la *Délimitation du plateau continental (Royaume-Uni/France)*, à propos de l'interprétation de l'article 12 de la Convention de Genève de 1958. Celui-ci prévoit qu'« [a]u moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, tout État pourra formuler des réserves aux articles de la Convention autres que les articles 1 à 3 inclus ». Or, selon le Tribunal, si la disposition permet d'identifier la possibilité pour les parties de formuler certaines réserves déterminées, elle « ne peut être compris[e] comme obligeant les États à accepter d'avance n'importe quelle sorte de réserve à des articles autres que les articles 1 à 3. Une telle interprétation de l'article 12 reviendrait presque à donner licence aux États contractants pour une rédaction de leur propre traité »⁹⁷⁴. Les réserves permises par l'article 12 ne relèvent donc pas de l'article 20, § 1 de la Convention de Vienne : « [c]e ne serait que si l'article en question avait autorisé la formulation de réserves spécifiques que l'on pourrait considérer que des parties à la Convention ont accepté d'avance une réserve déterminée »⁹⁷⁵. En suivant cette approche, le Guide de la pratique n'identifie alors que deux catégories de réserves expressément autorisées. Il s'agit, d'une part, des réserves faites conformément à une « clause de réserves » permettant aux parties d'exclure purement et simplement l'application d'une ou plusieurs dispositions du traité⁹⁷⁶ et, d'autre part, des réserves dites « négociées », c'est-à-dire choisies parmi une liste exhaustive définie au préalable par les États⁹⁷⁷. Dans ces deux hypothèses, précise le commentaire, les États « connaissent à l'avance les relations conventionnelles qui résultent de la formulation d'une telle réserve et les ont, dans le texte même du traité, acceptées. Il n'y a aucune surprise et aucune atteinte au principe du consensualisme »⁹⁷⁸. C'est la raison pour laquelle ces réserves sont automatiquement et définitivement opposables à l'ensemble des parties au traité⁹⁷⁹. Inversement, si une réserve

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 463, § 9.

⁹⁷⁴ *Affaire de la délimitation du plateau entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française (Royaume-Uni/France)*, SA du 30 juin 1977, RSA, vol. XVIII, p. 161, § 39.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ La CDI évoque par exemple en note l'article 20, § 1 de la Convention de La Haye de 1930 relative aux conflits de lois en matière de nationalité, selon lequel « [e]n signant ou ratifiant la présente Convention ou en y adhérant, chacune des Hautes Parties Contractantes pourra exclure de son acceptation telle ou telle des dispositions des articles 1 à 17 et 21 au moyen de réserves expresses », « Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session, 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011 », *op. cit.*, p. 463, § 9.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 464, § 9.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, § 10.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 465, § 15 : « une fois qu'il est clairement établi qu'une réserve donnée rentre dans le cadre de l'article 20, paragraphe 1, non seulement son acceptation par les autres parties n'est pas nécessaire, mais encore elles sont réputées l'avoir acceptée effectivement et définitivement (...) les autres parties ne peuvent pas objecter à une telle réserve ».

n'est pas expressément autorisée, elle retombe par défaut sous l'emprise du régime général. En ce sens, la directive 3.1.4 prévoit que « [l]orsque le traité envisage la formulation de réserves déterminées sans en préciser le contenu, une réserve ne peut être formulée (...) que si elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité »⁹⁸⁰.

La catégorie des réserves « expressément autorisées » illustre donc l'hypothèse où les États parties à un traité disposent d'une habilitation au degré de détermination élevé. Celle-ci peut être décomposée de la façon suivante : l'acteur renvoie logiquement à l'un des États parties ; l'action est déterminée soit par le traité lui-même, soit par le régime coutumier (une réserve doit en principe être formulée par écrit et être communiquée aux autres États parties ou en qualité de l'être (article 23, § 1 de la Convention de 1969) au moment de l'expression du consentement à être lié) ; le champ d'application identifie clairement les dispositions du traité pouvant faire l'objet d'une réserve ; le champ des effets prescrits correspond, quant à lui, soit à l'exclusion pure et simple de l'application d'une ou plusieurs dispositions (cas d'une clause de réserves), soit à la modification d'une ou plusieurs dispositions (cas des réserves négociées). Les champs d'une telle règle d'habilitation apparaissent ainsi suffisamment déterminés pour que les États ne disposent quasiment d'aucune marge d'appréciation. On comprend mieux, dès lors, d'où ces réserves tirent leur opposabilité automatique et définitive.

231. Habilitation générale expresse, implicite ou silencieuse et appréciation de l'objet et du but du traité – On l'a dit, une réserve qui serait simplement « déterminée » au sens de l'article 19 b) de la Convention de 1969 et de la directive 3.1.2, c'est-à-dire qui n'est pas expressément autorisée, retombe dans le cadre du régime général et doit, par conséquent, être compatible avec l'objet et le but du traité (directive 3.1.4). C'est l'hypothèse de l'autorisation générale expresse, lorsque le traité prévoit la possibilité de formuler des réserves à certaines dispositions sans en préciser le contenu. Par ailleurs, le Guide de la pratique de la CDI reconnaît aussi l'hypothèse de l'autorisation générale implicite. Elle est consacrée à la directive 3.1.3, fruit de l'interprétation *a contrario* de l'article 19 a) : « [l]orsque le traité interdit la formulation de certaines réserves, une réserve qui n'est pas interdite par le traité ne peut être formulée par un État (...) que si elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité ». Comme le souligne la Commission dans son commentaire, dans ces deux derniers cas, l'autorisation n'équivaut pas à « un blanc-seing donné aux États (...) de formuler n'importe quelle réserve »⁹⁸¹. Il en va de même, enfin, lorsque le traité demeure silencieux. Si aucune de

⁹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 371-372 pour la directive et son commentaire qui renvoie à l'affaire de la *Délimitation du plateau continental de la mer d'Irlande (Royaume-Uni/France)*, SA du 30 juin 1977, *RSJ*, vol. XVIII, § 38.

⁹⁸¹ *Ibid.*, p. 370, § 8.

ses dispositions ne concerne la possibilité ou l'interdiction d'émettre des réserves, le droit coutumier permet là aussi d'en déduire une autorisation générale. La formulation de l'article 19 et de la directive 4.1.1 reflète en ce sens le principe général selon lequel un État « peut », sauf règle contraire, proposer des réserves. C'est le résultat du régime souple issu de l'avis de la CIJ de 1951, appuyé et détaillé par les propositions de Waldock en tant que Rapporteur de la CDI sur le droit des traités, qui militait pour une présomption de permission⁹⁸².

Ainsi, dans les hypothèses autres que celle des réserves expressément autorisées, le pouvoir de formuler des réserves est soumis à l'obligation de ne pas porter atteinte à l'objet et au but du traité. À cet égard, la CDI souligne dans son Guide de la pratique que « les mots « formuler » et « formulations » ont été choisis avec soin. Ils signifient qu'une réserve « formulée » n'est pas « faite », en ce sens qu'une réserve ne déploie pas ses effets du seul fait de sa formulation »⁹⁸³. L'idée suppose, dans tous les cas, qu'aucun consentement suffisamment précis n'a été livré en amont pour aboutir au caractère incontestable de telles réserves. Par conséquent, pareilles réserves peuvent être vues comme véhiculant des prétentions interprétatives. Le régime général identifié illustre le cas d'une règle d'habilitation faiblement déterminée, laissant aux États d'importantes marges d'appréciation⁹⁸⁴. Les conditions relatives à l'acteur et à l'action restent inchangées par rapport au cas précédemment évoqué. En revanche, le champ d'application de l'habilitation est soit totalement (cas de l'autorisation générale expresse ou silencieuse valant pour tout le traité), soit partiellement indéterminé (cas de l'autorisation générale expresse ou implicite pour une partie seulement de ses dispositions). Quant au champ des effets potentiels, il est lui aussi indéterminé (soit exclusion, soit modification), dans les limites néanmoins imposées par le respect de l'objet et du but du traité. C'est sur ce dernier point que les réserves sont susceptibles de révéler de multiples prétentions interprétatives. À cet égard, selon la directive 3.1.5, « une réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité si elle porte atteinte à un élément essentiel du traité, nécessaire à son économie générale, de telle manière que sa raison d'être se trouve compromise ». Malgré cette précision, la CDI reconnaît dans son commentaire qu'il s'agit d'une notion assez énigmatique. La difficulté est par ailleurs renforcée par le fait que l'objet

⁹⁸² *Ibid.*, p. 352, §§ 2-3, rappelant l'avis de la CIJ du 28 mai 1951, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Rec. p. 15.

⁹⁸³ *Ibid.*, p. 353, § 6.

⁹⁸⁴ Sur ce point, v. aussi A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 172 : « [c]haque État conçoit que la conformité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité est l'hypothèse topique de l'ampleur de la marge d'appréciation laissée à son auteur, et aux tiers, quant à son aptitude à être opposable. Le respect de l'objet et du but n'apparaît pas manifestement ».

(le contenu du traité) et le but (le résultat recherché) évoluent avec le temps, comme peut l'illustrer la théorie de l'*emergent purpose* développée par Fitzmaurice⁹⁸⁵. Cela dit, si la Commission admet que les définitions doctrinales des notions d'objet et de but ne sont pas d'une grande aide, elle souligne qu'elles constituent une directive utile et raisonnable pour préserver le cœur des traités sans poser de seuil trop élevé qui aurait paralysé le droit de formuler des réserves. C'est pourquoi, souligne-t-elle, elle a préféré donner uniquement une méthode de détermination de l'objet et du but ainsi qu'un certain nombre d'exemples plutôt que de chercher à définir un critère précis⁹⁸⁶. En définitive, c'est aux États d'être vigilants pour identifier ce qui constitue pour eux la raison d'être du traité et pour échanger autant que de besoin, au cas par cas, sur le sens des réserves formulées. Il peut arriver, pour se référer à un exemple extrême, que les interactions entre les réserves des uns et les objections des autres, lorsqu'il en est, puissent révéler des visions diamétralement opposées et irréconciliables de l'objet et du but d'un traité. C'est le cas à propos de la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Plusieurs États ont en effet formulé des réserves visant à soumettre ou exclure l'application du traité ou de certaines de ses dispositions au respect des normes découlant de la religion musulmane. Par exemple, une réserve du Sultanat d'Oman ne vise rien de moins que « [t]outes les dispositions de la Convention qui sont incompatibles avec la charia islamique et les législations en vigueur ». Il en va de même pour la Malaisie ou l'Arabie Saoudite. De nombreux États, essentiellement européens, ont alors émis des objections visant à en pointer l'incompatibilité avec l'objet et le but du traité. La France, par exemple, y voit des réserves « de portée générale et indéterminée qui ne permet[tent] pas aux autres États parties de savoir quelles dispositions de la Convention sont actuellement visées et lesquelles pourraient l'être à l'avenir ». La Norvège est encore plus explicite :

« [u]ne réserve par laquelle un État partie limite les responsabilités qui lui incombent en vertu de la Convention en invoquant la loi islamique (chari'a), qui est sujette à interprétation, à modification, et à une application sélective dans les différents États qui adhèrent aux principes de l'Islam, peut inspirer des doutes quant à l'engagement de l'État auteur de la réserve en ce qui concerne l'objet et le but de la Convention, et risque en outre de saper les bases du droit international des traités »⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ CDI, « Guide de la pratique sur les réserves aux traités », *op. cit.*, p. 373, § 3 et p. 377, § 10, citant G. Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Other Treaty Points », *BYIL*, vol. 33, 1957, p. 208.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 380, § 14.

⁹⁸⁷ Toutes les réserves et objections sont disponibles sur la page du site internet des Nations Unies consacrée à la Convention : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_fr.

En somme, lorsque les États formulent des réserves non expressément autorisées par le traité, il peut en découler diverses prétentions interprétatives à l'égard de son objet et de son but. Le même raisonnement vaut, *mutatis mutandis*, dans tous les cas où une règle d'habilitation laisse à ses destinataires diverses marges d'appréciation dans l'adoption des actes qu'elle régit. Inversement, lorsqu'un acte isolé postule la modification de son fondement prétendu, il apparaît manifestement irrégulier. En conséquence, il est présumé inopposable et ne peut se voir attribuer la valeur d'une prétention *stricto sensu* sommant les tiers de réagir.

§4. Inopposabilité automatique des actes isolés manifestement irréguliers

232. L'idée selon laquelle un État pourrait émettre une prétention modificative isolée sommant les tiers de réagir repose sur une contradiction logique vis-à-vis des exigences liées au respect de la légalité internationale. Aucun État ne dispose du pouvoir de modifier unilatéralement le droit positif. Dans ces conditions, il est certes permis de considérer que le comportement de l'État manifestement contraire au droit peut constituer une prétention *largo sensu* de rejet ou de modification susceptible de faire l'objet d'une acceptation expresse. À ce titre, il correspond à une offre ou sollicitation politique⁹⁸⁸. Toutefois, sur un plan strictement normatif, un tel comportement échoue simplement à faire naître une prétention *stricto sensu* opposable aux tiers dont découlerait un effet de sommation. Plusieurs illustrations du principe existent en droit des traités (A) comme en matière coutumière (B).

A. Faits illicites isolés et traités

233. *Le régime de la violation substantielle du traité* – Il existe en droit des traités un régime commun à l'ensemble des comportements manifestement irréguliers qui ne peuvent se voir reconnaître la valeur de prétentions extinctives ou modificatives. Cela peut être illustré dans au moins deux hypothèses. Premièrement, selon les termes de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, la « violation substantielle » d'un traité par l'une des parties permet aux autres d'en réclamer, si elles le souhaitent, l'extinction ou la suspension de son application. Une jurisprudence ancienne confirme cette règle coutumière, qui peut être rapprochée du principe de réciprocité et de celui selon lequel l'État lésé par la violation de l'un

⁹⁸⁸ Sur la définition et l'assimilation des termes « offre » et « sollicitation » politiques, v. *supra*, §§ 121-122.

de ses droits est fondé à adopter des contre-mesures⁹⁸⁹. La rédaction de cet article, proposée par la CDI, est marquée par une volonté particulière de sauvegarder la stabilité des traités. Son commentaire indique en ce sens qu'il fallait écarter le risque que certaines parties soient tentées d'invoquer des violations anodines ou imaginaires dans le but de mettre fin à certains traités, d'où le choix de limiter cette possibilité aux hypothèses de violations « substantielles »⁹⁹⁰. La condition n'est certes pas très claire. Si les débats furent nombreux dans le but d'en dégager une définition objective, le terme ne trouve pas de signification précise ; la nature de la violation dépend tant des dispositions touchées et de l'objet et du but du traité que des comportements en cause et de leurs conséquences sur la possibilité d'un éventuel retour à la normale⁹⁹¹. Cependant, il faut retenir, à ce stade, qu'il existe à tout le moins un certain consensus sur l'idée que la violation substantielle devrait refléter un véritable rejet du traité. L'idée de base, selon les rapporteurs spéciaux de la CDI, était en effet de conditionner le déclenchement du régime à un niveau élevé de violation, affectant le fondement même de la relation conventionnelle instaurée entre les parties⁹⁹². C'est donc en ce sens qu'il faut lire le § 3 de l'article 60 selon lequel une violation substantielle est constituée par : « a) un rejet du traité non autorisé par la présente Convention ; ou b) la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité ». C'est aussi en consacrant l'équivalence à une dénonciation ou un rejet que la CIJ a qualifié la violation substantielle de son mandat par l'Afrique du Sud dans son avis sur la *Namibie* (1971) :

« [l]a résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale constate qu'il y a eu en l'occurrence violation substantielle sous l'une et l'autre forme. Quand elle souligne que l'Afrique du Sud « a, en fait, dénoncé le Mandat », l'Assemblée générale déclare en réalité que l'Afrique du Sud l'a rejeté. Il faut donc voir dans la résolution en question l'exercice du droit de mettre fin à un certain rapport à la suite d'une violation délibérée et persistante d'obligations, qui détruit l'objet même et le but de ce rapport »⁹⁹³.

⁹⁸⁹ V. par ex. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 339-340, qui cite en particulier l'affaire *Tacna-Arica (Chile, Peru)*, SA du 4 mars 1925, *RS.A*, vol. II, spéc. pp. 943-944 et l'opinion dissidente du juge Anzilotti dans l'affaire CPJI, arrêt du 28 juin 1937, *Prises d'eau de la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*, *Serie A/B*, n° 70, p. 50.

⁹⁹⁰ V. le commentaire du projet d'article 57 (devenu 60), CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *op. cit.*, p. 276, § 1.

⁹⁹¹ V. en particulier les recherches menées par C. Laly-Chevalier, *La violation du traité*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 126-132.

⁹⁹² *Ibid.*, pp. 126-127 et not. les références aux différents rapports de G. Fitzmaurice et H. Waldock sur la question.

⁹⁹³ CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *Rec.*, § 95. La Cour a aussi fait application de ces règles dans ses arrêts du 18 août 1972, *Appel concernant la compétence de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, *Rec.*, § 38 et du 25 septembre 1997, *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *Rec.*, § 110.

Au-delà de l'identification de ce que constitue une telle violation, la difficulté pour la CDI fut de déterminer un juste équilibre s'agissant des conséquences qu'elle devrait emporter. Comme elle l'a noté dans son commentaire, l'enjeu à cet égard était double :

« [I]es membres de la Commission ont été d'accord pour penser que la violation d'un traité, si grave soit-elle, ne met pas fin au traité *ipso facto* et aussi qu'un État n'est pas libre d'alléguer une violation et de décider simplement que c'en est fini du traité. D'autre part, la Commission a estimé que, dans certaines limites et sous réserve de certaines garanties, il fallait reconnaître le droit qu'à chaque partie d'invoquer la violation du traité en tant que motif de mettre fin au traité ou de suspendre son application »⁹⁹⁴.

La rédaction retenue a dès lors visé à neutraliser tout effet normatif potentiel de la violation afin que son auteur ne puisse s'en prévaloir. Plutôt que de traiter la violation substantielle comme une prétention *stricto sensu* de rejet, dont les effets auraient dû être refusés ou acceptés, même tacitement, par les autres parties (laissant l'ouverture de la procédure entre les mains de l'État fautif), l'article 60 autorise simplement les autres parties à en tirer certaines conséquences⁹⁹⁵. Cela n'exclut certes pas, d'un côté, l'idée que la violation (en tant que prétention *largo sensu*) puisse faire l'objet d'une acceptation expresse ni, de l'autre, la possibilité qu'une violation persistante combinée à l'absence de réaction des autres parties puissent déboucher sur une pratique modificative. Mais la violation en tant que comportement isolé ne génère en elle-même aucune prétention sommant les autres parties de réagir sur un plan strictement normatif. Elle est dépourvue, en tant que telle, d'effet automatique et demeure cantonnée au statut de fait illicite.

Inversement, dans l'hypothèse où les autres parties souhaiteraient se prévaloir de la violation substantielle du traité, on retrouve alors la logique découlant du régime commun des prétentions normatives unilatérales étatiques. En ce sens, toute partie peut formuler, dans les conditions procédurales prévues aux articles 65 et 67 de la Convention, une prétention à l'extinction, au retrait ou à la suspension du traité sommant les autres parties de réagir. L'article 65 conditionne à ce titre la réussite d'un tel acte au consentement de toutes les parties pouvant être exprimé par l'absence d'objection durant trois mois à compter de la réception de la notification.

234. Le régime des réserves contraires à l'objet et au but du traité – Deuxièmement, une logique similaire anime le régime des réserves manifestement contraires à l'objet et au but

⁹⁹⁴ CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *op. cit.*, p. 277, § 5.

⁹⁹⁵ En ce sens, v. aussi A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 97-99, même si l'auteur qualifie sans plus de précision la violation substantielle de « prétention de rejet », son raisonnement vise justement à démontrer la neutralisation de ses effets.

du traité. Celles-ci sont en effet considérées comme nulles de plein droit et donc dépourvues de tout effet juridique (directive 4.5.1). À cet égard, à l'époque de l'élaboration du projet de Convention sur le droit des traités, la possibilité qu'une réserve interdite ou incompatible avec l'objet et le but du traité puisse faire l'objet d'une acceptation collective a été envisagée⁹⁹⁶. Toutefois, la Commission a décidé de ne pas rouvrir ce débat. Le commentaire du Guide de la pratique sur les réserves souligne à ce propos qu'il vaut mieux « ne pas prendre position sur cette question qui, en tout état de cause, relève plutôt de la problématique générale de la modification des traités que de celle des réserves *stricto sensu* »⁹⁹⁷. C'est une position qui paraît entièrement justifiée. Il semble en effet inopportun d'appliquer le régime des réserves à un acte qui, de fait, n'en est pas une dans la mesure où il postule la modification d'éléments déterminés du traité ayant fait l'objet de l'accord des parties⁹⁹⁸.

Ainsi, les deux exemples évoqués illustrent l'hypothèse selon laquelle un acte isolé manifestement irrégulier ne peut se voir attribuer à lui seul la valeur d'une prétention normative unilatérale *stricto sensu* sommant les tiers intéressés de réagir (au titre du processus normatif, car, en cas de fait illicite, ils peuvent évidemment réagir sur le terrain de la responsabilité). Il en va de même dans le domaine coutumier.

B. Faits illicites isolés et coutumes

235. *Présomption réfragable en faveur du maintien de la coutume existante* –

Comme en droit des traités, il apparaît assez logique qu'un comportement isolé manifestement contraire au droit coutumier ne génère pas, en lui-même, de prétention modificative *stricto sensu* sommant les tiers de réagir. Il est insuffisant à remettre en cause l'existence d'une règle clairement établie. Comme a pu l'expliquer M. Akenhurst :

*« isolated acts or claims which conflict with a well-established rule of international law are insufficient to create a contrary rule, and so, strictly speaking, it is unnecessary to protest such acts or claims in order to deprive them of their law-creating effect, since they have no law-creating effect in the first place »*⁹⁹⁹.

⁹⁹⁶ V. par ex. le rapport du projet d'article 17, 1.b) proposé par H. Waldock en 1962, CDI, « Guide de la pratique sur les réserves aux traités », *op. cit.*, p. 433, § 9.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 434-435, § 13.

⁹⁹⁸ En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 238 : « [e]n effet, dans la mesure où l'acte en cause n'apparaît pas comme une réserve, ni même comme une « prétention de réserve », il est légitime de ne pas lui faire bénéficier du régime de ces dernières qui consiste essentiellement à laisser les États intéressés totalement libres de réagir ».

⁹⁹⁹ M. Akenhurst, « Custom as a Source of International Law », *BYIL*, vol. 47, 1974-75, p. 40.

A. Marie illustre quant à lui cette idée en se référant à l'arbitrage relatif aux *Phoques à fourrure de la mer de Behring* (1893) ayant opposé les États-Unis d'Amérique au Royaume-Uni. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si la prétention des autorités russes d'abord et états-uniennes ensuite à exercer leur compétence exclusive sur la mer de Behring pour ce qui avait trait à la pêche aux phoques, bien au-delà de la règle établie de la portée d'un coup de canon, était opposable au Royaume-Uni. L'intérêt de cette sentence est que le Tribunal a d'abord constaté que la prétention manifestée en 1821 ne fut jamais renouvelée ni mise en œuvre :

*« in the course of the negotiations which led to the conclusion of the Treaties of 1824 with the United States and of 1825 with Great Britain, Russia admitted that her jurisdiction in the said sea should be restricted to the reach of cannons shot from shore, and it appears that, from that time up to the time of the cession of Alaska to the United States, Russia never asserted in fact or exercised any exclusive jurisdiction in Behring's Sea or any exclusive rights in the seal fisheries therein beyond the ordinary limits of territorial waters »*¹⁰⁰⁰.

Autrement dit, pareil comportement isolé ne pouvait sommer les tiers intéressés de réagir sur le plan normatif. Aucune prétention *stricto sensu* n'est advenue et, par conséquent, le silence du Royaume-Uni ne pouvait aboutir à la reconnaissance d'une compétence s'étendant au-delà des eaux territoriales¹⁰⁰¹.

Du point de vue du processus coutumier, le fait illicite de l'État ne constitue donc qu'un prétendant à la qualification comme précédent et à la remise en cause de la règle existante. On l'a dit, dans une telle hypothèse, seule la règle nouvellement établie pourrait jouer le rôle de transformateur et permettre la mue de l'antécédent-fait illicite en précédent. Or, un tel revirement ne peut se produire qu'au moyen de violations répétées de la règle existante impliquant l'instauration d'une véritable pratique à vocation modificative. Le paradoxe est clairement posé par A. Hamann :

« les « contre-précédents » ne sont dans leur forme initiale rien d'autre que des comportements contraires à une règle établie et la question principale (...) est alors de savoir si les prétentions qu'ils expriment seront en mesure ou non de prendre corps dans une nouvelle règle coutumière qui abrogera l'ancienne. Ces comportements

¹⁰⁰⁰ Affaire des *Droits de juridiction des États-Unis dans les eaux de la mer de Behring et à la préservation des phoques à fourrure* (États-Unis/Grande-Bretagne), SA du 15 août 1893, RSA, vol. XXVIII, pp. 268-269, citée par A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 240-241.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 268. On peut également citer K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 240-241, selon qui « on peut imaginer des situations dans lesquelles le silence et l'absence de protestation ne préjugent de rien ». L'auteur reproduit à cet égard un extrait de la sentence relative à l'affaire de l'Île de (Pays-Bas/États-Unis), *prec.*, p. 843 : « [s]il est concevable qu'une délimitation conventionnelle dûment notifiée aux tierces puissances et restée incontestée par elles puisse avoir certains effets sur un titre imparfait et qui n'est confirmé par aucune manifestation effective de souveraineté, il serait absolument contraire aux principes ci-dessus énoncés en ce qui concerne la souveraineté territoriale d'admettre que cette souveraineté puisse être affectée par le simple silence du souverain territorial à l'égard d'un traité qui lui a été notifié et qui, en apparence, dispose d'une partie de son territoire ».

étatiques revêtent alors cette étonnante double casquette d'être bien initialement, au moment où ils ont lieu, des faits ou actes constitutifs d'une illicéité, mais, une fois la nouvelle règle formée, d'être alors institués par elle en précédents, institution par laquelle ils sont en quelque sorte régularisés »¹⁰⁰².

En définitive, le comportement isolé d'un État, quelle que soit la gravité de l'infraction qui en découle, ne peut à lui seul se voir attribuer la valeur d'une prétention modificative qui sommerait les tiers de réagir.

* *

La porosité entre l'application par les États du droit international et son interprétation ou son évolution offre aux États le pouvoir d'émettre par leurs actes unilatéraux isolés de véritables prétentions interprétatives. L'objet de ces prétentions est permis par (et apparaît dans) les espaces de liberté laissés par les règles d'habilitation sur lesquelles ils se fondent. Aucun acte isolé ne peut cependant, à lui seul, faire naître de prétention modificative *stricto sensu*. Seule une pratique continue peut aboutir au renversement d'une règle conventionnelle ou coutumière établie.

Section 2. Les prétentions normatives révélées par la pratique des États

236. S'il peut ressortir d'un acte isolé certaines prétentions interprétatives, il peut en aller de même et plus largement encore de certaines pratiques susceptibles de se voir attribuer la valeur de prétentions interprétatives voire modificatives. Leur identification est cependant plus complexe dans la mesure où elles apparaissent de façon plus insidieuse ; cela revient à envisager, comme on l'a évoqué à l'égard du processus coutumier, les modalités de passage de faits bruts au monde du droit¹⁰⁰³. D'un point de vue sémantique, le terme « pratique » recouvre ici deux hypothèses distinctes mais que l'on traitera en des termes similaires. Il s'agit des comportements continus et des pratiques composites. La première expression renvoie aux cas où une prétention émane d'un comportement unique qui se prolonge dans le temps (même s'il peut être composé de sous actions distinctes), comme l'occupation effective d'un territoire. La seconde correspond aux situations dans lesquelles une somme de comportements, dès lors qu'ils sont suffisamment cohérents, traduisent ensemble une certaine prétention¹⁰⁰⁴. Dans un

¹⁰⁰² A. Hamann, « L'autorité du précédent », *op. cit.*, p. 165.

¹⁰⁰³ V. nos réflexions relatives au précédent coutumier, *supra*, §§ 70 et s.

¹⁰⁰⁴ L'avantage d'une telle distinction est qu'elle assure une certaine cohérence avec le vocabulaire de la CDI dans le domaine de la responsabilité internationale des États. Le projet d'articles de 2001 distingue en effet à ses articles 14 et 15 le fait illicite continu et le fait illicite composite. CDI, « Projet d'articles sur la

cas comme dans l'autre, il s'agit de pratiques s'inscrivant nécessairement dans un certain laps de temps, bien qu'aucune durée particulière n'en constitue l'un des critères d'identification. Surtout, leur point commun est qu'elles ne sont qualifiées comme pratiques que lorsqu'il en émane une prétention identifiable. Or, cela n'est possible que par l'intermédiaire d'un raisonnement rétrospectif¹⁰⁰⁵. À cet égard et à ce stade de l'étude, deux questions se posent alors : celle de l'identification des pratiques véhiculant des prétentions normatives (§1) et celle de leur valeur, en tant que prétentions interprétatives ou modificatives, vis-à-vis des procédés de détermination des normes (§2).

§1. L'identification de la pratique étatique

237. Comme on l'a expliqué, c'est dans le cadre de l'application du droit existant que les acteurs, ici les États, interprètent le sens d'un énoncé et lui attribuent une certaine signification ou, dans l'optique d'une modification du droit, en remettent en cause le statut pour y substituer un nouveau modèle de conduite¹⁰⁰⁶. De là découle le fait que la pratique tienne un rôle important, particulièrement dans l'ordre international, pour tout ce qui a trait à l'interprétation et à la création ou la modification du droit. Le problème qui se pose à cet égard est alors de savoir comment d'une pratique peut émerger une prétention normative et comment un tel phénomène peut être théoriquement représenté. Ces interrogations couvrent autant le droit coutumier que le droit conventionnel. Les phénomènes observés y sont en effet largement similaires et les auteurs n'hésitent pas, autant que de besoin, à faire des allers et retours utiles entre les deux domaines¹⁰⁰⁷. D'un point de vue théorique, il est permis d'assimiler en toute hypothèse la pratique des États à l'expression de leur volonté, autrement dit à l'exercice d'un pouvoir consistant précisément à émettre des prétentions *stricto sensu* (A).

responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 146 et p. 154. C'est aussi un vocabulaire qui semble plus juste, tandis qu'A. Marie, par exemple, utilise l'expression « comportement continu » au singulier pour évoquer en réalité *une* prétention qui se dégage d'une « pratique » composite, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, not. pp. 268-274.

¹⁰⁰⁵ On retrouve aussi cette logique à propos du fait illicite composite, v. *ibid.*, p. 157, § 7 : « [i]l découle de la nature du fait composite que le moment où il se produit ne peut pas coïncider avec le moment où a lieu la première des actions ou omissions de la série. Ce n'est que rétrospectivement que la première des actions ou omissions sera perçue comme ayant ouvert la série ».

¹⁰⁰⁶ V. *supra*, §§ 226-227.

¹⁰⁰⁷ V. par ex. R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, *op. cit.*, p. 505 : « [c]omme la pratique subséquente [conventionnelle] se présente souvent en tant que sous-catégorie de la coutume, il est possible de faire référence aux enseignements en matière coutumière ». V. aussi not. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, not. pp. 259-268, qui traite aussi les « comportements continus » (expression qu'il emploie pour qualifier en réalité la « pratique », soit continue soit composite, des États) comme manifestation de volonté.

Concrètement, l'enjeu réside alors dans le fait que ces pratiques puissent être perçues comme telles par les tiers intéressés. Pour satisfaire à cette condition, le raisonnement judiciaire exige que la pratique étatique apparaisse de façon suffisamment dense et uniforme (B).

A. La pratique des États envisagée comme manifestation de leur volonté

238. *Relativisation de la position volontariste* – L'une des manières de décrire le mécanisme par lequel la pratique étatique obtient la valeur d'une prétention et peut éventuellement contribuer à façonner les rapports juridiques est d'y voir une manifestation de volonté de l'État à qui elle est attribuable¹⁰⁰⁸. Une telle affirmation renvoie nécessairement à l'opposition classique entre objectivistes et volontaristes, bien connue à propos de l'analyse du phénomène coutumier. Cependant, il ne s'agit pas ici d'ouvrir un tel débat ; encore moins d'admettre l'exclusivité de la position volontariste. Elle apparaît simplement plus commode et cohérente avec le cadre théorique de cette étude pour plusieurs raisons. Premièrement, les représentations judiciaires et doctrinales permettant d'expliquer les effets obtenus par certaines pratiques étatiques unilatérales ne sont pas stables. Elles recourent tantôt aux figures de l'accord exprès ou tacite, tantôt aux principes d'*estoppel*, d'acquiescement normatif ou encore de prescription¹⁰⁰⁹. Le prisme volontariste paraît néanmoins plus répandu dans la mesure où, comme on le verra, la valeur reconnue aux pratiques subséquentes en droit conventionnel renvoie la plupart du temps à l'accord des parties au traité¹⁰¹⁰. Quant au droit coutumier, une telle représentation ne s'amenuise qu'à mesure que l'on se rapproche de l'hypothèse d'une coutume universelle, pour laquelle les processus de formation et d'opposabilité se détachent, tandis que l'unanimité est requise pour les coutumes locales¹⁰¹¹. Deuxièmement, l'existence d'une prétention normative *stricto sensu* génère chez les tiers intéressés un effet de sommation, si bien qu'ils doivent en contester le contenu s'ils ne

¹⁰⁰⁸ On part ici du principe que les comportements étudiés sont attribuables à un État. Sur le régime de l'imputation des actes unilatéraux, v. *supra*, §§ 143 et s.

¹⁰⁰⁹ Pour un résumé des différentes représentations possibles des pratiques subséquentes à un traité et des illustrations jurisprudentielles classiques, v. R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, *op. cit.*, pp. 489-501.

¹⁰¹⁰ Comme le remarque R. Kolb, « [l']orientation subjective est plus fréquente en matière d'interprétation que de modification » et cela s'explique notamment par le fait que la Convention de Vienne de 1969 fasse référence à l'accord des parties, *ibid.*, p. 500.

¹⁰¹¹ V. par ex. CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, *fond*, préc. p. 39 : « [l]a Cour ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux États, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux États ».

souhaitent pas voir celui-ci leur devenir opposable¹⁰¹². Il n'y a dans ce cas aucune fiction, comme l'a démontré A. Marie, à voir également dans leur silence la manifestation de leur volonté¹⁰¹³. Troisièmement, la conception que l'on a retenue de l'acte juridique depuis le seuil de cette étude, en particulier sur le fait qu'il tire son effet d'une signification mutuellement admise entre les acteurs, laisse autant de place aux remarques objectivistes que volontaristes. Dans ce cadre de référence théorique, les deux approches n'apparaissent donc pas parfaitement contradictoires. On admet très bien, par exemple, qu'un juge puisse faire référence à l'accord des États pour justifier un résultat qui peut être réellement motivé par des considérations objectives liées à l'évolution du droit et/ou à la sécurité juridique¹⁰¹⁴. Quatrièmement, il sera également vu que les explications visant à recourir à des principes de droit objectif comme l'acquiescement, l'*estoppel* ou la prescription ne contredisent pas, en réalité, l'idée qu'un acte et ses effets adviennent par la reconnaissance commune de sa signification, c'est-à-dire, en définitive, par l'entremêlement d'une prétention et d'une réaction. Toutes ces représentations peuvent ainsi trouver un point d'ancrage scientifique dans la figure de l'acte juridique¹⁰¹⁵.

Le procédé n'a rien d'une reconstruction fictive de la volonté étatique, du moins telle qu'on l'a définie dans cette étude. À cet égard, R. Kolb a pu opposer l'autonomie, la clarté, la précision de l'acte isolé d'un côté à l'hétéronomie, l'éparpillement, l'approximation de la pratique de l'autre. Il en conclut que « [c]'est de la négation de cette tension idéalement irréductible entre l'acte et le processus que découle la fiction d'une assimilation des deux, entreprise le plus souvent pour sauver le dogme volontariste »¹⁰¹⁶. On trouve cependant deux limites à cet argument. D'une part, comme A. Marie l'a souligné, la précision n'est pas l'apanage des manifestations expresses de volonté, pour lesquelles il y a bien des recours à l'interprétation pour déterminer leur statut comme leur contenu¹⁰¹⁷. Or, comme pour les actes

¹⁰¹² V. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁰¹³ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, par ex. p. 455.

¹⁰¹⁴ Comme le dit R. Kolb, il est des cas où « l'interprète se fait son idée qu'il répercute après coup sur la volonté des parties », *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, *op. cit.*, p. 492. V. aussi, plus généralement, les réflexions proposées par O. Corten, selon lequel le droit conventionnel relatif à l'interprétation ne tranche pas totalement entre les approches volontariste et objectiviste. Ces dernières ne peuvent être scientifiquement départagées et les techniques énoncées dans la Convention de Vienne sont susceptibles d'être utilisées dans le cadre des deux approches théoriques, « Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des Conventions de Vienne : approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation », *RGDIP*, vol. 115, 2011, n° 2, pp. 351-366.

¹⁰¹⁵ Sur la définition de la notion, v. *infra*, §§ 41 et s.

¹⁰¹⁶ R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, *op. cit.*, p. 505, note 369.

¹⁰¹⁷ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 269.

isolés, c'est précisément si elle est discernable comme telle que la volonté de l'État exprimée par une certaine pratique apparaît clairement. D'autre part, on l'a dit, il ne s'agit pas ici de préserver un dogme volontariste. Au contraire, on considère que l'approche volontariste n'a de sens que dans la mesure où elle procède à une reconstruction objective de la volonté (et non de l'intention réelle), ce qui suppose que la pratique puisse être perçue comme l'usage d'un certain pouvoir visant à faire advenir certains effets. Le fait qu'il s'agisse d'une somme d'attitudes n'empêche pas un tel raisonnement. En définitive, l'État exprime sa volonté en « faisant » plutôt qu'en « disant »¹⁰¹⁸. Autrement dit, il existe simplement une certaine confusion entre les aspects locutoires (la pratique perceptible en tant que message) et illocutoires de l'acte juridique (l'effet visant à mettre les tiers intéressés en position de réagir).

239. Approche unitaire des éléments matériel et subjectif – Dire de la pratique qu'elle contribue à la détermination des rapports juridiques tend à rejoindre les conceptions unitaires de la pratique et de l'*opinio juris* si l'on se réfère au processus coutumier ou, dans le même ordre d'idée, de la possession effective et de l'*animus* si l'on évoque la question de l'acquisition territoriale¹⁰¹⁹. Une telle conception, soutenue par exemple par P. Haggenmacher, mérite néanmoins diverses précisions¹⁰²⁰. En premier lieu, elle ne doit pas pousser à nier, comme le fait ce dernier, l'existence ou la nécessité de l'élément subjectif. Il faut faire à cet égard une distinction entre le droit coutumier et le droit conventionnel. En droit coutumier, l'autonomie de l'*opinio juris* est confirmée par la jurisprudence ou par la CDI¹⁰²¹. La raison en est qu'elle recouvre un enjeu particulier consistant, face à une pratique se développant sans fondement textuel, à distinguer entre les comportements qui se « juridicisent » d'un côté et ceux qui ont vocation à rester dans le domaine du non-droit, de la courtoisie, de l'habitude, de l'autre¹⁰²². En matière de pratique conventionnelle (ou lorsqu'il s'agit de la pratique interprétative d'une règle coutumière déjà bien établie), le problème se pose dans un contexte différent. La pratique

¹⁰¹⁸ On reprend là une formule d'A. Marie, *ibid.*, p. 265 ; v. plus largement ses développements sur les « comportements d'application » comme manifestation de volonté, pp. 263-268.

¹⁰¹⁹ Sur l'assimilation des rapports entre *opinio juris* et pratique étatique d'un côté, et *animus* et possession effective de l'autre, v. par ex. M. G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, PUF, 1997, p. 206.

¹⁰²⁰ P. Haggenmacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *op. cit.*, p. 114 : « [l]es deux prétendus éléments n'ont en réalité aucune individualité propre ; ils se trouvent inextricablement mêlés au sein d'une « pratique » unitaire. Cette pratique forme pour ainsi dire un *seul* « élément » complexe, fait d'aspects « matériels » et « psychologiques » », italique de l'auteur.

¹⁰²¹ V. en particulier CDI, « Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier », *op. cit.*, pp. 5-8, §§ 13-17.

¹⁰²² CIJ, *Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark et Pays-Bas)*, préc., § 77 : « [i]l existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique ».

de l'État se développe sur le fondement d'un instrument déjà considéré comme ayant une valeur juridique et dans le cadre d'une règle que cette pratique a justement vocation à interpréter ou éventuellement à modifier. C'est tout l'enjeu de l'identification de la pratique « dans l'application » ou « à l'égard de l'interprétation » d'un traité selon les mots du Rapporteur spécial de la CDI G. Nolte sur les pratiques subséquentes aux traités¹⁰²³. Ici plus que dans le cadre du processus coutumier, il est plus aisé d'avoir une conception unitaire des éléments matériel et subjectif car établir la pratique revient de façon systématique à faire état de l'usage d'un pouvoir interprétatif ou modificatif, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté, qui se rapporte précisément au traité. Cette présomption n'a cependant pas lieu d'être dans le cadre d'un raisonnement portant sur l'émergence d'une règle coutumière, qui exige une analyse séparée des deux éléments afin de déterminer en même temps le statut *juridique* de la pratique et son contenu.

En second lieu, considérer qu'il existe un lien inhérent entre la pratique de l'État et l'existence de l'élément subjectif ne consiste pas à établir l'existence d'une intention réelle. À cet égard, parler d'élément psychologique est en réalité trompeur car, on l'a dit, un tel critère n'a rien d'un moteur de l'action juridique. Établir la pratique consiste plus à constater l'exercice d'un certain pouvoir, en l'occurrence celui d'influencer la signification ou le statut de la règle sur laquelle l'État prétend fonder son action. En ce sens, assimiler la pratique à une « manifestation de volonté » est une forme d'objectivation du pouvoir de l'État, dont l'apparence ou la réalité d'utilisation suffisent à ce qu'il advienne juridiquement et déploie certains effets indépendamment de l'intention réelle de l'auteur (tout comme une fausse promesse peut engager juridiquement tout autant qu'une promesse motivée par une intention réelle de s'engager).

Dans ces conditions et à cette fin, la reconstruction objective de la volonté de l'État auteur d'une pratique repose sur une démarche visant à en établir le caractère suffisamment cohérent.

¹⁰²³ Après une analyse de la jurisprudence, le projet de conclusion 6 proposé par G. Nolte pose comme principe que « [l']identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure (...) exige un examen approfondi s'agissant en particulier de savoir si les parties (...) prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou sont motivées par d'autres considérations », CDI, « Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 12, § 19.

B. Le degré d'intensité de la pratique aboutissant à fonder une prétention

240. *La cohérence globale des attitudes étatiques comme seul critère déterminant* –

La problématique liée à l'identification d'une « pratique » est bien connue. Comme l'a souligné R. Kolb, on sait en la matière qu'une véritable systématisation apparaît impossible : « [l']accumulation de précédents dans le temps et le saut qualitatif de la régularité à la règle ne saurait faire l'objet de quantifications mécaniques »¹⁰²⁴. En ce sens, tout devient affaire d'espèce et il semble assez logique que le seul critère qui puisse se dégager d'une analyse de la jurisprudence soit celui de la cohérence globale des comportements étatiques aptes à manifester une volonté univoque. L'intérêt d'une telle approche « réside en ceci que la démarche permet de négliger les éventuelles attitudes contradictoires qu'un État a pu avoir au regard de tel objet »¹⁰²⁵. Ce point ne fait pas réellement débat. Il n'est donc pas nécessairement pertinent de procéder ici à un recensement exhaustif. Cependant, il est intéressant de souligner que la démarche se retrouve dans toutes les branches du droit international dans lesquelles la pratique étatique peut se voir attribuer une certaine valeur.

Il en va ainsi, en premier lieu, en matière d'identification de règles coutumières. En s'inspirant en ce sens de la jurisprudence classique de la CIJ, le Rapporteur spécial de la CDI M. Wood a souligné que la pratique des États devait être « générale et constante » (projet de conclusion 8, § 2) tout en précisant dans son commentaire qu'« il ne fa[il]ait pas exagérer l'importance des contradictions et incohérences superficielles »¹⁰²⁶. Le raisonnement de la

¹⁰²⁴ R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, op. cit., p. 505. Il s'inspire par ailleurs de l'avertissement de C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, op. cit., pp. 190-191 : « [l]es incertitudes qui subsistent au sujet de la formation coutumière concernent surtout le processus mental par lequel l'esprit humain associe la normativité (idée de l'obligation) à certaines régularités sociales. Le lien qui, après coup, s'établit ici ne peut être précisé en termes généraux. C'est que l'idée d'ordre qui, sur ce point, guide la pensée juridique, procède elle-même d'une représentation de valeurs (...). Ni les données de fait à utiliser (nombre, spécificité), ni la direction dans laquelle ces données s'enchaîneront pour prendre un jour forme et figure de 'précédents' constitutifs de la coutume ne sauraient être l'objet de généralisations dans une théorie de la coutume ».

¹⁰²⁵ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 271.

¹⁰²⁶ CDI, « Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier », op. cit., p. 45, § 59 pour le projet de conclusion et p. 43, § 57 sur le caractère non rédhibitoire d'une certaine inconstance. En ce sens, v. not. CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., p. 138 : « [l]a Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles, que le Gouvernement du Royaume-Uni a cru pouvoir relever dans la pratique norvégienne. Elles s'expliquent assez naturellement si l'on prend en considération la diversité des faits et des situations au cours de la longue période qui s'est écoulée depuis 1812, et ne sont pas de nature à modifier les conclusions auxquelles la Cour est arrivée ». Dans l'*Affaire du droit d'asile (Colombie/Pérou)*, préc., p. 277, la Cour déclara que la Colombie devait prouver que la règle dont elle souhaitait se prévaloir était conforme « à un usage constant et uniforme ». Elle a néanmoins constaté que la pratique n'avait rien d'univoque. Dans l'*Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark et Pays-Bas)*, préc., § 74, la CIJ a précisé que même dans un bref laps de temps la pratique étatique devait être « fréquente et pratiquement uniforme ». Dans l'*Affaire des Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce*

Cour dans l'affaire *Nicaragua* (1986) à propos de la règle de l'interdiction du recours à la force offre une bonne illustration de ce principe général :

« [i]l ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique, en ce sens que les États s'abstiendraient, avec une entière constance, de recourir à la force ou à l'intervention dans les affaires intérieures d'autres États. La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle »¹⁰²⁷.

En deuxième lieu, on peut remarquer que l'interprète impartial procède de façon similaire pour dégager du comportement d'un État une situation d'*estoppel*. Une rapide analyse de la jurisprudence montre en effet l'utilisation d'une formule récurrente consistant à exiger que la position de l'État susceptible d'induire un tiers en erreur apparaisse de manière non équivoque. Par exemple, dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord* (1969), le Danemark et les Pays-Bas firent valoir que si l'Allemagne n'était pas partie à la Convention de Genève de 1958, celle-ci s'était malgré tout rendue opposable son article 6 en raison de son comportement et de ses déclarations. La Cour répondit alors que :

« seule l'existence d'une situation d'*estoppel* pourrait étayer pareille thèse, il faudrait que la République fédérale ne puisse plus contester l'application du régime conventionnel, en raison d'un comportement, de déclarations, etc., qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante son acceptation de ce régime mais auraient également amené le Danemark ou les Pays-Bas, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice quelconque »¹⁰²⁸.

(*intervenant*)), préc., § 83, la Cour souligna que « la pratique grecque, considérée dans son ensemble, tend à infirmer l'idée que la proposition avancée par l'Italie reflète l'état actuel du droit international coutumier ». Comme elle l'explique, dans une affaire *Distomo*, la Cour de cassation grecque avait suivi la position des tribunaux italiens en acceptant de lever l'immunité de l'État en cas de violations graves des droits de l'homme ou du droit des conflits armés mais le Tribunal supérieur spécial était ensuite revenu sur cette position dans une affaire *Margellos*. C'est cette dernière approche qui devait alors s'imposer dans l'ordre interne grecque et, par conséquent, être vue comme exprimant la position de l'État Grec sur ce sujet.

¹⁰²⁷ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), fond, préc., § 186.

¹⁰²⁸ CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord* (*République fédérale d'Allemagne/ Danemark et Pays-Bas*), préc., § 30. L'approche fut confirmée à de nombreuses reprises, v. not. CIJ, *Affaire du Temple de Préah Vihear* (*Cambodge c. Thaïlande*), fond, opinion dissidente de Sir Percy Spender, *Rec.*, pp. 143-144 : « le principe [de forclusion qu'il assimile à l'*estoppel*] a pour effet d'empêcher un État de contester devant la Cour une situation contraire à une représentation claire et sans équivoque qu'il aurait faite précédemment à une autre État » ; CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (*Canada/États-Unis d'Amérique*), préc., § 145 : « même en laissant de côté l'élément détriment ou préjudice causé par le changement d'attitude d'un État, élément qui distingue l'*estoppel* au sens strict de l'acquiescement, ce dernier n'en suppose pas moins une acceptation claire et constante » ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), exceptions préliminaires, préc., § 51 : « l'*estoppel* peut être inféré d'un comportement, de déclarations, etc., d'un État qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et

Dans cette affaire comme dans de nombreuses autres où l'argument fut invoqué par l'une des parties au litige, les juges l'ont rejeté au motif que la pratique n'était pas suffisamment précise pour considérer que l'État à qui elle était imputable avait clairement pris position¹⁰²⁹.

En troisième lieu, la condition d'occupation effective d'un territoire traduit tout autant l'exigence consistant à pouvoir dégager du comportement d'un État la volonté univoque d'agir à titre de souverain¹⁰³⁰. Le principe est valable en matière d'acquisition d'une terre sans maître comme pour préciser un titre peu clair ou encore dans le cas d'un éventuel transfert de titre d'un État vers un autre, quel que soit l'habillage juridique de celui-ci (*i.e.* la prescription acquisitive ou l'acquiescement face à une pratique représentant une prétention). Les actes plus ou moins pertinents reflétant de telles « effectivités » doivent émaner d'une autorité étatique et correspondre aux fonctions traditionnelles de l'État ; la jurisprudence est à cet égard très

constante l'acceptation par cet État d'un régime particulier, mais auraient également amené un autre État ou d'autres États, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice » ; CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires*, préc., § 57 : « [l']existence d'une telle situation supposerait que le Cameroun ait adopté un comportement ou fait des déclarations qui auraient attesté d'une manière claire et constante qu'il avait accepté de régler le différend de frontières soumis aujourd'hui à la Cour par des voies exclusivement bilatérales » ; *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, préc., § 438 : « *estoppel may be invoked where (a) a State has made clear and consistent representations, by word, conduct, or silence (...)* ».

¹⁰²⁹ CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark et Pays-Bas)*, préc., §§ 31-32. V. aussi en particulier CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, préc., § 141, où la formulation de la phrase fonctionne curieusement à double sens : « [l']attitude des États-Unis à l'égard du Canada était une fois de plus peu claire, voire équivoque, mais pas au point que le Canada soit fondé à invoquer la doctrine de l'*estoppel* » ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires*, préc., § 51, à propos du rejet de l'argument de l'*estoppel* invoqué par le défendeur, la Cour constate au contraire l'absence d'équivoque en sens inverse : « le comportement du Nicaragua, vu les circonstances très particulières dans lesquelles il s'inscrivait, revenait à manifester un consentement à être liée de façon telle qu'il y avait là un mode valable d'acceptation de la juridiction » ; CIJ, *Affaire Elettronica sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt du 20 juillet 1989, *Rec.*, § 54 : « [b]ien qu'on ne puisse exclure qu'un *estoppel* puisse, dans certaines circonstances, découler d'un silence, lorsqu'il aurait fallu dire quelque chose, il est évidemment difficile de déduire l'existence d'un *estoppel* du simple fait de n'avoir pas mentionné une question à un moment donné au cours d'échanges diplomatiques assez intermittents » ; CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires*, préc., § 57 ; TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt du 14 mars 2012, *Rec. TIDM*, § 125 : « les éléments de preuve présentés par la Bangladesh pour démontrer que les Parties ont administré leurs eaux territoriales en application du procès-verbal de 1974 ne sont pas concluants. Rien n'indique que la conduite du Myanmar aurait amené le Bangladesh à modifier sa position à son détriment ou à subir un préjudice quelconque en se fondant sur ce comportement ».

¹⁰³⁰ En ce sens, v. par ex. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 272 ; M. G. Kohen, M. Hébié, « Territory, Acquisition », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version en ligne, mars 2011, § 25 : « [*d]octrine and case law use the French term effectivités to refer to acts undertaken in the exercise of State authority through which a State manifests its intention to act as the sovereign over a territory. Conditions for valid effectivités relate both to the entity performing them, and the specific nature of the acts performed* ».

fournie et comporte de multiples subtilités¹⁰³¹. Sans procéder ici à un inventaire détaillé, il peut être souligné que leur appréciation est souvent plus qualitative que quantitative et tient compte d'un ensemble de facteurs géographiques jouant sur le poids attribué à ces éléments et dès lors sur la reconstruction objective de la volonté étatique¹⁰³². Cela explique, par exemple, que les cours et tribunaux arbitraux soient moins exigeants pour établir pareille volonté lorsqu'elle a trait à des territoires peu accessibles et/ou inhabités¹⁰³³.

En quatrième et dernier lieu, il convient de souligner que la considération pour les « pratiques ultérieures » des États aux fins d'interprétation des traités est fondée sur une logique similaire. Pour saisir correctement le sens de la jurisprudence en la matière, il est nécessaire de distinguer – on reviendra sur ce point¹⁰³⁴ – entre les deux statuts possibles de la pratique conventionnelle interprétative. Les rapports de G. Nolte à la CDI sont riches d'informations en ce domaine. D'une part, la notion de pratique ultérieure peut se référer à celle « par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » (article 31, § 3 b) de la Convention de Vienne de 1969). Il s'agit là d'une conception dite « étroite » dans la mesure où c'est la seule qui permette d'établir une interprétation authentique du traité. Il existe, d'autre part, une approche large, non négligeable dans la jurisprudence, consistant à

¹⁰³¹ Par ex., *Délimitation de la frontière maritime entre l'Érythrée et l'Éthiopie (Érythrée/Éthiopie)*, SA préc., § 3.29 : « [a]s to activity on the ground, the actions of a State pursued à titre de souverain can play a role, either as assertive of that State's position or, expressly or impliedly, contradictory of the conduct of the opposing State. Such actions may comprise legislative, administrative or judicial assertions of authority over the disputed area ». On trouve différents inventaires de la jurisprudence plus ou moins exhaustifs, par ex. M. G. Kohen, M. Hébié, « Territory, Acquisition », *op. cit.* ; R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, *op. cit.*, pp. 501-504 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 272-273.

¹⁰³² Les références citées dans la note précédente en font état. On peut rapporter à titre d'illustration l'opinion dissidente des juges M. Bedjaoui, R. Ranjeva et A. Koroma dans l'arrêt de la CIJ du 16 mars 2001, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, *fond*, *Rec.*, § 82 : « [L]e nombre d'« effectivités » invoquées s'évanouissent à l'examen, la quantité ne réussissant par à suppléer à l'absence de qualité. Trois siècles avant Jésus-Christ, Euclide avait dit : « un tas de blé ne cesse pas d'être un tas si vous ôtez un grain, puis un grain... Pourtant vient un moment où, en enlevant un grain, il n'y a plus de tas ». L'enseignement à offrir à la méditation des juristes est que les degrés de la quantité ne doivent pas masquer les nuances de la qualité. Comme le dit le tribunal [dans l'affaire *Érythrée/Yemen*] « une multitude d'indices ne suffisent pas à constituer une preuve, de la même manière que cent lièvres ne font pas un cheval » ».

¹⁰³³ V. not., *Affaire de l'île de Clipperton (France/Mexique)*, SA du 28 janvier 1931, *RSJ*, vol. II, pp. 1108-1111, p. 1110 ; CPJI, *Statut juridique du Groënland oriental*, préc., p. 46 ; CIJ, *Affaire des Minquiers et des Écréhous (France/Royaume-Uni)*, préc., p. 71 ; CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, *fond*, préc., § 197 : « certaines catégories d'activités (...) telles que le forage de puits artésiens, pourraient en soi être considérées comme discutables en tant qu'actes accomplis à titre de souverain. La construction d'aides à la navigation, en revanche, peut être juridiquement pertinentes dans le cas de très petites îles » ; CIJ, arrêt du 17 décembre 2002, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, *Rec.*, § 147. A. Marie souligne que le principe vaut aussi pour l'acquisition d'un titre sur des eaux historiques, bien qu'en ce domaine la pratique ne puisse logiquement se matérialiser qu'au travers de l'exercice d'un pouvoir normatif, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 273-274.

¹⁰³⁴ V. *infra*, §§ 242 et s.

tenir compte de la pratique d'un ou de certains États parties, et dès lors plus ou moins unilatérale, au titre des moyens complémentaires d'interprétation du traité (article 32 de la Convention de Vienne). Or, comme le souligne G. Nolte, opérer une telle distinction « aide aussi à répondre à la question de savoir si la « pratique ultérieure » doit prendre la forme de mesures répétées de façon plus ou moins fréquente ou si les mesures prises de façon ponctuelle en application du traité peuvent être suffisantes »¹⁰³⁵. Sur cette base, on constate en effet que plus on se rapproche de l'hypothèse d'une reconstruction de la volonté interprétative des États (de l'usage d'un pouvoir susceptible d'aboutir à une interprétation authentique), plus l'exigence de cohérence est forte. Si le juge ne se réfère à la pratique qu'en tant que moyen auxiliaire d'interprétation (sens large), par exemple pour confirmer une interprétation à laquelle il est parvenu par d'autres moyens, alors la fréquence et la cohérence de celle-ci n'en constituent pas des éléments déterminants¹⁰³⁶. Si, à l'opposé du spectre, la pratique révèle clairement l'accord des parties ou en découle directement (article 31, § 3 a)), alors là non plus « la fréquence des mesures prises en application d'un traité n'est pas un élément nécessaire de la définition du concept »¹⁰³⁷. En dehors de ces cas de figure, c'est-à-dire pour identifier une pratique établissant l'accord des parties au sens de l'article 31, § 3 b), on retrouve cependant une exigence logique de cohérence et de clarté de leurs comportements. En ce sens, l'Organe d'appel de l'OMC a livré une définition très claire dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II* (1996) :

« une pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations « concordants, communs et d'une certaine constance », suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité »¹⁰³⁸.

La CIJ, quant à elle, ne donne aucune définition abstraite de la notion et se limite à appliquer de manière assez souple le régime de la Convention de Vienne¹⁰³⁹. À cet égard, G. Nolte

¹⁰³⁵ CDI, « Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 44, § 108.

¹⁰³⁶ CDI, « Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 23, § 44.

¹⁰³⁷ CDI, « Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 45, § 109.

¹⁰³⁸ *Japon – Boissons alcooliques II*, rapport de l'Organe d'appel, 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, sect. E, p. 15. La citation reprise par l'Organe d'appel provient de I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 2^{ème} éd., 1984, p. 137. C'est sur elle que se concentrent les réflexions de G. Nolte (v. note suivante).

¹⁰³⁹ V. en particulier CIJ, *Affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, préc., §§ 47-50 où la Cour rappelle le régime de la Convention de Vienne et un nombre conséquent de ses arrêts antérieurs où elle a procédé à une analyse de la pratique conventionnelle des États parties à un litige. V. également CDI, « Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »,

considère qu'il ne s'agit pas de deux approches opposées. Selon lui, la définition de l'Organe d'appel « ne fixe pas une norme minimale pour l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 b). C'est plutôt la mesure dans laquelle la pratique ultérieure est « concordante, commune et d'une certaine constance, qui permet de « discerner une attitude » supposant un accord des parties »¹⁰⁴⁰. Autrement dit, le Rapporteur spécial conclut en établissant à juste titre un lien intrinsèque entre la cohérence d'ensemble d'une pratique et la valeur susceptible, pour cette raison même, de lui être attribuée¹⁰⁴¹.

Finalement, dans toutes les hypothèses où la pratique d'un ou plusieurs États est envisagée en tant que manifestation de leur volonté, c'est-à-dire en tant qu'expression de l'utilisation d'un pouvoir d'émettre une prétention normative, il est exigé que cette pratique apparaisse, en fonction de chaque situation, d'une manière suffisamment claire et cohérente, ce qui ne va pas sans rappeler la condition générale relative à l'action pour les actes unilatéraux isolés (*i.e.* l'expression claire et non équivoque de la volonté¹⁰⁴²). Une fois ce critère satisfait, la pratique étatique peut se voir reconnaître certains effets dont on peut déduire la qualité de prétentions normatives *stricto sensu*.

§2. La valeur attribuée à la pratique étatique

241. La valeur normative de la pratique étatique dépend de plusieurs conditions. D'abord, il convient de distinguer s'il s'agit d'une pratique unilatérale ou de la pratique concordante de plusieurs États. Ensuite, cela dépend de ce que cette pratique postule, soit l'interprétation, soit la modification du droit. Enfin, il est possible de distinguer entre les régimes relevant du droit des traités ou du droit coutumier, même s'il existe entre les deux de nombreux recoupements. Compte tenu de ces trois variables, il semble opportun de traiter, d'abord, du double statut de la pratique interprétative en droit conventionnel (A), ensuite, de la valeur de la pratique modificative en droit conventionnel (B) et, enfin, de la valeur de la pratique modificative vis-à-vis du processus de mutation des coutumes (C).

op. cit., p. 24, § 46, dans lequel G. Nolte fait état d'une approche similaire du côté du Tribunal des différends irano-américains, de la CEDH, du TIDM ou dans le cadre de nombreuses sentences CIRDI.

¹⁰⁴⁰ CDI, « Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 26, § 48.

¹⁰⁴¹ V. *idem*, le projet de conclusion 8 de G. Nolte est formulé ainsi : « [l]a pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), peut prendre diverses formes et doit traduire les vues communes des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité. Sa valeur en tant que moyen d'interprétation dépend de la mesure dans laquelle elle est concordante, commune et d'une certaine constance ».

¹⁰⁴² Sur ce point, v. *supra*, §§ 159 et s.

A. Le double statut de la pratique interprétative en droit conventionnel

242. Conceptions étroite et large des pratiques ultérieures : exposé de la dichotomie – L'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 énonce la règle générale d'interprétation des traités internationaux tandis que son article 32 y ajoute plusieurs moyens complémentaires. Ils constituent à cet égard l'expression du droit international coutumier¹⁰⁴³. Afin de bien cerner le rôle tenu par la pratique des États dans ce cadre, il est nécessaire de formuler au préalable au moins deux précisions. D'une part, le paragraphe 3 de l'article 31 impose de tenir compte « a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions » et « b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Or, la jurisprudence n'opère pas toujours une distinction claire entre ces deux hypothèses¹⁰⁴⁴. Pourtant, comme l'a souligné G. Nolte dans son premier rapport :

« [I]es accords ultérieurs et la pratique ultérieure sont à distinguer, selon que l'on peut déceler une position commune *en tant que telle* dans une expression commune ou qu'il est nécessaire d'identifier indirectement un accord sur la base de tel ou tel comportement ou telles ou telles circonstances. Ainsi, l'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne doit se manifester en tant que tel, bien que non nécessairement sous forme écrite, alors que la « pratique ultérieure » regroupe toutes les (autres) formes de comportement ultérieur pertinent d'une ou plusieurs parties à un traité qui concourent à la manifestation d'un accord des parties au sujet de l'interprétation du traité »¹⁰⁴⁵.

Certes, il n'est pas exclu que les deux possibilités se recoupent dans certains cas car, on l'a dit, la catégorie des « accords » n'a pas de frontières clairement établies et il n'existe dès lors aucun seuil défini qui distinguerait un accord de deux ou plusieurs comportements unilatéraux convergents¹⁰⁴⁶. Cependant, il semble raisonnable de retenir ici un critère formel au sens où

¹⁰⁴³ V. le projet de conclusion 1 de G. Nolte, CDI, « Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 13, § 28. Il rappelle toute la jurisprudence allant en ce sens pp. 6-13, §§ 8-27.

¹⁰⁴⁴ Les expressions « positions », « attitudes », « pratiques » ou « accords » des parties s'entremêlent sans référence explicite aux dispositions concernées de la Convention de Vienne dans de nombreux arrêts et sentences ayant porté sur l'analyse des pratiques interprétatives. V. not. CIJ, *Différend territorial (Libye/Tchad)*, préc., § 63 ; CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, préc., § 61 ; CME *Czech Republic B.V. (Pays-Bas) c. République tchèque*, CNUDCI, sentence finale du 14 mars 2003, § 437. La distinction est, au contraire, très clairement opérée dans l'affaire *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America*, décision sur la compétence du 28 janvier 2008 rendue aux termes des règles d'arbitrage CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, §§ 184-189.

¹⁰⁴⁵ CDI, « Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 33, § 74.

¹⁰⁴⁶ Le recoupement entre les deux hypothèses apparaît de façon implicite dans les propos de G. Nolte, v. *ibid.*, p. 33, § 75. Plus généralement, v. *supra*, §§ 22-23.

le paragraphe 3 a) de l'article 31 a trait aux accords explicites entre les parties à un traité et le paragraphe 3 b) porte sur leurs accords tacites révélés selon la valeur attribuée à leurs comportements respectifs. C'est d'ailleurs en ce sens que G. Nolte propose un projet de conclusion 3, alinéa 1^{er}, selon lequel « [a]ux fins de l'interprétation des traités, on entend par « accord ultérieur » tout accord *exprès* entre les parties à un traité qui se rapporte à l'interprétation ou à l'application des dispositions de celui-ci », tandis que l'alinéa 2 se réfère aux pratiques ultérieures comme « tout comportement, ou prise de position, d'une ou plusieurs parties »¹⁰⁴⁷. Ainsi, on ne s'intéresse pas ici aux accords exprès de l'article 31, § 3 a) mais uniquement à la pratique des États permettant, au titre de l'article 31, § 3 b), de considérer que les parties s'accordent implicitement sur une certaine interprétation. D'autre part, il est également nécessaire de distinguer entre les pratiques pertinentes au titre de l'article 31, § 3 b) et celles qui le sont en tant que moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32. C'est de cette distinction que découle le double statut de la pratique interprétative conventionnelle. Elle émane d'une jurisprudence largement étayée et a été reprise explicitement par G. Nolte dans son projet de conclusion 3, alinéa 3¹⁰⁴⁸.

243. Ces précisions faites, on en revient à l'idée selon laquelle la valeur attribuée à la pratique étatique est fonction « de la mesure dans laquelle elle est concordante, commune et d'une certaine constance » (projet de conclusion 8)¹⁰⁴⁹. Pareille approche permet alors de distinguer entre deux hypothèses-types. En premier lieu, si les conditions énoncées sont satisfaites, le concept de « pratique ultérieure » renvoie au principe consacré à l'article 31, § 3 b), c'est-à-dire à « l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du texte ». C'est en cela qu'il s'agit d'une approche dite « étroite » : la Convention de 1969 ne retient en ce sens qu'une interprétation *authentique* du traité révélant l'accord de ses parties. Il s'agissait certainement, à l'époque de la rédaction du texte, de limiter le risque de voir des États puissants imposer de manière trop unilatérale leur interprétation¹⁰⁵⁰. Afin d'attribuer une telle valeur à la pratique des États, le juge rattache le résultat de son analyse à leur volonté, soit par une représentation volontariste, en se référant explicitement à leur accord, soit en

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, p. 47, § 118, italique ajouté.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, l'alinéa 3 est rédigé ainsi : « [l]a pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité est un moyen d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne. D'après l'article 32 de la Convention, d'autres formes de pratique ultérieure peuvent servir de moyens complémentaires d'interprétation dans certaines circonstances ».

¹⁰⁴⁹ CDI, « Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 26, § 48.

¹⁰⁵⁰ CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *op. cit.*, p. 242, § 15, sur le fait que la CDI visait bien l'accord de toutes les parties.

recourant à des schémas plus souples impliquant notamment des notions comme l'acquiescement ou la reconnaissance¹⁰⁵¹. Le premier cas est parfaitement illustré par les mots employés par le Tribunal, bien qu'il ait *in fine* rejeté cette idée, dans l'affaire du *Régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO* (2003) :

« l'interprétation supposée d'une disposition d'un accord, par les parties à cet accord et pouvant résulter d'une « pratique ultérieure », doit avoir pour source une position commune et sans équivoque des parties. Le recours à la pratique ultérieure comme moyen d'interprétation d'une convention a pour objectif d'établir l'accord non équivoque des parties quant à l'interprétation d'une clause de cette convention »¹⁰⁵².

Le second cas est, quant à lui, beaucoup plus fréquent. Dans des situations complexes, où les positions des États n'apparaissent pas de manière explicite et concordante, il est en effet plus aisé pour l'interprète de se référer, d'un côté, à certaines attitudes, qui feraient face, de l'autre, à une approbation tacite. La Convention de Vienne de 1969 ne le précise pas mais il fait à cet égard peu de doute qu'un accord interprétatif puisse être dégagé de l'application du traité par une partie à laquelle répondrait simplement un silence¹⁰⁵³. Par exemple, dans une affaire ayant opposé l'Italie à la Suisse en 1911, le Tribunal arbitral a pu relever que « sous l'empire déjà du Traité de commerce italo-suisse du 19 avril 1892, la Suisse n'a pas cessé d'appliquer la disposition relative au « vin nouveau » en l'interprétant tel qu'elle le fait aujourd'hui et qu'à aucun moment l'Italie n'a soulevé d'objection à ce sujet »¹⁰⁵⁴. Les illustrations de ce genre ne manquent pas dans le domaine des contentieux territoriaux. En la matière, si l'on suit le *dictum* réputé de la CIJ dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)* (1986), les

¹⁰⁵¹ V. la classification proposée par R. Kolb en fonction de l'approche privilégiée par les juges, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, op. cit., pp. 489-501.

¹⁰⁵² *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France (France/UNESCO)*, SA du 14 janvier 2003, RSA, vol. XXV, § 70. V. aussi not. CPJI, *Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne*, avis du 21 novembre 1925, Série B, n° 12, p. 24 : « [l]es faits postérieurs à la conclusion du Traité de Lausanne ne peuvent occuper la Cour que pour autant qu'ils sont de nature à jeter de la lumière sur la volonté des Parties telle qu'elle existait au moment de cette conclusion » ; CIJ, arrêt du 9 avril 1949, *Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, Rec., p. 25 : « [i]l ressort de l'attitude ultérieure des Parties que leur intention, lorsqu'elles ont conclu le compromis, n'était pas d'empêcher la Cour de fixer le montant de l'indemnité ».

¹⁰⁵³ En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 306 et les nombreux exemples cités dans les pages suivantes. L'auteur renvoie par ailleurs au commentaire de Sir H. Waldock, qui précisait que la CDI avait au départ préféré le mot « *understanding* » au terme « *agreement* » dans la version anglaise du projet d'articles sur le droit des traités afin de pouvoir prendre en compte l'absence de réaction, ACDI, 1966, vol. II, p. 107. V. aussi CDI, « Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », op. cit., pp. 32-37, §§ 58-70 ainsi que p. 39, § 75 où G. Nolte adopte un projet de conclusion 9, § 2 selon lequel « [l]e silence de l'une ou de plusieurs des parties peut, lorsque les circonstances appellent une réaction, constituer une acceptation de la pratique ultérieure ».

¹⁰⁵⁴ *Affaire relative à l'interprétation du traité de commerce conclu entre l'Italie et la Suisse le 13 juillet 1904 (Italie, Suisse)*, SA du 27 avril 1911, RSA, vol. XI, p. 262.

« effectivités » font corps avec le concept de pratiques ultérieures et sont susceptibles de venir préciser un titre qui manquerait de clarté¹⁰⁵⁵. Dans ce genre d'hypothèses, les juges sont donc enclins à tenir compte des comportements interprétatifs des traités de frontière. Par exemple, dans l'*Affaire relative au canal de Beagle (Argentine/Chili)* (1977), l'Argentine fit valoir une interprétation très restrictive de l'article 31, § 3 b) dans le but d'empêcher l'attribution de toute valeur à son silence face aux comportements répétés du Chili. Ce dernier rétorqua quant à lui qu'un accord interprétatif pouvait très bien émaner de la conduite respective des deux États¹⁰⁵⁶. La position du Tribunal fut alors particulièrement claire sur le sens à donner à cette disposition de la Convention de Vienne et consacra l'interprétation commune issue de la pratique des parties :

« [t]he terms of the Vienna Convention do not specify the ways in which "agreement" may be manifested. In the context of the present case the acts of jurisdiction were not intended to establish a source of title independent of the terms of the Treaty; nor could they be in contradiction of those terms as understood by Chile. The evidence supports the view that they were public and well-known to Argentina, and that they could derive from the Treaty. Under these circumstances the silence of Argentina permits the inference that the acts tended to confirm an interpretation of the meaning of the Treaty independent of the acts of jurisdiction themselves »¹⁰⁵⁷.

Le même principe vaut pour la prise en compte des « effectivités postcoloniales » dans le cadre de l'*uti possidetis juris*. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (1992) ayant opposé El Salvador au Honduras, la Chambre de la CIJ dû déterminer à qui

¹⁰⁵⁵ CIJ, *Affaire du Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, préc., § 63 : « (...) [il] est enfin des cas où le titre juridique n'est pas de nature à faire apparaître de façon précise l'étendue territoriale sur laquelle il porte. Les effectivités ne peuvent alors jouer un rôle essentiel pour indiquer comment le titre est interprété dans la pratique ».

¹⁰⁵⁶ *Affaire relative au Canal de Beagle (Argentine/Chili)*, SA du 18 février 1977, RSA, vol. XXI, § 168, où l'Argentine « interprets the Convention as requiring a manifestation of the "common will" of the Parties and denies that the "unilateral acts" of Chile can be said to manifest any kind of agreed interpretation or common will », tandis que le Chili répond que « [t]he agreement (...) stems from conduct – in this instance from the open, persistent and undisturbed exercise of sovereignty by Chile over the islands, coupled with knowledge by Argentina and the latter's silence ».

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, § 169. V. également CIJ, *Affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, préc., où la Cour a refusé de voir dans la présence régulière d'une tribu sur l'île la manifestation d'une prétention territoriale et *a fortiori* de la qualifier comme pratique ultérieure au sens de l'article 31, § 3 b) de la Convention de Vienne. Elle souligne néanmoins que : « [p]our qu'une telle pratique puisse être démontrée, il faudrait au moins que deux éléments soient établis : d'une part, que l'occupation de l'île par les Masubia ait participé de la conviction des autorités du Caprivi que la frontière fixée par le traité de 1890 suivait le chenal sud du Chobe ; et d'autre part, que ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités du Bechuanaland comme confirmant la frontière fixée par le traité », § 74 ; CIJ, *Affaire du différend territorial (Libye/Tchad)*, préc., § 68, après la conclusion du traité de 1955 : « la Libye n'a pas contesté les dimensions du territoire tchadien telles que spécifiées par la France » ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime (Guinée/Guinée-Bissau)*, SA du 14 février 1985, RSA, vol. XIX, § 63, où le Tribunal tient compte d'une pratique interprétative négative : « [l]e Gouvernement portugais, en acceptant que l'étendue de la concession dépasse vers le sud le parallèle de la 10° 40' de latitude nord, et le Gouvernement français, en ne protestant pas au nom de la Guinée au moment où c'était encore à lui de le faire, ont manifesté leur conviction que la convention n'avait pas établi de frontière maritime entre les deux Guinée ».

appartenait les îles d'El Tigre et de Meanguera alors que les documents administratifs de l'ancienne autorité coloniale espagnole n'étaient pas suffisamment clairs sur ce point. Elle a donc souligné tout l'intérêt, dans une telle situation, de prêter attention à la pratique ultérieure des États concernés :

« [p]our cette raison, il est particulièrement approprié d'examiner le comportement des nouveaux États à l'égard des îles pendant la période qui a immédiatement suivi l'indépendance. Les revendications formulées alors, et la réaction – ou l'absence de réaction – qu'elles ont suscitée pourront en effet faire la lumière sur l'idée que l'on se faisait alors de ce qu'était ou avait dû être la situation en 1821 »¹⁰⁵⁸.

L'analyse du comportement des États nouvellement indépendants devait alors permettre de fournir des indications sur l'emplacement de la frontière « soit dans l'idée commune que s'en faisaient les deux Parties, soit dans l'idée que s'en faisait l'une d'entre elles et en fonction de laquelle elle avait agi, l'autre ayant acquiescé »¹⁰⁵⁹. La Chambre a alors conclu, d'une part, que l'île d'El Tigre relevait de la souveraineté du Honduras, qui en avait la possession et le contrôle effectifs depuis plus d'un siècle¹⁰⁶⁰. Quant à l'île de Meanguera, d'autre part, la Chambre s'est référée explicitement au consentement tacite du Honduras face aux actes de souveraineté d'El Salvador :

« [l]a Chambre considère que cette protestation du Honduras, qui a été élevée après une longue série d'actes de souveraineté d'El Salvador à Meanguera, a été formulée trop tard pour dissiper la présomption d'acquiescement de la part du Honduras. Le comportement du Honduras vis-à-vis des effectivités antérieures révèle une admission, une reconnaissance, un acquiescement ou une autre forme de consentement tacite à l'égard de la situation »¹⁰⁶¹.

244. En second lieu, à côté d'une conception étroite, une approche large des pratiques subséquentes interprétatives peut aussi être identifiée. Contrairement aux précédentes, elles n'apparaissent pas suffisamment communes et concordantes pour établir l'accord de l'ensemble de la communauté conventionnelle. Cependant, ces pratiques n'en disposent pas moins d'une certaine valeur probatoire qui est fonction des circonstances de chaque espèce¹⁰⁶². Pour G. Nolte :

¹⁰⁵⁸ CIJ, arrêt du 11 septembre 1992, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, Rec., § 333, ainsi que § 341 où après avoir conclu que les documents présentés étaient trop fragmentaires et ambigus a déclaré devoir s'appuyer sur les comportements des États après l'indépendance « en tant que reflet de l'idée que l'on se faisait alors de ce qu'avait dû être la situation en 1821 ».

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, § 346.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, § 355.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, § 364.

¹⁰⁶² En ce sens, v. par ex. J.-P. Cot, « La conduite subséquente des parties à un traité », *RGDIP*, vol. 70, 1966, p. 645 : « simple indice de la volonté des parties, [la pratique subséquente] peut être retenue même

« [o]n ne saurait bien évidemment accorder à cette pratique interprétative ultérieure, unilatérale ou parallèle, le même poids qu'à la pratique ultérieurement suivie par laquelle est établi l'accord de toutes les parties et elle ne peut donc donner forme à une interprétation « authentique » d'un traité »¹⁰⁶³.

Le Rapporteur spécial de la CDI démontre toutefois par une présentation exhaustive de la jurisprudence qu'elles sont susceptibles de constituer un moyen complémentaire d'interprétation au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne¹⁰⁶⁴. En ce sens, la plupart des juridictions internationales relèvent la pratique ultérieure de certains États dans le but, explicite ou implicite, de confirmer et renforcer une interprétation à laquelle elles sont en principe parvenues par d'autres moyens. Par exemple, dans son avis sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* (1950), la CIJ a pu déclarer que « [l']interprétation d'instruments juridiques donnée par les parties elles-mêmes, si elle n'est pas concluante pour en déterminer le sens, jouit néanmoins d'une grande valeur probante quand cette interprétation contient la reconnaissance par l'une des parties de ses obligations en vertu d'un instrument »¹⁰⁶⁵. De la même façon, dans l'affaire *Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* (1999), après avoir écarté l'hypothèse selon laquelle les comportements invoqués par les parties constituaient des pratiques ultérieures au sens de l'article 31, § 3 b) de la Convention de Vienne, la Cour a tenu compte des diverses constatations qu'elles ont pu opérer séparément sur la zone faisant l'objet du différend. Elle considéra alors que :

« ces faits, même s'ils ne constituent pas une « pratique ultérieure » des parties au traité de 1890 quant à l'interprétation de celui-ci, n'en étayent pas moins les conclusions auxquelles elle est parvenue en interprétant le paragraphe 2 de l'article III du traité suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes »¹⁰⁶⁶.

Une formule similaire apparaît dans l'affaire *Loizidou c. Turquie* (1995) de la CEDH ou encore dans la sentence arbitrale *CMS c. Argentine* (2003) rendue dans le cadre du CIRDI¹⁰⁶⁷. Dans

si elle émane d'un seul État. Sa valeur probatoire dépend alors des circonstances de l'espèce » ; également R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, *op. cit.*, qui souligne à plusieurs reprises qu'au vu de la jurisprudence la définition retenue de la pratique subséquente par la Convention de Vienne sur le droit des traités (celle de l'article 31, § 3 b)) est trop étroite, *not.* p. 483.

¹⁰⁶³ CDI, « Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 39, § 95.

¹⁰⁶⁴ V. *ibid.*, projet de conclusion 3, alinéa 3, p. 47, § 118, selon lequel « [d]'après l'article 32 de la Convention, d'autres formes de pratique ultérieure peuvent servir de moyens complémentaires d'interprétation dans certaines circonstances ». L'article 32 fait uniquement référence aux travaux préparatoires des traités mais sa rédaction montre qu'elle n'exclut pas le recours à d'autres moyens.

¹⁰⁶⁵ CIJ, avis consultatif du 11 juillet 1950, *Statut international du Sud-Ouest africain*, *Rec.*, pp. 135-136.

¹⁰⁶⁶ CIJ, *Affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, *préc.*, § 80.

¹⁰⁶⁷ CEDH, arrêt du 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, (exceptions préliminaires), n° 15318/89, où la Cour considère que son interprétation est « confirmée par la pratique ultérieurement suivie par les parties contractantes » (§ 79), en raison d'un « assentiment quasi universel » (§ 80) sur le fait que les articles 25 et

ces derniers exemples, la pratique ultérieure est clairement invoquée à titre confirmatif. Dans bon nombre d'affaires, cependant, il arrive que la pratique interprétative de certaines parties seulement soit présente dans le raisonnement de l'interprète sans pour autant qu'il en précise explicitement la valeur¹⁰⁶⁸.

245. La pratique interprétative unilatérale comme prétention normative stricto sensu – En définitive, seule la pratique des États reflétant l'accord de l'ensemble de la communauté conventionnelle débouche sur une interprétation authentique du traité. Cela n'empêche pas, toutefois, que la pratique unilatérale d'un ou de plusieurs États parties (unilatérale du point de vue des autres parties) puisse se voir attribuer la valeur d'une prétention normative sommant les autres parties de réagir. Une pratique unilatérale peut exercer une pression interprétative sur le traité de deux façons ou selon deux niveaux d'intensité. À un degré plutôt faible, si la pratique est peu répandue, peu concordante ou peu répétée, le juge peut en tenir compte en tant que moyen auxiliaire d'interprétation. Dans ce cas, la pratique unilatérale ne se voit pas attribuer la valeur d'une prétention mais le juge n'a simplement pas besoin d'aller jusque-là pour aboutir au même résultat interprétatif. À un degré plus élevé d'intensité, elle peut potentiellement générer une pratique ultérieure commune des parties, au sens où la pratique de l'une ou de plusieurs parties a pour effet de sommer l'autre ou les autres de réagir. Dans cette hypothèse, la pratique unilatérale d'un ou plusieurs États apparaît suffisamment dense et cohérente pour se voir attribuer la valeur d'une prétention *stricto sensu*. Sommant les autres parties de réagir, cette pratique débouche en conséquence, en cas de silence de ces dernières durant un délai raisonnable, sur une interprétation du traité considérée comme commune et concordante qui, elle et seulement elle, obtient *in fine* le statut d'interprétation authentique. Ce dernier schéma, exigeant un standard de preuve plus élevé

46 de la Convention ne permettent pas de restrictions *ratione loci* ni *ratione materiae* ; *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, décision sur la compétence du 17 juillet 2003, n° ARB/01/8, § 47 : « [l]a pratique des États confirme également le sens de ce scénario évolutif » permettant aux actionnaires minoritaires de bénéficier des droits prévus par les TBI et notamment faire valoir leurs prétentions en leurs noms propres au cours d'une procédure arbitrale. V. les exemples cités par R. Kolb sous le titre de « pratique subséquente confirmative », *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, *op. cit.*, pp. 508-509.

¹⁰⁶⁸ V. par ex. CIJ, *Droits des ressortissants des États-Unis au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, préc., pp. 210-212 où la Cour explore la pratique ultérieure à l'Acte d'Algésiras mais ne se fonde que sur la conduite des douanes françaises ; *Affaire du Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent (France/Canada)*, préc., §§ 33-34 où le Tribunal arbitral entend se référer à la pratique subséquente des parties mais n'évoque que celle du Canada dans les eaux soumises à sa compétence. V. également les autres exemples recensés par G. Nolte, notamment pour les juridictions régionales et de l'OMC, CDI, « Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, pp. 39-43, §§ 94-105.

afin de s'assurer de l'accord des parties, peut aussi permettre de constater l'existence d'une pratique conventionnelle modificative.

B. La valeur de la pratique modificative en droit conventionnel

246. *Difficulté à distinguer les pratiques interprétatives et modificatives* – La pratique des États a par définition la particularité d'être implicite et de ne pas se présenter elle-même comme relevant de l'interprétation ou de la modification. C'est éventuellement au juge de livrer, en cas de contentieux, sa propre qualification. Il ne le fait cependant que rarement. Le devrait-il, d'ailleurs, devant l'accord des États parties au traité ? Ces derniers sont libres de procéder à l'une ou l'autre opération en tant qu'ils sont revêtus d'une compétence générale de création et de modification du droit. C'est donc à eux, prioritairement, de se positionner et de déterminer le sens de leurs conduites, tandis que le juge se limite à sanctionner l'existence de leur commune volonté exprimée par des comportements suffisamment convergents¹⁰⁶⁹. En revanche, face à une pratique incomplète, trop unilatérale, le juge pourrait se voir reprocher d'avoir légiféré. Dans une telle situation, il est donc plus enclin à rester dans le domaine des considérations interprétatives. Pour ces raisons, certains auteurs préfèrent se représenter le phénomène des pratiques ultérieures comme une sorte de *continuum* entre, d'un côté, la pratique purement applicative d'un traité et, de l'autre, celle susceptible d'aboutir à sa modification ou son abrogation. C'est le cas de G. Distefano, selon qui le comportement de l'État aurait ainsi un « poids normateur » variable selon les cas¹⁰⁷⁰. Dans la même veine, R. Kolb, résume la problématique en établissant un lien logique entre, d'une part, la distinction entre interprétation et modification et, d'autre part, la question de l'existence d'une pratique plus ou moins partagée par les parties :

« [L']équation doit être la suivante : plus une pratique subséquente est constante, claire et commune, et plus elle pourra opérer de façon dérogatoire (modification) ; plus elle est intermittente, incertaine et isolée, et plus elle sera limitée à un simple indice interprétatif à appréhender plus ou moins strictement selon qu'elle se révèle trop « unilatéraliste » ou non dans un contexte donné »¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁹ Pour une approche subjective de la distinction, v. par ex., R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 602 : « la question n'est pas de savoir si l'accord ou la pratique ultérieure modifie objectivement ou non l'accord interprété mais de savoir si les intéressés eux-mêmes y voient une modification ou une interprétation ».

¹⁰⁷⁰ G. Distefano, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *AFDI*, vol. 40, 1994, p. 44.

¹⁰⁷¹ R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, *op. cit.*, p. 488.

On peut toutefois en approfondir encore le sens en y ajoutant une variable permettant de tenir compte du degré de détermination de la norme faisant l'objet d'une pratique applicative. En ce sens, la théorie de l'acte juridique telle que présentée dans cette étude, fondée sur le concept de norme d'habilitation, permet, comme on l'a expliqué, de se représenter scientifiquement le point de passage entre l'interprétation et la modification¹⁰⁷². Ainsi, en matière de modification, il s'agit pour les États de transformer l'un des éléments déterminés des différents champs d'une règle régissant leur pouvoir (l'exigence d'un vote affirmatif pour l'adoption d'un acte se transforme en possibilité d'abstention, une frontière fixée entre un point A et un point B est déplacée du point A à un point C, *etc.*), tandis que l'interprétation s'insère dans les marges d'appréciation laissées par la part d'indétermination de certains de ces champs (la règle ne précise pas que le vote s'effectue à main levée ou à bulletin secret, un organe peut s'intéresser à un champ d'application relativement indéterminé, par exemple toute « menace à la paix et à la sécurité internationales », *etc.*). Par conséquent, plus la règle est indéterminée, plus la pratique a vocation à rester dans le domaine de l'interprétation et, inversement, plus elle est déterminée plus une pratique concordante peut potentiellement s'en écarter.

En outre, cette approche permet également de distinguer la pratique modificative du concept d'interprétation évolutive. Cette dernière peut être vue, comme l'a fait la CIJ dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* (2009), comme rattachable à la volonté initiale des rédacteurs du traité :

« il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été, ou peut être présumée avoir été, de conférer aux termes employés – ou à certains d'entre eux – un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international. En pareil cas, c'est précisément pour se conformer à la commune intention des parties lors de la conclusion du traité, et non pas pour s'en écarter, qu'il conviendra de tenir compte du sens que les termes en question ont pu acquérir à chacun des moments où l'application du traité doit avoir lieu »¹⁰⁷³.

En rappelant en quelque sorte la parabole du bateau de Thésée, l'interprétation évolutive peut permettre de s'écarter totalement du ou des sens initiaux possibles des termes d'un traité ; pour autant, elle ne constitue pas une modification telle qu'on se la représente ici car elle est

¹⁰⁷² V. *supra*, § 136 et §§ 226-227.

¹⁰⁷³ CIJ, arrêt du 13 juillet 2009, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, *Rec.*, § 64 et § 67 : « [t]el est le cas, en l'espèce, en ce qui concerne le terme « comercio » employé à l'article VI du traité de 1858. D'une part, il s'agit d'un terme générique, qui se réfère à une catégorie d'activités. D'autre part, le traité de 1858 a été conclu sans limite de durée ; il était destiné, dès l'origine, à créer un régime juridique caractérisé par la pérennité ». Le terme peut donc renvoyer au transport de personnes en plus du transport de marchandises (§ 71).

le résultat d'une identité projetée entre l'initial et l'existant¹⁰⁷⁴. Une modification, quant à elle, correspond à l'exercice d'un pouvoir particulier permettant de transformer un élément déterminé d'une norme en un autre élément déterminé de signification différente.

247. *Le rejet du principe lors de la conférence de Vienne et la position ambiguë du Rapporteur spécial de la CDI sur les pratiques subséquentes* – La Convention de Vienne de 1969 se limite à reconnaître la portée des pratiques étatiques ultérieures aux seules fins de l'interprétation du traité (article 31, § 3 b)). Pourtant, dans son projet de 1966, la CDI proposait un article 38 permettant également de tenir compte des pratiques modificatives¹⁰⁷⁵. Il fut rejeté lors de la conférence de Vienne. Ce sont essentiellement des arguments commandés par la prudence qui vinrent au soutien de la position majoritaire de l'époque. Il s'agissait de ne pas risquer de légaliser les violations éventuelles des traités et de privilégier les procédures formelles d'amendement ; en somme, de ne pas réinstaurer du rapport de force là où le cadre imposé par la procédure conventionnelle infusait un certain apaisement par une plus grande prévisibilité des rapports juridiques¹⁰⁷⁶. D'autres arguments consistaient à éviter le contournement des règles constitutionnelles internes relatives à la conclusion des traités ou encore à éviter leur modification en raison de la pratique de fonctionnaires subalternes¹⁰⁷⁷.

Cela dit, certains auteurs notent que la suppression du projet d'article 38 n'implique en rien la disparition d'une règle coutumière allant en ce sens¹⁰⁷⁸. Cependant, la question de son articulation avec le régime de Vienne, qui privilégie l'amendement formel (article 39), oppose deux approches. Selon une première, il serait permis d'envisager une sorte de parallélisme entre les paragraphes 3 a) et 3 b) de l'article 31 pour l'interprétation, d'un côté, et l'article 39 (amendement exprès) et la coutume supplétive (pratique ultérieure établissant un accord modificatif) de l'autre¹⁰⁷⁹. Une seconde approche, préférée par le Rapporteur spécial de la CDI

¹⁰⁷⁴ Laissé à quai pour entretenir le souvenir de son aventure, le bateau de Thésée n'avait un jour plus rien de commun, tant il fut restauré et les pièces remplacées, avec le matériel qui le constituait au départ, et pourtant son identité demeurerait aux yeux des Athéniens.

¹⁰⁷⁵ Le projet d'article 38 était rédigé ainsi : « [u]n traité peut être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité lorsque celle-ci établit l'accord pour modifier les dispositions du traité », v. CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *op. cit.*, p. 257.

¹⁰⁷⁶ Pour un aperçu général des débats autour du projet d'article 38 de la CDI à l'occasion de la conférence de Vienne, v. par exemple G. Distefano, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *op. cit.*, pp. 55-61.

¹⁰⁷⁷ CDI, « Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, pp. 55-56, §§ 118-122.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 57, § 122 et les multiples références citées ; M. K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », p. 51 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de volonté*, *op. cit.*, p. 327.

¹⁰⁷⁹ V. par ex. J.-P. Cot, « La conduite subséquente des parties à un traité », *op. cit.*, p. 665 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 329.

sur les accords et la pratique ultérieurs aux traités, s'avère nettement plus prudente et laisse une place infinitésimale à un éventuel principe coutumier octroyant la valeur d'un amendement conventionnel à la pratique concordante des États. G. Nolte considère qu'en cas de silence du traité sur ce point, aucune règle supplétive claire ne permet de prendre en compte la pratique modificative des parties¹⁰⁸⁰. Il adopte alors une position ambiguë consistant à affirmer que selon la jurisprudence internationale, « en l'absence de dispositions conventionnelles à l'effet contraire, la pratique ultérieure convenue entre les parties peut modifier légèrement un traité, mais il n'est pas du tout certain que la pratique ait réellement cet effet »¹⁰⁸¹. Il cherche en ce sens à ramener la pratique étatique ultérieure sous le giron de l'interprétation *lato sensu*, évolutive si besoin, en posant une présomption selon laquelle les parties à un traité, par leurs accords et leurs pratiques, auraient l'intention de l'interpréter et non de le modifier¹⁰⁸². Pareil excès de prudence revient toutefois à nier une bonne partie de la pratique des tribunaux internationaux ainsi que la distinction théorique entre interprétation et modification. Exiger un niveau élevé de preuve afin d'établir l'accord modificatif tacite des parties serait une chose. Affirmer que « [l]a possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne modifier un traité n'est pas généralement reconnue »¹⁰⁸³ en est une autre et transforme la réalité des pouvoirs reconnus aux États et des principes régissant les adaptations éventuelles du droit aux faits.

248. La reconnaissance jurisprudentielle du principe – Il est permis d'affirmer, comme l'a fait G. Nolte, que la position de la CIJ manque parfois de clarté sur la question de l'admission des pratiques conventionnelles modificatives¹⁰⁸⁴. Il cite à ce titre l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* (2009) dans laquelle la Cour note que « la prise en compte de la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31-3-b) de la convention de Vienne, peut conduire à s'écarter de l'intention originale sur la base d'un accord tacite entre les parties »¹⁰⁸⁵. Toutefois, comme on l'a vu plus haut, la Cour se situe, dans ce même paragraphe, dans le cadre d'une réflexion liée à l'interprétation

¹⁰⁸⁰ CDI, « Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 63, § 140.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 64 ; § 142.

¹⁰⁸² *Ibid.*, p. 74, § 166, projet de conclusion 11, § 2, « [l]orsqu'elles adoptent un accord ultérieur ou une pratique ultérieure, les parties à un traité sont présumées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de le modifier (...) ».

¹⁰⁸³ *Ibid.*

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 58, § 124 et p. 63, § 138 où, inversement, le Rapporteur spécial soutient de manière assez contradictoire que la CIJ « semble avoir reconnu, en termes généraux, que c'était possible, sans toutefois appliquer la règle dans une affaire en particulier ».

¹⁰⁸⁵ CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, préc., § 64.

évolutive d'une disposition du Traité de 1858 relative au commerce par bateau, ce qui semble expliquer sa référence à l'article 31 de la Convention de 1969¹⁰⁸⁶. Certes, dans aucune affaire elle n'a reconnu explicitement le principe des pratiques conventionnelles modificatives. Cependant, dans bien des cas elle en a constaté la valeur. Or, si elle le fait, il apparaît difficile de se limiter simplement à ce qu'elle ne dit pas. On sait, par exemple, que la Cour a admis la modification de l'article 27, § 3 de la Charte des Nations Unies, en soulignant que :

« la pratique de l'abstention volontaire d'un membre permanent a toujours et uniformément été interprétée, à en juger d'après les décisions de la présidence et les positions prises par les membres du Conseil, en particulier par les membres permanents, comme ne faisant pas obstacle à l'adoption de résolutions »¹⁰⁸⁷.

Il ne s'agissait d'ailleurs que de la pratique de certains États, qu'elle s'est dès lors empressée de multilatéraliser en précisant qu'elle « a[vait] été généralement acceptée par les Membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'Organisation »¹⁰⁸⁸. C'est surtout dans le domaine des contentieux territoriaux que la Cour a été la plus encline à admettre que la pratique des États était susceptible de modifier la teneur de certains titres, soit conventionnels, soit obtenus en application du principe de *l'uti possidetis juris* (la Cour opérant des renvois entre les arrêts relatifs aux deux hypothèses). Dans les deux hypothèses, la possession effective d'un État face à la passivité du détenteur originel du titre sur la zone contestée a pu mener à la modification d'un tracé frontalier. Ce fut le cas dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))* (1992) :

« la Chambre n'estime pas que l'application du principe de *l'uti possidetis juris* dans l'Amérique espagnole avait pour effet de figer pour toujours les limites des provinces qui, avec l'indépendance, ont constitué les frontières entre les nouveaux États. Il était évidemment loisible à ces États de modifier par un accord les frontières les séparant ; et certaines formes d'activité ou d'inactivité pourraient valoir acquiescement à une limite différente de celle de 1821. (...) La situation était susceptible d'être modifiée par acquiescement au cours de la longue période qui s'est écoulée depuis, et la Chambre estime que la conduite du Honduras, de 1881 à 1972, peut être considérée comme équivalant à un acquiescement à une limite correspondant à une ligne de démarcation entre les terres de Tepanguisir attribuées à Citala et celles d'Ocotepeque »¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ V. *supra*, § 246.

¹⁰⁸⁷ CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain)*, avis préc., § 22.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.* V. aussi, CIJ, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec., § 27, où la Cour tient compte de la pratique de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies.

¹⁰⁸⁹ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, préc., § 80.

De la même façon, la Cour l'admit très clairement dans l'affaire *Pedra Branca* (2008), cette fois à propos d'un titre conventionnel :

« [u]n changement de titulaire de la souveraineté pourrait avoir résulté d'un accord entre les deux États en question, accord qui pourrait avoir pris la forme d'un traité (...) ou avoir été tacite et découler du comportement des parties. (...) Dans certaines circonstances, la souveraineté sur un territoire peut passer à un autre État en l'absence de réaction de celui qui la détenait face au comportement de cet autre État agissant à titre de souverain (...). De telles manifestations peuvent appeler une réponse, en l'absence de laquelle elles deviennent opposables à l'État en question. L'absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement »¹⁰⁹⁰.

Compte tenu du comportement des parties, la CIJ a reconnu la disparition du titre initialement détenu par la Malaisie au profit de Singapour¹⁰⁹¹. Dans d'autres affaires, où elle a certes refusé de reconnaître la modification d'un tracé frontalier du fait de la pratique des parties, la Cour a au moins reconnu que cela était possible et a mené à ce titre une analyse de la conduite respective des États. Cela apparaît nettement dans l'*Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)* (1959) :

« [i]l y a là une revendication de souveraineté contraire au titre établi par le traité. En vertu de la Convention de délimitation, la souveraineté appartenait à la Belgique. La question qui se pose à la Cour est de savoir si la Belgique a perdu cette souveraineté, faute d'avoir affirmé ses droits et pour avoir acquiescé à des actes de souveraineté prétendument exercés par les Pays-Bas à différentes reprises depuis 1843 »¹⁰⁹².

De même, dans l'*Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (2002), la Cour a souligné que « la conduite du Cameroun sur le territoire en cause n'est pertinente que pour déterminer s'il a acquiescé à une modification du titre conventionnel, éventualité qui ne peut être entièrement exclue en droit »¹⁰⁹³.

Si la CIJ octroie une valeur aux pratiques conventionnelles modificatives sans affirmer explicitement l'existence d'un principe général, la jurisprudence d'autres tribunaux apparaît à cet égard moins pudique. Dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord aérien* ayant opposé en 1963 les États-Unis d'Amérique à la France, le tribunal composé de R. Ago, P. Reuter et H. de Vries

¹⁰⁹⁰ CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, préc., § 121. V. aussi l'affaire de l'*Île de Palmas (Pays Bas/États-Unis)*, SA préc., p. 198, où l'arbitre Max Huber reconnaît la valeur de l'inaction face à la possession effective d'un territoire.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, §§ 276-277.

¹⁰⁹² CIJ, arrêt du 20 juin 1959, *Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, Rec., p. 227.

¹⁰⁹³ CIJ, arrêt du 10 octobre 2002, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante))*, Rec., § 68, se référant à l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenante))*, préc., § 80, ce qui montre que la prise en compte de la pratique modificative des États suit une logique identique en matière conventionnelle et en cas d'application du principe de *uti possidetis juris*.

a constaté que la desserte de la Turquie et de Téhéran accordée par les autorités françaises à la Pan American Airways était contraire au traité conclu en 1949. Cependant, l'autorisation puis le silence des autorités françaises face à cette pratique furent analysés comme ayant une portée modificative. Selon les termes de la décision :

« [u]ne telle conduite peut en effet, entrer en ligne de compte, non pas simplement comme un moyen utile aux fins d'interprétation de l'accord, mais comme quelque chose de plus : à savoir, comme source possible d'une modification postérieure découlant de certains actes ou de certaines attitudes et touchant la situation juridique des parties et les droits que chacune d'elles pourrait légitimement faire valoir »¹⁰⁹⁴.

La CEDH a admis, dans la même veine, « qu'une pratique établie au sein des États membres pourrait donner lieu à une modification de la Convention »¹⁰⁹⁵. Dès lors, dans l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (2009), elle a considéré que la pratique constante des États, combinée à l'adhésion quasi généralisée au Protocole n° 13, permettaient de considérer que l'article 2 pouvait être lu comme interdisant la peine de mort en toutes circonstances¹⁰⁹⁶. Toutefois, c'est pour l'essentiel en matière territoriale, de nouveau, que le principe fut le plus évoqué. Par exemple, dans l'*Affaire du frontalier entre Dubaï et Sharjah* (1981), le Tribunal arbitral a pu souligner que :

*« there is a substantial body of case law which indicate that, when one State engages in activity, by means of which it seeks to acquire a right or to change an existing situation, a lack of reaction by another State at whose expense such activity is carried out, will result in the latter forfeiting the rights which it could have claimed »*¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁴ Affaire de l'Interprétation de l'accord aérien du 27 mars 1946 (États-Unis/France), SA préc., p. 249. Le Tribunal précise ensuite, pp. 249-250 : « [c]e qu'on a surtout en vue ce sont les cas où un consentement ouvert ou implicite a été donné à une certaine prétention ou à l'exercice d'une certaine activité, ou des cas où une attitude – soit-il ou non correct de la décrire comme une forme de consentement tacite – a certainement des effets équivalents à un consentement proprement dit quant à la situation de droit qui en résulte entre les Parties ».

¹⁰⁹⁵ CEDH, arrêt du 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, requête n° 61498/08, § 119, s'appuyant sur l'arrêt du 7 juillet 1989 (plénière), *Soering c. Royaume-Uni*, requête n° 14038/88, § 103 où la Cour avait déjà admis le principe des pratiques modificatives sans toutefois constater d'accord sur la peine capitale dans la mesure où les parties avaient opté pour l'adoption d'un Protocole particulier « laissant à chaque État le choix du moment où il assumerait pareil engagement ». La prise en compte de la pratique dérogatoire des États a encore été récemment confirmé, par ex. CEDH, arrêt 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, requête n° 29750/09, §§ 100-101.

¹⁰⁹⁶ CEDH, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, préc., § 120.

¹⁰⁹⁷ *Affaire du Différend frontalier entre Dubaï et Sharjah (Dubaï/Sharjah)*, SA du 19 octobre 1981, ILR, vol. 91, 1993, p. 622, v. aussi p. 623 : « [i]t emerges from this analysis that a State must react, although using peaceful means, when it considers that one of its rights is threatened by the action of another State. Such a rule is perfectly logical as lack of action in a situation like this can mean two things: either the State does not believe that it really possesses the disputed right, or for its own private reasons, it decides not to maintain it ». V. aussi, sur l'acceptation du principe au moins, *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, SA du 29 septembre 1988, RSA, vol. XX, §§ 209-211 ; *Délimitation de la frontière maritime entre l'Érythrée et l'Éthiopie (Érythrée/Éthiopie)*, SA préc., §§ 3.6-3.10.

In fine, seul l'Organe d'appel de l'OMC semble avoir renoncé clairement à la prise en compte de l'éventuelle pratique modificative des États¹⁰⁹⁸. Il convient cependant de souligner, à ce propos, que cela n'entre probablement pas dans son rôle compte tenu du fait que l'article 3.2. du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends dispose que « [l]es recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés »¹⁰⁹⁹. À l'inverse, lorsque la CIJ ou certains tribunaux arbitraux ont agi sur le fondement d'un compromis renvoyant simplement, au titre du droit applicable, au droit international général, ils ne se sont pas privés de tenir compte d'éventuelles pratiques modificatives¹¹⁰⁰.

En somme, comme en matière d'interprétation, la pratique unilatérale d'un ou plusieurs États dans le cadre de l'application d'un traité peut avoir pour cause la modification de son contenu. Dès lors que cette pratique apparaît suffisamment dense et uniforme, il est possible qu'elle génère une prétention modificative sommant les autres parties de réagir. Dans ces conditions, leur silence peut alors se voir attribuer, s'ils en ont bien connaissance et après un certain délai, la valeur d'un acquiescement. Autrement dit, leur silence vient dans ce cas s'ajouter à la prétention (ou s'en accommode simplement) pour constituer une pratique commune dont il peut être déduit l'accord authentique des parties.

C. La valeur de la pratique modificative en droit coutumier

249. *Un retour vers la logique du précédent* – Si le droit des traités admet, à divers titres, la prise en compte de la pratique des États, il demeure gouverné par un objectif de stabilité. Le droit coutumier est, quant à lui, le domaine privilégié de l'adaptation du droit aux faits et remplit en ce sens une fonction de « relâchement des tensions »¹¹⁰¹. Comme on l'a évoqué, en

¹⁰⁹⁸ V. par ex. l'affaire *CE – Bananes III*, rapport de l'Organe d'appel du 26 novembre 2008, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, §§ 391-393.

¹⁰⁹⁹ Le rappel provient de G. Nolte, CDI, « Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 61, § 132.

¹¹⁰⁰ V. en particulier l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre l'Érythrée et l'Éthiopie (Érythrée/Éthiopie)*, SA préc., § 3.15 : « [t]he Commission reaches the same conclusion as the International Court of Justice. It does not read the reference to "applicable international law" as being limited to the law relating to the interpretation of treaties. Thus it finds itself unable to accept the contention advanced by Ethiopia that the Commission should determine the boundary exclusively on the basis of the three specified Treaties as interpreted in accordance with the rules of international law governing treaty interpretation. The Commission considers that it is required also to apply those rules of international law applicable generally to the determination of disputed borders including, in particular, the rules relating to the effect of conduct of the parties ». Plus généralement, v. les réflexions d'A. Marie sur ce point, qui considère au regard de la pratique de la CIJ et des tribunaux qu'un renvoi aux « règles et principes du droit international » constitue une autorisation suffisante, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 340-343.

¹¹⁰¹ R. Kolb, *Théorie du droit international*, *op. cit.*, p. 173.

s'appuyant notamment sur les travaux récents de M. Wood à la CDI, une règle coutumière se forme lorsque deux éléments sont réunis : une pratique étatique suffisamment générale et constante ainsi qu'une *opinio juris*¹¹⁰². La problématique de la mutation d'une règle coutumière établie se pose assez logiquement en des termes identiques. Dans ces conditions, la pratique unilatérale d'un État contraire à une coutume, en tant qu'elle est et demeure isolée, est insuffisante à obtenir le statut de prétention modificative. On l'a dit, elle constitue purement et simplement un fait illicite¹¹⁰³. Ce n'est que dans l'hypothèse où elle est reprise par le même État ou par d'autres, et devient alors pour eux un précédent ayant une fonction persuasive, que la question de la modification de la règle se pose. Dans une telle situation, une certaine tension prospective naît entre le droit existant et le droit prétendu, au sens où chaque violation apparaît à la fois comme « déconstitutive » de la règle positive et potentiellement constitutive d'une règle nouvelle¹¹⁰⁴. Or, pour parvenir au renversement souhaité, la pratique des États doit atteindre un certain seuil d'intensité et de partage, un « *tipping point* »¹¹⁰⁵, lui permettant, alors qu'elle n'est pas encore suffisamment générale, d'obtenir à tout le moins le statut de prétention modificative poussant les autres États à réagir¹¹⁰⁶.

250. Illustrations – Il est arrivé que la question se pose devant la CIJ. Dans l'affaire *Nicaragua* (1986), la Cour s'est interrogée sur la question de savoir si certaines interventions en territoire étranger devaient être considérées comme impliquant une volonté d'aménager une exception au principe coutumier de non-intervention dans les affaires intérieures :

« [L]a Cour doit examiner s'il n'existerait pas des signes d'une pratique dénotant la croyance en une sorte de droit général qui autoriserait les États à intervenir, directement ou non, avec ou sans force armée, pour appuyer l'opposition interne d'un autre État, dont la cause paraîtrait particulièrement digne en raison des valeurs politiques et morales avec lesquelles elle s'identifierait. L'apparition d'un tel droit général supposerait une modification fondamentale du droit international coutumier relatif au principe de non-intervention »¹¹⁰⁷.

À cette occasion, l'arrêt évoque la condition essentielle du passage, pour un certain comportement, du statut de fait illicite à celui de prétention modificative en soulignant que

¹¹⁰² V. *supra*, § 71, et not. CDI, « Deuxième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », *op. cit.*, pp. 7-15, §§ 21-30.

¹¹⁰³ V. *supra*, § 235.

¹¹⁰⁴ A. Hamann, « L'autorité du précédent », *op. cit.*, p. 176.

¹¹⁰⁵ P.-H. Verdier, E. Voeten, « Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: an Explanatory Theory », *op. cit.*, p. 405, avec un schéma représentant la courbe théorique du processus de modification d'une coutume.

¹¹⁰⁶ Sur les conditions et la preuve de l'opposabilité de ce type de prétentions en tant qu'instruments sommant les tiers de réagir, v. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹¹⁰⁷ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, préc., § 206.

« [l']invocation par un État d'un droit nouveau ou d'une exception sans précédent au principe pourrait, *si elle était partagée par d'autres États*, tendre à modifier le droit international coutumier »¹¹⁰⁸. Cependant, la Cour constata que les États-Unis d'Amérique n'avaient jamais prétendu se fonder sur un droit nouveau. Bien au contraire, seules des règles classiques telles que la légitime défense collective furent invoquées¹¹⁰⁹. Elle rejeta alors rapidement l'hypothèse d'une mutation du droit coutumier.

Dans le même ordre d'idée, dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)* (2012), la Cour fut poussée à « rechercher si le droit international coutumier a[vait] évolué au point d'interdire à un État de se prévaloir de son immunité en cas de violations graves des droits de l'homme ou du droit des conflits armés »¹¹¹⁰. Elle constata toutefois d'emblée qu'aucune pratique étatique ne venait étayer la position exprimée par les décisions de la justice italienne à l'origine du litige. Le plus intéressant, à cet égard, vient certainement de la position de l'Italie, qui assumait ouvertement le caractère douteux de l'évolution du droit coutumier en la matière, laissant apparaître le fait que le pouvoir exécutif ne soutenait pas la position des organes juridictionnels internes¹¹¹¹.

Au-delà des cas de coutumes générales, il est aussi permis d'envisager l'apparition de coutumes régionales ou locales, par définition dérogeant aux premières. L'hypothèse a été admise par la CIJ dans plusieurs affaires¹¹¹². Cependant, comme le précise M. Wood dans son troisième rapport sur la détermination du droit coutumier, il convient de déterminer clairement dans pareil cas les États qui y prennent part et acceptent la règle spéciale¹¹¹³. C'est donc un critère plus strict qui s'applique, exigeant l'établissement de leur participation directe au processus en même temps que la preuve de leur affranchissement, dans leurs rapports mutuels, vis-à-vis de la règle générale¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, § 207, italique ajouté.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, § 208.

¹¹¹⁰ CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, préc., § 83.

¹¹¹¹ *Ibid.*, § 86 : « [s]i [elle] reconnaît que, dans ce domaine, le droit de l'immunité des États est en pleine évolution, elle admet également qu'on ne peut dire à ce stade si cette évolution aboutira à une nouvelle exception générale à l'immunité ».

¹¹¹² V. not. CIJ, *Affaire du droit d'asile*, préc., pp. 277-278 ; CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, préc., p. 39.

¹¹¹³ CDI, « Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier », *op. cit.*, pp. 59-60, § 83 et le projet de conclusion p. 61, § 84, dont le § 2 prévoit que « [p]our établir l'existence et le contenu d'une coutume particulière, il est nécessaire de déterminer s'il existe une pratique générale acceptée *par tous les États concernés* comme étant le droit », italique ajouté.

¹¹¹⁴ V. par ex. M. Forteau, « Regional International Law », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (version en ligne), septembre 2006, § 20.

Enfin, la problématique de la mutation des règles coutumières est aussi l'occasion de revenir sur la question plus globale de la formation des règles relatives aux compétences extraterritoriales des États. On l'a dit, dans la mesure où, dans l'ordre international, chacun apprécie pour lui-même sa situation juridique et *a fortiori* ses compétences à l'égard d'une certaine situation, la formation de ces règles tend à se confondre avec l'exercice du pouvoir qu'elles ont vocation à encadrer. Or, compte tenu du contenu relativement indéterminé de ces règles coutumières, les prétentions qui en découlent peuvent être présumées interprétatives. Néanmoins, dans certains cas, les États émettent des prétentions offensives à l'égard des compétences réservées en principe aux tiers, ce qui suppose la formulation de prétentions modificatives. En ce sens, comme a pu le rappeler M. Cosnard, « [c]e n'est qu'à partir du moment où un État prétend fonder sa compétence sur [un] titre [inédit] que l'on pourra évaluer sa licéité, notamment au regard des réactions des États, qui lui donneront une validité, une opposabilité internationale »¹¹¹⁵. En la matière, les prétentions parfois exorbitantes des autorités états-uniennes livrent de bonnes illustrations de comportements isolés et contestés. On a déjà évoqué le cas des lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy¹¹¹⁶. On peut y ajouter l'affaire du gazoduc eurosibérien : les États-Unis d'Amérique prétendaient en 1982 exercer leurs compétences sur des sociétés étrangères pour des activités opérées à l'étranger en raison de l'utilisation de leurs technologies, ce qui généra une vague de contestations¹¹¹⁷.

* *

La pratique des États est apte à manifester l'exercice d'un pouvoir d'émettre divers types de prétentions normatives unilatérales, à la condition que cette pratique apparaisse suffisamment cohérente. Lorsqu'un tel critère est satisfait, il en ressort des prétentions *stricto sensu* sommant les tiers de réagir. Ces prétentions peuvent être interprétatives ou modificatives et porter sur un fondement conventionnel ou coutumier. Dans tous les cas, le processus de formation de ces prétentions se situe en amont de la constitution d'une pratique commune et authentique des États intéressés à laquelle est *in fine* attribuée la valeur d'interprétation ou de modification du droit. En ce sens, l'unilatéralisme réside dans cette possibilité pour un ou plusieurs États d'adopter une pratique poussant les tiers intéressés à réagir et *a fortiori*, à y participer en la contestant ou en l'approuvant.

¹¹¹⁵ M. Cosnard, « Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays », *op. cit.*, p. 38.

¹¹¹⁶ V. *supra*, § 81.

¹¹¹⁷ V. la protestation des Communautés européennes, *ILM*, vol. 21, 1982, pp. 891-904, § 30.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

251. Lorsque les États adoptent des actes unilatéraux sur le fondement de normes d'habilitation totalement ou partiellement déterminées, il peut en ressortir selon les cas diverses prétentions normatives interprétatives ou modificatives. S'il s'agit, en premier lieu, d'actes isolés, les États ne peuvent agir que dans le cadre des marges d'appréciation laissées par ces habilitations et formuler des prétentions interprétatives. Dans ce cas, d'un côté, plus une règle apparaît clairement déterminée, plus les marges de liberté sont réduites et moins il y a de chances que les actes pris sur un tel fondement véhiculent des prétentions. Un comportement qui en postulerait le rejet ou la modification, quant à lui, apparaîtrait simplement contraire aux éléments déterminés de l'habilitation et donc illicite et inopposable ; il ne peut faire advenir aucune prétention *stricto sensu*. D'un autre côté, moins une règle d'habilitation est déterminée, plus les marges d'appréciation des États sont importantes. Les actes étatiques pris sur un tel fondement véhiculent ainsi plus aisément des prétentions interprétatives.

En second lieu, la logique apparaît différente dans le cas des pratiques étatiques continues. Il peut certes en découler, dans les mêmes conditions, des prétentions interprétatives. Toutefois, elles peuvent également faire naître des prétentions modificatives. Pour cela, la pratique étatique doit être suffisamment cohérente pour manifester la remise en cause du statut normatif d'une habilitation et de ces éléments déterminés. La cause d'une telle pratique apparaît alors substitutive dans la mesure où elle manifeste une prétention consistant à se fonder sur une règle nouvelle.

Les causes objectives des prétentions normatives résultant d'actes unilatéraux pris sur le fondement de la liberté résiduelle des États sont différentes. Ces derniers ne peuvent adopter dans ce cadre que des prétentions visant à attribuer aux tiers des droits nouveaux ou à éteindre leurs droits propres.

CHAPITRE 2

LES PRETENTIONS VISANT LA CREATION OU L'EXTINCTION DE DROITS

252. En agissant sur le fondement de leur liberté souveraine résiduelle, qui constitue une habilitation dont les champs sont indéterminés, les États peuvent en principe formuler tout type de prétentions dont l'objet serait inédit. Autrement dit, contrairement aux cas précédemment évoqués, il ne s'agit pas d'interpréter ou modifier l'habilitation qui le fonde à agir mais d'agir de manière plus générale sur l'état du droit. Cependant, dans la mesure où cette liberté est extrinsèquement limitée par le droit en vigueur et opposable, selon les cas, à chaque État, ils ne peuvent revenir unilatéralement sur les droits et pouvoirs reconnus aux tiers. C'est la raison pour laquelle, en matière d'actes unilatéraux étatiques, il est fréquemment rappelé que les États ne peuvent régir leurs pairs sans leur consentement¹¹¹⁸. Le principe connaît néanmoins différentes exceptions. Il est en effet reconnu aux États une faculté de prétendre générer des normes nouvelles ou d'en éteindre certaines dans les cas où cela respecterait le droit international et serait bénéfique aux intérêts des tiers. En la matière, trois procédés peuvent être distingués. D'une part, les États peuvent formuler des promesses et limiter ainsi le champ des prérogatives qui leur sont normalement reconnues (**Section 1**). D'autre part, il leur est possible d'octroyer aux tiers de nouveaux pouvoirs légaux afin que ces derniers puissent en faire librement usage dans les limites du cadre déterminé (**Section 2**). Enfin, les États peuvent simplement renoncer à l'un ou plusieurs de leurs droits, libérant par la même occasion le ou les tiers concernés de leurs obligations corrélatives (**Section 3**).

Section 1. Les actes générateurs d'engagements : les promesses

253. Définition théorique et unité du phénomène – Selon les définitions répandues, un « engagement » peut tout autant désigner un acte juridique qui consiste à s'obliger que l'obligation elle-même qui peut en résulter¹¹¹⁹. La notion est donc susceptible de renvoyer à la

¹¹¹⁸ V. par ex. C. Santulli, *Introduction au droit international*, op. cit., p. 122. Et plus généralement, sur les limites extrinsèques à la liberté résiduelle des États, v. *supra*, §§ 210 et s.

¹¹¹⁹ Le caractère polysémique de la notion est noté dans différents dictionnaires : J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., pp. 426-427 ; G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., pp. 397-398.

méthode comme au résultat. Cela dit, du point de vue de sa cause, ce n'est pas l'acte en tant qu'instrument qui est utile à la classification mais le résultat qu'il contribue à atteindre par son contenu (*i.e.* son « action illocutoire »). Dès lors, pour ce qui relève de cette étude, l'engagement renvoie à l'effet recherché, c'est-à-dire au fait pour l'État de s'obliger à faire ou ne pas faire quelque chose, obligation dont le corollaire est la naissance d'un droit dans le chef d'autres sujets. En ce sens, par sa promesse, l'État s'engage à adopter pour l'avenir un certain comportement ; il propose une restriction de sa liberté d'action¹¹²⁰.

Si cette définition théorique ne génère pas de débat, il en va autrement pour l'identification d'une catégorie légale visant à circonscrire le phénomène des promesses et leurs effets. À cet égard, plusieurs distinctions sont possibles selon le critère privilégié. D'une part, la question de leur objet a pu susciter quelques controverses, en particulier dans le but de justifier la vision restrictive des actes unilatéraux purement autonomes (§1). D'autre part, les promesses peuvent être distinguées selon la qualité de leurs destinataires. Sous cet angle, l'étude de la pratique révèle, dans un contexte de diversification des relations internationales, le développement d'engagements unilatéraux destinés à des sujets non étatiques (§2). Enfin, il est encore possible de proposer une typologie des promesses à raison du nombre de leurs auteurs. Il n'existe en effet aucun obstacle à ce que plusieurs États s'engagent collectivement à l'égard d'un ou plusieurs tiers. Il est alors permis d'y assimiler le procédé conventionnel de la stipulation de droits pour autrui (§3). Cependant, ces distinctions ne font que refléter certaines caractéristiques particulières des promesses sans remettre en cause l'unité du phénomène consistant pour leurs auteurs à chercher à générer ou à tout le moins confirmer un droit dans le chef d'un ou plusieurs tiers.

§1. Typologie des promesses selon leur objet

254. *Position du problème* – Dans le cadre des recherches doctrinales ayant trait à la définition des actes unilatéraux en tant que nouvelle catégorie de sources du droit international, les partisans de la conception restrictive ont eu tendance à opérer une classification entre les promesses selon que certaines s'avéraient plus ou moins « autonomes » par rapport à d'autres sources existantes. Cependant, il convient de noter à cet égard que la

¹¹²⁰ V. par ex. C. Rousseau, *Droit international public, op. cit.*, p. 423 ; F. Poirat, « Actes unilatéraux », in D. Alland (dir.), *Droit international public, op. cit.*, p. 317 ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, pp. 397-398 ; C. Santulli, *Introduction au droit international, op. cit.*, p. 122, où l'auteur évoque plutôt la notion d'« auto-engagement » que celle de promesse inspirée du droit civil.

recherche d'une autonomie fondée sur le contenu des promesses dans le but de décider quelles sont celles, d'un point de vue formel, qui méritent le qualificatif « unilatérale » révèle une certaine contradiction. On ne peut en effet considérer qu'une promesse est « purement unilatérale » sous prétexte qu'elle génère une obligation nouvelle et indépendante d'autres sources internationales car cela revient à tirer du contenu de celle-ci une conséquence attachée à la nature de l'instrument¹¹²¹. La question de l'autonomie permet simplement de souligner le degré de rattachement de la promesse à un rapport de droit préétabli. En ce sens, selon ses intérêts et le contexte dans lequel il agit (éventuellement des sollicitations auxquelles il voudrait répondre), un État est libre de formuler une promesse purement confirmative d'une obligation existante¹¹²², de préciser le contenu d'une obligation générale ou de formuler une obligation nouvelle et indépendante d'autres sources.

255. Les promesses visant à confirmer le maintien et/ou l'exécution d'une obligation – La promesse dite « confirmative » d'un État peut intervenir à diverses occasions. Soit il existe un doute sur l'existence ou le maintien d'une obligation. Soit les circonstances laissent penser que son exécution risque de ne pas être assurée. Dans la plupart des cas, une promesse est formulée dans le but de fournir une assurance diplomatique à un tiers qui souhaiterait voir confirmer l'existence et/ou la mise en œuvre de l'obligation en cause. En ce sens, par exemple, dans l'affaire *Mavrommatis* (1925), la promesse britannique visait à répondre à la sollicitation de la Grèce quant à la situation relativement floue de l'intéressé. Celui-ci se voyait menacé par la possibilité qu'il soit exproprié en raison des dispositions du nouveau contrat passé par le Royaume-Uni avec M. Rutenberg, qui offrait à ce dernier le droit de demander l'annulation des concessions précédentes. M. Rutenberg ayant renoncé à exercer cette faculté, et la Grèce refusant de voir dans cette déclaration une assurance suffisante au maintien des droits de son ressortissant, le Royaume-Uni formula en son nom propre une

¹¹²¹ Ainsi, dans son « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », après avoir écarté de son étude tous les actes qui ne sont pas purement unilatéraux d'un point de vue formel (comme ceux qui répondent à une demande), le Rapporteur spécial de la CDI a aussi entendu écarter les actes dont le contenu n'était pas parfaitement indépendant d'autres sources internationales : « [I]es critères qui semblent utiles pour déterminer le caractère purement unilatéral de cette catégorie d'actes ont trait tout aussi bien à leur forme qu'à leur contenu et à leurs effets », *op. cit.*, p. 26, ou encore « [I]es obligations créées par un acte juridique purement unilatéral ne peuvent cependant incomber qu'au seul État qui réalise l'acte », p. 29. V. aussi E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 111 : « [I]a détection de ces promesses purement unilatérales exige un effort de recherche minutieux afin de déterminer si, derrière la façade de l'unilatéralité formelle d'une déclaration de volonté, ne se cache pas une bilatéralité de fond ».

¹¹²² À côté du débat sur les promesses purement autonomes, les auteurs qui ont cherché à identifier les promesses de nature confirmative s'inscrivaient généralement dans une logique de négation de la possibilité pour un État de s'engager par la voie unilatérale. V. par ex. R. Quadri, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, pp. 365-377 ; A. P. Rubin, « The International Legal Effects of Unilateral Declarations », *op. cit.*, p. 3.

promesse selon laquelle il n'accéderait à aucune demande d'expropriation. Or, si la Cour affirma clairement que l'engagement avait une portée obligatoire pour le Royaume-Uni (ce qui lui permit de ne pas se pencher sur certaines questions de fond), elle considéra toutefois que les obligations supportées par le Royaume-Uni quant à l'administration de la Palestine, en vertu du Protocole XII annexé au Traité de Lausanne, impliquaient le maintien des concessions préexistantes¹¹²³. Autrement dit, la demande grecque était simplement intervenue en amont de l'interprétation claire opérée par la CPJI des obligations pesant sur le Royaume-Uni.

Des promesses purement confirmatives existent également en matière d'extradition. L'État requis peut en effet demander à l'État requérant qu'il lui fournisse une assurance formelle visant à éviter que la personne concernée soit soumise à la peine de mort, à la torture ou des traitements inhumains et dégradants. Pour ce qui concerne la peine de mort, et en dehors de certains régimes régionaux spécifiques, l'État requérant prend dans cette hypothèse un engagement nouveau dans la mesure où cette peine n'est pas interdite par le droit international général. En revanche, lorsque l'État formule l'assurance que la personne extradée ne sera pas soumise à des pratiques assimilables à de la torture, il ne fait en réalité que confirmer sa volonté de respecter une obligation pesant déjà sur lui, la CIJ ayant confirmé qu'il s'agissait d'une norme de *jus cogens*¹¹²⁴. Dans ce cas, du strict point de vue de son objet, la promesse est simplement confirmative. L'État réaffirme son engagement en ce sens afin de satisfaire les exigences de celui qui le sollicite et qui, en l'occurrence, n'est pas certain que l'obligation sera véritablement respectée. Compte tenu de l'objet particulier de ce genre d'assurances, on comprend que la tendance soit dorénavant à la remise en cause de cette pratique. La CEDH refuse en effet de tenir compte des assurances livrées par certains États lorsque des sources fiables font état de pratiques manifestement contraires à la Convention¹¹²⁵.

¹¹²³ CPJI, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem (Grèce c. Grande-Bretagne)*, préc., pp. 38-40. Dans la même veine, v. CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)*, préc., p. 13, dans laquelle la Cour a pris note des déclarations de la partie défenderesse selon lesquelles elle ne procéderait à aucune expropriation alors que la Convention applicable en prévoyait l'interdiction ; CIJ, arrêt du 21 décembre 1962, *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie et Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, Rec., pp. 339-340, les juges ont tenu compte de la déclaration sud-africaine exprimant la volonté de l'État de mettre en œuvre ses obligations découlant du Mandat qui lui avait été octroyé par la défunte Société des Nations. Mais la Cour conclut finalement au maintien de tous les mandats ; *Affaire du Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent (France/Canada)*, SA préc., § 63, 2), où la France a réitéré un engagement au respect des quotas de pêche de morue.

¹¹²⁴ CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt préc., § 99.

¹¹²⁵ Ce point a déjà été évoqué, v. *supra*, § 125, avec les références à la jurisprudence de la CEDH.

Un autre exemple de promesses confirmatives est fourni par ce que le droit de la responsabilité internationale appelle les assurances générales de non-répétition, que l'on distingue ici des « garanties » spécifiques. Un État, qu'il s'agisse de celui qui est directement lésé ou non, peut en effet solliciter pareilles assurances de la part de l'État dont la responsabilité pour fait illicite a été reconnue. Comme l'affirme le commentaire de l'article 30 (Cessation et non-répétition) des articles de la CDI de 2001 sur la responsabilité des États, il s'agit de restaurer et de renforcer pour l'avenir la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte¹¹²⁶. Par exemple, dans l'affaire *LaGrand* (2001), l'Allemagne avait demandé que les États-Unis d'Amérique, à la suite de divers manquements à leur obligation de notification consulaire prévue par l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963, lui fournissent des assurances générales et garanties spécifiques de non-répétition. La Cour prit soin de les distinguer les unes des autres. Elle constata alors que l'Allemagne souhaitait d'abord obtenir de la part des États-Unis « une assurance pure et simple qu'ils ne répéter[aient] pas leurs actes illicites », et ajouta que « [c]ette demande ne précis[ait] pas les moyens à mettre en œuvre pour assurer la non-répétition de tels actes »¹¹²⁷. C'est à ce propos seulement que la Cour considéra que « l'engagement pris par les États-Unis d'assurer la mise en œuvre des mesures spécifiques adoptées en exécution de leurs obligations (...) d[evait] être considéré comme satisfaisant à la demande de l'Allemagne visant à obtenir une assurance générale de non-répétition »¹¹²⁸. Il s'agit donc d'une promesse purement confirmative. Quant aux garanties spécifiques requises, la Cour n'a ni constaté ni exigé d'engagement plus précis et s'est bornée à affirmer que dans les cas de condamnations graves qui seraient prononcées en dépit du respect de l'obligation de notification consulaire, les États-Unis devaient permettre le réexamen et la révision des verdicts et des peines¹¹²⁹.

¹¹²⁶ J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, op. cit., p. 235, § 1 et p. 239, § 11.

¹¹²⁷ CIJ, arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Rec., § 120.

¹¹²⁸ *Ibid.*, § 124 et reproduit dans le dispositif de l'arrêt, § 128, 6), seul point ayant fait l'unanimité. On retrouve exactement le même raisonnement dans l'arrêt du 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, Rec., § 150.

¹¹²⁹ *Ibid.*, § 125, § 127 et aussi reproduit dans le dispositif, § 128, 7). S'agissant des garanties spécifiques de non-répétition, il est plus complexe de déterminer avec précision si elles relèvent d'une simple confirmation de l'obligation violée, d'une précision apportée à l'obligation secondaire de réparation (les deux se recoupant en pratique) ou de la création d'une obligation primaire nouvelle qui s'ajouterait à celle qui a fait l'objet d'une violation. V. notamment le débat évoqué dans le contre-mémoire des États-Unis, 27 mars 2000, §§ 170-173, surtout § 173 : « [a]s explained in Part II, U.S. authorities are working energetically to strengthen the regime of consular notification at the state and local level throughout the United States, in order to reduce the chances of cases such as this recurring. (...) Nevertheless, the relevant legal obligations are those contained in the Vienna Convention. The United States does not believe that it can be the role of the Court, in the performance of its judicial function, to impose any obligations that are additional to or that differ in character from those to which the United States consented when it ratified the Vienna Convention ».

256. Les promesses visant à préciser le contenu d'une obligation générale – Un État est également susceptible de solliciter l'un de ses pairs afin non seulement de confirmer la portée d'une obligation mais surtout d'en préciser les modalités particulières de mise en œuvre. L'obligation est alors considérée comme trop générale et l'État entend obtenir des précisions relatives à une situation donnée à l'égard de laquelle il aimerait voir ses intérêts protégés. L'exemple tiré de l'échange entre la Belgique et le Sénégal dans l'affaire des *Questions relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (2009) peut être analysé sous cet angle. En l'espèce, la Belgique se fondait sur l'article 7 de la Convention contre la torture du 10 décembre 1984. Celui-ci impose à l'État sous la juridiction duquel se trouve l'auteur présumé d'une infraction soit de l'extrader, soit de le soumettre aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale (*aut dedere/aut judicare*). Or, dans la mesure où la Belgique demandait à la Cour l'indication de mesures conservatoires afin que H. Habré demeure sous la surveillance des autorités judiciaires du Sénégal jusqu'à temps qu'un arrêt au fond soit rendu, il convenait de déterminer le sens de l'obligation posée par l'article 7 de la Convention. À cet égard, la Belgique souligna principalement que les déclarations de l'ancien Président sénégalais A. Wade faisaient peser un risque réel et imminent sur le respect par le Sénégal de son obligation¹¹³⁰. Le Sénégal, quant à lui, fit valoir qu'il n'existait sur ce point aucun différend dans la mesure où il n'avait pas l'intention de mettre fin aux mesures de surveillance de H. Habré et avait manifesté à plusieurs reprises sa volonté de le juger¹¹³¹. C'est dans ce contexte qu'un engagement précis fut sollicité par la Belgique et par la question d'un des membres de la Cour. Le représentant sénégalais y répondit en conclusion de sa plaidoirie orale :

« le Sénégal est naturellement disposé à confirmer, sous une forme solennelle, ce qu'il a déjà dit :

« D'ordre de mon gouvernement, en tant que coagent du Sénégal, je vous confirme ce que le Sénégal a déjà dit lundi dernier, à savoir – et je le dis en anglais à l'attention de M. le juge Greenwood qui a posé la question – "*Senegal will not allow Mr. Habré to leave Senegal while the present case is pending before the Court. Senegal has not the intention to allow Mr. Habré to leave the territory while the present case is pending before the Court*" ».

¹¹³⁰ CIJ, *Questions relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires, préc., §§ 23-24.

¹¹³¹ *Ibid.*, not. § 29. V. également la plaidoirie orale du Sénégal : « [d]e la même manière, et depuis presque toujours, la Cour, à raison, n'éprouve pas le besoin d'indiquer des mesures d'urgence lorsqu'une démarche est en cours qui tend à rendre sans objet les appréhensions exprimées par une partie, voire, à rendre sans objet la confrontation judiciaire elle-même. L'engagement du défendeur à adopter un certain comportement est en effet susceptible de faire perdre tout caractère d'urgence à une situation. En l'occurrence, il s'agit plus que d'un engagement, plus que d'une promesse, puisque la surveillance sollicitée est déjà mise en œuvre, et qu'elle est, à ce jour, effective. La Partie belge l'a reconnu à maintes reprises », Compte rendu de l'audience publique du 8 avril 2009, CR 2009/11, p. 21, § 23.

7. Cependant, je voudrais que la Cour me pardonne de lui rappeler qu'au cours de sa plaidoirie du premier tour, la République du Sénégal a déjà fait référence, de manière répétée, à l'effectivité des mesures nécessaires pour assurer la présence de M. Habré sur son sol. Elle a aussi mis en exergue l'effectivité de ces mesures, grâce auxquelles M. Habré n'a pas pu quitter le territoire du Sénégal depuis son arrivée, en 1990.

8. Surtout, dans son discours introductif, M. l'agent du Sénégal, le professeur Cheikh Tidiane Thiam, a indiqué que : « Le Sénégal n'envisage pas de mettre fin à la surveillance et au contrôle sur la personne de M. Hissène Habré tant avant qu'après que les fonds promis par la communauté internationale ont été mis à sa disposition pour assurer la procédure judiciaire concernée »¹¹³².

Ainsi, au-delà de la simple volonté de respecter l'obligation issue de l'article 7 de la Convention contre la torture, l'extrait renvoie également aux modalités précises de son exécution. L'objectif du Sénégal était en ce sens de satisfaire les exigences de la Belgique afin de mener la Cour à considérer que la demande en indication de mesures conservatoires était privée d'objet.

La Déclaration égyptienne de 1957 relative au canal de Suez peut également être qualifiée de promesse visant à préciser une obligation générale. Depuis l'adoption de la Convention de Constantinople le 29 octobre 1888, à laquelle l'Égypte est partie, le Canal est soumis à un régime international de liberté en temps de paix comme en temps de guerre dont tout État peut bénéficier. Or, à la suite de la crise générée par la nationalisation par l'Égypte de la Compagnie du canal (sous contrôle essentiellement franco-britannique), les grandes puissances ont tenté de négocier avec elle l'adoption d'un nouveau régime¹¹³³. C'est dans ce contexte et après avoir refusé certaines propositions que l'Égypte a adopté sa déclaration unilatérale. Celle-ci débute par un engagement clair visant à assurer le respect des dispositions de la Convention de Constantinople et particulièrement le principe de la liberté de passage. Elle a donc sur ce point un caractère simplement confirmatif¹¹³⁴. Toutefois, elle précise ensuite clairement les modalités de gestion du canal (l'organe autonome compétent, le mode de

¹¹³² Compte rendu de l'audience publique du 8 avril 2009, préc., pp. 23-24, §§ 6-8.

¹¹³³ Ce régime fut détaillé dans la Déclaration des dix-huit États ayant participé à la Conférence de Londres tenue au cours du mois d'août 1956. Il faisait en sorte que la gestion du canal échappe en grande partie à l'Égypte. Toutefois, le Président Nasser a rejeté la proposition et s'opposait principalement à l'intervention d'une autorité internationale. Le 13 octobre de la même année, le Conseil de sécurité a alors adopté sa résolution 118, non contraignante, recommandant que le règlement de l'affaire réponde à certains principes généraux quant à la liberté de passage et relativement à certains points liés à sa gestion, sans référence à la création d'une autorité internationale. V. les détails fournis par R. Pinto, « L'affaire du Suez. Problèmes juridiques », *AFDI*, vol. 2, 1956, spéc. pp. 38-45.

¹¹³⁴ Pour le texte de la déclaration, v. doc. A/3576, S/3818. Certains auteurs se sont arrêtés au constat de sa portée purement confirmative, R. Quadri, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, pp. 371-372 ; E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, pp. 140-141 ; *contra*, C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, pp. 110-111.

fixation des tarifs, la part de redevance perçue par l'État, *etc.*). Ces dispositions permirent à l'Égypte de clarifier les moyens par lesquels elle mettrait en œuvre les obligations pesant sur elle en vertu de la Convention tout en rassurant les puissances intéressées.

257. *Les promesses visant à générer une obligation nouvelle* – Les promesses dont l'objet vise à générer dans le chef de leur auteur une obligation inédite (les seules qui soient « purement unilatérales » selon la doctrine des actes « autonomes ») interviennent théoriquement lorsque les États agissent dans un champ relativement indéterminé du droit international. La compréhension de l'hypothèse mérite, à tout le moins, deux séries de remarques. En premier lieu, considérer qu'une promesse génère un rapport de droit nouveau peut impliquer, en l'absence de décision d'un tiers impartial, un jugement du commentateur sur l'état du droit positif. Or, dans le cas où pareille incertitude se présente, la qualification de l'objet de la promesse devient délicate. Par exemple, le contenu des droits qu'un État tire de sa souveraineté peut ne pas être parfaitement délimité et varier suivant les prétentions qu'il choisit d'émettre. Dans certains cas, la sollicitation d'un État peut impliquer une prétention interprétative de ses droits, tandis que l'État qui s'engage en retour en admet ou non la portée. Par exemple, dans l'affaire des *Essais nucléaires* (1974), la CIJ ne s'est pas prononcée sur le fond. Elle s'est bornée à considérer que la France s'était engagée juridiquement à cesser ses essais dans l'atmosphère et que cela répondait aux demandes de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, ce qui privait le différend d'objet. Cependant, il n'est pas exclu que les États demandeurs aient pu tirer de leur souveraineté certains droits (par exemple celui de voir leur espace protégé des retombées radioactives¹¹³⁵) susceptibles de contraindre la France à cesser ses essais dans la zone concernée. Dans ce genre de cas, en l'absence de jugement objectif d'un tiers impartial quant aux droits des parties, il n'est pas certain que la promesse génère un rapport de droit strictement nouveau et indépendant d'autres sources internationales ni qu'elle puisse être qualifiée comme confirmative. On ne peut que se limiter à souligner que la formulation par un État d'une promesse spécifique sert dans ces cas à régler une situation *en*

¹¹³⁵ V. en ce sens la requête introductive d'instance de l'Australie enregistrée le 9 mai 1973, dans laquelle il est prétendu que « le dépôt de retombées radioactives sur le territoire australien et leur dispersion dans l'espace aérien australien sans le consentement de l'Australie : a) viole la souveraineté de l'Australie sur son territoire, b) compromettent le droit que l'Australie possède en toute indépendance de décider des actes qui auront lieu sur son territoire et plus particulièrement de décider si l'Australie et ses habitants seront exposés à des rayonnements de sources artificielles », § 49.

amont de l'éventuelle cristallisation d'un différend dont le débat porterait sur l'interprétation et le respect des droits que les parties tirent de leur statut de souverain¹¹³⁶.

En second lieu, lorsque l'incertitude sur l'état du droit positif est réduite et que l'État choisit de s'engager dans un domaine qui n'apparaît pas déterminé (hypothèse-type du domaine réservé), il devient alors complexe de distinguer la promesse de la renonciation de l'État à l'un de ses droits. L'un des exemples correspondant à cette hypothèse concerne l'assurance livrée par un État, au cours d'une procédure d'extradition, de ne pas soumettre la personne concernée à une peine de mort. Pour certains États, la peine n'est pas interdite par le droit international et relève donc, sous réserve des limites posées par les instruments relatifs aux droits fondamentaux (légalité des peines, procès équitable, traitements inhumains et dégradants, *etc.*), de leur domaine réservé. Dans cette situation, soit on considère que l'État requérant assume une obligation nouvelle vis-à-vis de l'État requis (celle de s'assurer que ses autorités ne prononcent pas ou n'appliquent pas la peine de mort), soit que l'État requérant renonce pour le cas d'espèce à l'un de ses droits (celui impliquant qu'une peine soit librement prononcée et appliquée conformément à son droit interne). Il y a donc une certaine porosité entre les deux qualifications, qui ne dépendent que d'un choix théorique initial.

Au-delà de ces remarques et des exemples déjà évoqués, on peut se limiter ici à constater que la pratique n'est pas avare d'illustrations. La doctrine recense régulièrement et depuis longtemps des promesses ayant pour objet la création de droits nouveaux : ainsi, par exemple, des déclarations formulées par les États baltes dans les années 1920 à propos de la protection des minorités, des assurances françaises et britanniques d'assistance militaire ou allemandes de non-agression peu avant la Seconde guerre mondiale, de la déclaration de neutralité permanente de l'Autriche formulée en 1955¹¹³⁷, de la promesse de la Chine selon laquelle l'essai nucléaire réalisé le 29 juillet 1996 serait le dernier¹¹³⁸ ou encore des garanties négatives de sécurité de la part des États dotés d'armes nucléaires à destination des États non dotés et

¹¹³⁶ C'est virtuellement l'inverse de l'hypothèse d'un « désistement » de la partie requérante en cours de procédure en conséquence de la disparition de l'objet du différend. Simplement, cette disparition intervient dans ce cas en *aval* de sa cristallisation du différend.

¹¹³⁷ Pour les trois derniers exemples, v. les explications détaillées de C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, respectivement pp. 88-93, pp. 101-104 et pp. 104-107. L'auteur cite d'autres exemples non contentieux mais dont le caractère juridique peut, comme il le reconnaît lui-même, être discuté.

¹¹³⁸ L'exemple est rapporté par la CDI, « Septième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 20, § 36.

parties au Traité de non-prolifération, celles de la France ayant été réitérées dans un discours du Président de la République F. Hollande à Istres le 19 février 2015¹¹³⁹.

§2. Typologie des promesses selon leurs destinataires

258. *Position du problème* – Distinguer les promesses étatiques en fonction de leurs destinataires suppose de s'interroger sur la possibilité pour les États de faire naître unilatéralement des droits dans le chef d'autres sujets que leurs pairs et, *a fortiori*, de dépasser la jurisprudence classique de la CIJ en la matière. Or, à cet égard, deux constats immédiats peuvent surprendre. Le premier découle du fait que la doctrine généraliste relative aux sources du droit international en général et aux actes unilatéraux des États en particulier n'a pas ouvert cette piste de réflexion. Aucun des travaux menés dans une période plus ou moins récente n'y fait référence¹¹⁴⁰. Le second a trait au mutisme partiel de la CDI sur ce même point. Le Principe directeur 6 du texte adopté en son sein en 2006 énonce pourtant que « [l]es déclarations unilatérales peuvent être adressées à la communauté internationale dans son ensemble, à un ou plusieurs États ou à d'autres entités ». Or, ni son commentaire, ni les nombreux rapports émis les années précédentes n'étaient la référence auxdites entités. Tout au plus sont évoquées une déclaration du Roi de Jordanie du 31 juillet 1988 renonçant au territoire de Cisjordanie adressée à la communauté internationale et à l'Organisation de libération de la Palestine ainsi qu'une promesse formulée par la Suisse à l'égard de l'ONU¹¹⁴¹. Il est plus étonnant encore que la question des rapports entre États et personnes privées ait été totalement laissée de côté, alors qu'à la même période se développait une importante pratique arbitrale en matière d'investissements internationaux visant à protéger les attentes légitimes d'investisseurs étrangers naissant des engagements spécifiques pris par les États

¹¹³⁹ V. le site du Gouvernement français consacré à la non-prolifération et aux garanties de sécurité : <http://www.francetnp.gouv.fr/zones-exemptes-d-armes-nucleaires-et>. V. aussi, pour d'autres exemples, C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, pp. 161-166 ; A. Biad, « Les arrangements internationaux pour garantir les États non dotés d'armes nucléaires contre l'emploi ou la menace de ces armes », *AFDI*, vol. 43, 1997, spéc. pp. 229-232 où l'auteur y voit clairement des renonciations unilatérales contraignantes, ce qui fait écho à notre remarque formulée plus haut sur la porosité entre les qualifications portant sur une promesse de ne pas faire quelque chose et une renonciation lorsque l'acte intervient dans un domaine relativement indéterminé par le droit international.

¹¹⁴⁰ Pour ne citer que des ouvrages récents, c'est not. le cas pour ceux de C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, P. Saganek, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, *op. cit.* ou A. Martínez Puñal, *Actos unilaterales, promesa, silencio y nomogenesis en el derecho internacional*, *op. cit.*

¹¹⁴¹ Pour le commentaire, v. CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, pp. 395-396, qui reprend l'exemple de la déclaration du Roi de Jordanie ; pour la promesse suisse destinée à l'ONU, v. CDI, « Huitième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 26-31, §§ 138-156.

d'accueil ou des représentations suscitées par leur comportement. Il semblerait, par conséquent, que le Principe 6 proposé par la Commission consiste plus en un renvoi simple à la liberté des États de s'adresser à qui ils l'entendent plutôt qu'en un véritable critère déterminant éventuellement leur existence. La pratique confirme aisément une telle hypothèse ; le problème pour les entités souhaitant tabler sur des engagements étatiques n'étant pas tant celui de la reconnaissance de leur valeur obligatoire que celui, en cas de litige, de l'accès à un *forum* compétent susceptible d'en sanctionner le non-respect.

259. Promesses destinées aux organisations internationales – Aucun contentieux ne permet d'illustrer concrètement l'hypothèse dans laquelle un État s'engagerait à l'égard d'une organisation internationale. Cela dit, au moins deux éléments de pratique permettent de confirmer l'idée selon laquelle rien ne l'empêche. D'abord, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (1986), la CIJ a implicitement reconnu pareille possibilité, lorsqu'elle déclara qu'à supposer même que la promesse politique du Nicaragua visée par les États-Unis d'Amérique (à propos de l'organisation d'élections libres) ait eu la valeur d'un engagement juridique, ces derniers n'auraient pu en réclamer la mise en œuvre dans la mesure où elle fut « pris[e] non pas envers eux directement mais à l'égard de l'organisation [des États américains], seule habilitée à en vérifier l'exécution »¹¹⁴². Ensuite, la CDI a rapporté l'exemple d'une promesse formulée par les autorités suisses destinée à l'Organisation des Nations Unies à l'époque de son installation en terre genevoise. L'engagement fut formellement pris par M. Petitpierre, alors chef du Département de la politique fédérale, le 5 août 1946 à l'issue d'un entretien avec le Secrétaire général de l'Organisation Trygve Lie. Un communiqué de presse indiqua à ce propos que les autorités fédérales étaient « disposées à accorder aux Nations Unies et à leurs fonctionnaires un traitement au moins aussi favorable que celui accordé à toute autre organisation internationale sur territoire suisse ». La preuve de l'opposabilité de cette promesse fut livrée bien plus tard, en 1979, lorsque l'administration fiscale du canton de Genève tenta d'imposer la pension alimentaire versée à une fonctionnaire onusienne. Dans ce contexte, une note de la Direction du droit international du Département de la politique fédérale indiqua sans ambiguïté que l'engagement de M. Petitpierre offrait à l'ONU le bénéfice de la « clause de l'organisation la plus favorisée ». Pour en déterminer le caractère obligatoire,

¹¹⁴² CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), fond, préc., § 262.

il se référa alors explicitement aux conditions déterminées par la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires* (1974)¹¹⁴³.

260. Promesses destinées à des personnes privées – En matière de promesses étatiques formulées au bénéfice de sujets privés, la pratique est nettement plus fournie, particulièrement dans le domaine du droit des investissements. De nombreux tribunaux arbitraux ont, à cet égard, reconnu la possibilité que les États se trouvent engagés par les garanties qu'ils accordent aux entreprises venant établir leurs activités sur leur territoire. La particularité de cette tendance, cependant, est qu'elle s'est développée dans un contexte normatif spécifique lié aux standards de protection prévus par les traités bilatéraux d'investissement. Les promesses envisagées intègrent (et déclenchent) le standard de traitement juste équitable qui lui-même, par l'effet d'une extension jurisprudentielle largement partagée par les tribunaux, a pour fonction de protéger les attentes légitimes des investisseurs¹¹⁴⁴.

La cause de la naissance d'attentes légitimes ne fait pas toujours l'objet d'un consensus dans la pratique arbitrale. Certains tribunaux adoptent une position relativement souple et n'exigent pas nécessairement qu'un État ait formulé une promesse spécifique. En ce sens, on peut lire, par exemple, dans la sentence rendue en 2007 dans l'affaire *Parkerings-Compagniet c. Lituanie*, que :

« [t]he expectation is legitimate if the investor received an explicit promise or guaranty from the host-State, or if implicitly, the host-State made assurances or representation that the investor took into account in making the investment. Finally, in the situation where the host-State made no assurance or representation, the circumstances surrounding the conclusion of the agreement are decisive to determine if the expectation of the investor was legitimate. In order to determine the legitimate expectation of an investor, it is also necessary to analyse the conduct of the State at the time of the investment »¹¹⁴⁵.

¹¹⁴³ Les déclarations pertinentes et la note de la Direction du droit international du Département de la politique fédérale sont rapportées dans l'*Annuaire suisse de droit international*, vol. 39, 1983, pp. 183-186. V. aussi CDI, « Huitième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 26-31, §§ 138-156.

¹¹⁴⁴ Le principe visant à protéger les attentes légitimes des investisseurs est largement reconnu depuis l'affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique* (dite « *Tecmed* »), sentence du 29 mai 2003, CIRDI n° ARB(AF)/00/2, spéc. § 173. Certains tribunaux sont allés jusqu'à envisager depuis l'existence d'un véritable principe général de droit. Pour des développements récents, v. N. Monebhurrin, « *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*: Enshrining Legitimate Expectations as a General Principle of International Law? », *Journal of International Arbitration*, vol. 32, 2015, n° 5, pp. 551-562. Plus généralement, sur la reconnaissance de la valeur des promesses dans le domaine du droit des investissements, v. not. W. M. Reisman, M. H. Arsanjani, « The Question of Unilateral Governments Statements as Applicable Law in Investments Disputes », in P.-M. Dupuy, C. Tomuschat, *Common Values in International Law. Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl, Engel, 2006, pp. 409-422 ; J. Cazala, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *op. cit.*, pp. 5-32 ; J. Paulsson, « The Power of States to Make Meaningful Promises to Foreigners », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, n° 2, 2010, pp. 341-352.

¹¹⁴⁵ *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, sentence du 11 septembre 2007, CIRDI n° ARB/05/8, § 331.

D'autres tribunaux, en revanche, établissent un lien intrinsèque entre la naissance d'attentes légitimes et l'existence d'engagements spécifiques à l'endroit de l'investisseur concerné. Ce fut particulièrement le cas dans l'affaire *Total c. Argentine* (2010). Le Tribunal détailla sa position en soulignant que « *when relying on the concept of legitimate expectations, arbitral tribunals have often stressed that "specific commitments" limit the right of the host State (...). Representations made by the host State are enforceable and justify the investor's reliance only when they are specifically addressed to a particular investor* ». Il fit alors le lien avec la théorie des actes unilatéraux obligatoires, en citant en note la jurisprudence de la CIJ en la matière :

« *[u]nder international law, unilateral acts, statements and conduct by States may be the source of legal obligations which the intended beneficiaries or addressees, or possibly any member of the international community, can invoke. The legal basis of that binding character appears to be only in part related to the concept of legitimate expectations – being rather akin to the principle of "estoppel". Both concepts may lead to the same result, namely, that of rendering the content of a unilateral declaration binding on the State that is issuing it* »¹¹⁴⁶.

Si une promesse spécifique n'est pas toujours exigée dans la pratique des tribunaux arbitraux afin de reconnaître les attentes légitimes éventuelles d'un investisseur, à l'inverse, lorsqu'il en existe une, ce dernier peut légitimement s'attendre à ce qu'elle soit respectée.

La question relative aux conditions de reconnaissance d'une promesse, quant à elle, prête moins à discussion dans la mesure où les tribunaux s'inspirent largement, sur ce point, des critères dégagés par la CIJ et repris par la CDI dans ses Principes directeurs de 2006 (*i.e.* l'intention de son auteur interprétée à la lumière du contenu de la déclaration et du contexte dans lequel elle a été formulée). Ainsi, dans l'affaire *Total c. Argentine* (2010) précitée, le Tribunal considéra que « *the conditions required for unilateral declarations of a State to give rise to international obligations are of relevance here since the issue before the Tribunal has to be resolved by application of international law* »¹¹⁴⁷. Plus loin, il semble même qu'il eut l'intention de souligner l'existence d'un principe général de droit (peut-être pour mieux légitimer sa position et repousser ensuite la prétention de l'entreprise requérante) :

« *[i]nternational law on the binding nature of unilateral commitments, as evidence by the Guidelines, relies on concepts found in investment arbitral practice and in comparative law concepts, such as the importance of factual circumstances, the relevance of content and intent, non-arbitrariness in case of revocation and the restrictive interpretation of unilateral acts invoked as a source of commitments for the issuing party. The cautious approach that emerges appears to be consistent, mutatis mutandis, with that*

¹¹⁴⁶ *Total S.A. c. Argentine*, sentence sur la responsabilité du 27 septembre 2010, préc., § 119 pour la première citation et § 131 pour la seconde.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, § 132.

of domestic legal systems, European Union legal system and the European Court of Human Rights case law »¹¹⁴⁸.

L'année suivante, dans l'affaire *El Paso c. Argentine* (2011), le Tribunal tint également compte, de façon très explicite, des critères relatifs à la spécificité du destinataire d'une promesse et à la précision de son objet :

« [f]irst, in order to prevent a change in regulations being applied to an investor or certain behaviour of the State, there can indeed exist specific commitments directly made to the investor – for example in a contract or in a letter of intent, or even through a specific promise in a perso-to-person business meeting – and not simply general statements in treaties or legislation which, because of their nature of general regulations, can evolve. (...) Second, a commitment can be considered specific if its precise object was to give a real guarantee of stability to the investor. Usually general texts cannot contain such commitments, as there is no guarantee that they will not be modified in due course. However, a reiteration of the same type of commitment in different types of general statements could, considering the circumstances, amount to a specific behaviour of the State, the object and purpose of which is to give the investor a guarantee on which it can justifiably rely »¹¹⁴⁹.

Toutefois, si l'argument de la frustration de leurs attentes légitimes est presque constamment soulevé par les investisseurs lors des contentieux arbitraux, il est assez rarement accueilli par les tribunaux sur le fondement de l'existence d'engagements unilatéraux spécifiques. Il n'a abouti dans aucune des trois affaires précitées. Par exemple, dans l'affaire *El Paso c. Argentine* (2011), le Tribunal a refusé de comparer les *road shows* commerciaux destinés à attirer les investisseurs potentiels à des engagements spécifiques : « *such political and commercial incitements cannot be equated with commitments capable of creating reasonable expectations protected by the international mechanism of the BIT* »¹¹⁵⁰. De même, il a rejeté avec une certaine ironie l'argument consistant pour l'investisseur à s'appuyer sur une déclaration de politique générale du Président de la République argentine faite devant le Congrès :

« *a declaration made by the President of the Republic clearly must be viewed by everyone as a political statement, and this Tribunal is aware, as is every individual, of the limited confidence that can be given to such political statements in all countries of the world. It might well be that these representations contributed to inducing potential investors to invest in the sectors concerned, as many of them – including El Paso – actually did. But it is one thing to be induced by political proposals to make an economic decision, and another thing to be able to rely on these proposals to claim legal guarantees* »¹¹⁵¹.

En revanche, pour évoquer une affaire dans laquelle l'argument a été reçu, on peut se référer à la sentence *Sempra c. Argentine* (2007), le Tribunal ayant accepté de reconnaître l'existence de garanties relatives au maintien des tarifs en dollars états-uniens dans le secteur du gaz, qui

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, § 134.

¹¹⁴⁹ *El Paso Energy International Company c. Argentine*, sentence du 31 octobre 2011, préc., §§ 376-377, italique du Tribunal.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, § 392.

¹¹⁵¹ *Ibid.*, § 395.

visaient à protéger les investisseurs d'une dévaluation éventuelle et/ou d'une fluctuation extrême du peso argentin¹¹⁵². Plus récemment, dans l'affaire *Ioan Micula et autres c. Roumanie* (2013), le Tribunal a considéré que des attentes légitimes étaient nées sur le fondement d'une ordonnance gouvernementale d'urgence visant précisément à inciter des entreprises étrangères, au moyen d'exemptions fiscales, à investir dans les régions les plus pauvres du pays. Sa suppression a donc été considérée comme une violation du standard de traitement juste et équitable¹¹⁵³.

Pour finir dans une veine similaire tout en démontrant que le droit des investissements n'est pas l'unique fournisseur d'exemples de promesses destinées à des sujets privés, il est aussi intéressant d'évoquer le cas des engagements pris envers le Comité international olympique (CIO) par les gouvernements des États qui entendent soutenir la candidature de leur ville pour l'organisation des Jeux olympiques. Étant donné les enjeux médiatiques et économiques attachés à ce type d'événements, les États sont en effet enclins à promettre des aménagements juridiques conséquents, la liste très large des garanties pouvant concerner les mesures de sécurité prises pour encadrer la compétition, l'obligation de terminer les travaux d'aménagement à temps, la protection juridique des marques olympiques, l'application de régimes douaniers et fiscaux dérogatoires, l'attribution de visas aux délégations nationales, *etc.* La procédure à cet égard paraît bien rôdée. D'abord, la Charte olympique prévoit, selon sa Règle 33 § 3, que le gouvernement de l'État dont relève la ville candidate doit remettre « un acte légalement contraignant par lequel ce gouvernement garantit et prend l'engagement que le pays et ses autorités publiques se conformeront à la Charte olympique et la

¹¹⁵² *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, préc., § 303 : « *[t]he measures in question in this case have beyond doubt substantially changed the legal and business framework under which the investment was decided and implemented. Where there was business certainty and stability, there is now the opposite. The tariff regime speaks for itself in this respect. A long-term business outlook has been transformed into a day-to-day discussion about what is next to come. The guarantees given are no longer available* ». L'affaire *El Paso c. Argentine* (v. *ibid.*, §§ 510-519) évoque aussi l'hypothèse des garanties délivrées dans le secteur de l'électricité, mais sans la confirmer explicitement, pour conclure quant à cette question précise que l'État était responsable d'une violation « rampante » du standard de traitement juste et équitable en raison d'une accumulation de mesures qui, prises isolément, n'aboutiraient pas à elles seules à une violation.

¹¹⁵³ *Ioan Micula et autres c. Roumanie*, sentence du 11 décembre 2013, CIRDI n° ARB/05/20, § 725. Dans cette affaire, le Tribunal n'a cependant pas exigé, pour reconnaître des attentes légitimes, qu'un engagement précis destiné aux investisseurs concernés fût identifiable. C'est la raison de l'opinion séparée du Professeur G. Abi-Saab jointe à la sentence, selon qui « *to deserve the qualifier "legitimate", the "expectations" must be based on some kind of legal commitment. Under general international law, responsibility cannot ensue without a priori breach of a legal obligation. (...) This does not mean that such commitment must necessarily take the form of a formal or an explicit agreement. It can ensue from behavior or conduct. But such conduct must be sufficiently concrete and specifically directed to the particular investor, to constitute an objective "representation" of a legal commitment, that can be objectively seen as generating legitimate expectations. Otherwise, any subjective perception (or self-interpretation) on the part of a potential investor or a favorable declaration or stance of a government, would be sufficient to trigger so called "legitimate expectations", that can be used (or rather abused) as a basis of an allegation of a breach of an obligation that does not exist* », §§ 3-5.

respecteront »¹¹⁵⁴. Ensuite, les engagements formulés par l'État sont précisés et réaffirmés par écrit et oralement à plusieurs reprises au cours de la procédure de sélection, parfois même en dernier lieu par les chefs d'États et de gouvernements directement¹¹⁵⁵. On évoque ici l'exemple olympique mais rien n'empêche d'autres fédérations internationales, qu'ils s'agissent de sport ou d'autres activités impliquant l'organisation d'événements d'envergure internationale, d'adopter des pratiques similaires. Dans tous les cas, la mise en concurrence des villes intéressées par leur organisation incitera les gouvernements dont elles dépendent à apporter de telles garanties¹¹⁵⁶.

§3. Typologie des promesses selon le nombre de leurs auteurs

261. *La possibilité pour les États d'émettre des promesses collectives* – Si la pratique étatique offre de multiples exemples de promesses individuelles, les cas de promesses collectives s'avèrent nettement plus rares. Cela dit, on ne voit en principe aucun obstacle à ce que plusieurs États décident de s'engager unilatéralement à l'égard d'un ou plusieurs tiers. À l'exception de quelques auteurs, la doctrine a rapidement reconnu pareille possibilité¹¹⁵⁷. Le Rapporteur spécial de la CDI a fait de même dès son premier rapport¹¹⁵⁸. Cependant, il n'a donné aucun exemple, ni dans ce rapport ni dans aucun autre. En outre, les principes directeurs adoptés en 2006 n'évoquent pas ce point, même si la rédaction du Principe 1 (« [d]es déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir

¹¹⁵⁴ Texte complet disponible en ligne : http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_fr.pdf.

¹¹⁵⁵ Pour comprendre l'ensemble de la procédure, on peut renvoyer aux explications offertes par F. Latty, *La Lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, *op. cit.*, pp. 584-591.

¹¹⁵⁶ Si aucun contentieux relatif à l'engagement pris par un gouvernement à l'égard du CIO n'a pu être relevé, l'hypothèse selon laquelle l'organisation d'une compétition internationale puisse correspondre à la définition d'un investissement étranger et ainsi permettre au juge CIRDI d'établir sa compétence semble plausible, voir F. Latty, « Compétition sportive et droit international des investissements. Quelques élucubrations juridiques à l'approche de la Coupe du monde de football au Brésil et des Jeux olympiques de Rio de Janeiro », *Anuario Brasileiro de Direito Internacional*, vol. 1, janvier 2011, n° 10, pp. 149-169.

¹¹⁵⁷ V. par ex. G. Venturini, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 412 ; J.-D. Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *op. cit.*, p. 640 ; R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim's International Law*, London, Longman, 9^{ème} éd., 1993, vol. 2, p. 1189 ; F. V. Kramer, « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 142 ; C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, p. 54, qui semble toutefois nuancer sa conclusion après avoir admis la possibilité ; R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 195 : « [u]ne figure moins connue d'acte unilatéral est celle de l'acte *collectif* par lequel une pluralité de sujets expriment simultanément une volonté à sens unique. L'acte est unilatéral – car on est en présence d'une manifestation émise dans un seul sens – et collectif – car cette volonté à sens unique est celle de plusieurs sujets ». À l'inverse, c'est surtout E. Suy qui a insisté pour définir les actes unilatéraux comme n'émanant que d'un seul auteur, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 33 ou p. 44.

¹¹⁵⁸ CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 26, §§ 133-135.

pour effet de créer des obligations juridiques (...) ») n'exclut pas la possibilité qu'un acte unilatéral ait plusieurs auteurs¹¹⁵⁹.

Cela dit, au-delà de la reconnaissance du principe, en matière d'actes collectifs, c'est plutôt la question de la définition de ce que recouvre le qualificatif « unilatéral » qui pose problème. L'interrogation renvoie à certaines considérations qui ont permis de délimiter cette étude¹¹⁶⁰. À cet égard, il a été affirmé, d'un côté, qu'il ne fallait pas tenir compte d'un critère formel : ni la qualité de l'instrument considéré, ni le nombre de ses auteurs ne déterminent le caractère unilatéral d'un acte. De l'autre, il a été souligné que l'unilatéralité dépendait à la fois de considérations matérielles et procédurales. Les auteurs d'un acte unilatéral collectif cherchent en effet à influencer sur les relations qu'ils entretiennent avec des tiers à cet acte (aspect matériel) ; ces derniers n'ayant pas participé à sa procédure d'adoption et ne se définissant pas, *a fortiori*, comme membres du groupe de ses auteurs (aspect procédural). C'est en cela que l'on distingue entre les auteurs d'un acte unilatéral collectif et son ou ses tiers-destinataires potentiels. Il faut à ce titre bien faire la différence entre deux hypothèses parfois entremêlées en doctrine. Lorsque certains auteurs évoquent, par exemple, les actes de groupes non personnifiés d'États, dès lors imputables à l'ensemble des membres, ils les qualifient parfois d'actes unilatéraux collectifs et renvoient à des exemples connus de déclarations adoptées à l'issue de grandes conférences internationales (comme l'acte final d'Helsinki de 1975)¹¹⁶¹. Toutefois, si ces actes ne valent que dans les relations entre les membres du groupe qui rassemble leurs auteurs, ils ne sont pas à proprement parler unilatéraux (à moins de faire une analogie avec les actes des organisations internationales, correspondant à une forme d'unilatéralisme vertical entre elles et leurs membres fondée sur une règle d'habilitation spécifique). Ils sont des accords ou des actes concertés non conventionnels. En revanche, pour ce qui concerne cette étude, et *a fortiori* les promesses collectives, on s'intéresse aux actes qui, adoptés par un groupe d'États, visent à générer des effets à destination d'un ou plusieurs tiers à ce groupe. On a déjà évoqué à ce titre l'exemple de la promesse des États membres de l'Union européenne faite à l'Irlande en juin 2009, relative au fait que le contenu du Traité de Lisbonne serait pour elle différent (notamment quant au respect de la neutralité militaire

¹¹⁵⁹ Le commentaire, lacunaire, ne fait cependant pas référence à cette question, CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, pp. 388-389.

¹¹⁶⁰ V. *supra*, §§ 55 et s.

¹¹⁶¹ C'est le cas, par ex., de R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 195-196, qui pour illustrer l'hypothèse de l'acte unilatéral collectif évoque autant des déclarations proclamées à l'issue de conférences internationales que de véritables prétentions collectives susceptibles, elles, d'avoir des effets sur les droits des tiers.

irlandaise, l'absence de remise en cause de certains régimes fiscaux ou encore quant à la possibilité de maintenir une interdiction stricte de l'avortement)¹¹⁶².

262. *L'assimilation des stipulations conventionnelles de droits pour autrui à des promesses collectives* – La liste des exemples de promesses collectives peut être étoffée si l'on y intègre les stipulations de droits pour autrui incluses dans des traités. Rien ne l'empêche, en effet, car si l'instrument contenant de telles promesses diffère, le procédé et sa cause demeurent en réalité identiques. Pareil mécanisme fut très tôt reconnu par la CPJI dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex* (1932). La Cour considéra dans un premier temps que la création de la zone de Gex faisait partie d'un règlement territorial en faveur de la Suisse (découlant notamment d'une déclaration du 20 novembre 1815 des puissances présentes au Congrès de Vienne). Dans un second temps et en conséquence de ce premier constat, elle décida qu'il n'était pas nécessaire de répondre à l'argument fondé sur la thèse de la stipulation pour autrui. Néanmoins, elle intégra à sa réponse la considération générale suivante :

« [o]n ne saurait facilement présumer que des stipulations avantageuses à un État tiers aient été adoptées dans le but de créer en sa faveur un véritable droit. Rien cependant n'empêche que la volonté d'États souverains puisse avoir cet objet et cet effet. L'existence d'un droit acquis en vertu d'un acte passé par d'autres États est donc une question d'espèce ; il s'agit de constater si les États qui ont stipulé en faveur d'un autre État ont entendu créer pour lui un véritable droit que ce dernier a accepté comme tel »¹¹⁶³.

Quelques décennies plus tard, la Convention de Vienne sur le droit des traités systématisa l'hypothèse évoquée. Ainsi, au principe de l'effet relatif des traités énoncé à son article 34, celle-ci prévoit deux exceptions, aux articles 35 et 36, lorsque, respectivement, les dispositions d'un traité font naître des obligations ou des droits pour un État qui n'y est pas partie. S'agissant en particulier de la stipulation de droits, l'article 36, § 1 du texte de 1969 est rédigé comme suit :

« [u]n droit naît pour un État tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent, par cette disposition, conférer ce droit soit à l'État tiers ou à un groupe d'États auquel il appartient, soit à tous les États, et si l'État tiers y consent. Le consentement est présumé tant qu'il n'y a pas d'indication contraire, à moins que le traité n'en dispose autrement ».

¹¹⁶² Conseil de l'UE, « Conseil européen de Bruxelles, 18 et 19 juin 2009 – Conclusions de la présidence », *op. cit.*, pp. 2-4.

¹¹⁶³ CPJI, *Affaire des Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (France/Suisse)*, arrêt du 7 juin 1932, *Série A/B*, n° 46, pp. 147-148.

Deux types de remarques permettent alors de soutenir l'idée selon laquelle le procédé peut être assimilé à la formulation d'une promesse collective. En premier lieu, rien n'empêche d'analyser le rapport généré entre les parties au traité et des tiers à celui-ci sans l'angle de la théorie des actes unilatéraux. Comme l'avait déjà relevé J. Combacau à cet égard, « vu par l'État tiers, le traité se présente comme un acte unilatéral conjoint, dont le caractère conventionnel est sans pertinence aucune »¹¹⁶⁴. Le commentaire du projet d'article 32 de la CDI (devenu article 36 de la Convention) confirme ou en tout cas ne s'oppose pas à cette idée. Il note que la question du consentement des tiers-destinataires a fait l'objet de débats entre les membres de la Commission : certains ne le pensaient pas indispensable et privilégiaient en ce sens la thèse de la stipulation pour autrui, tandis que d'autres, au contraire, considéraient qu'il devait apparaître, même de façon informelle, comme la condition de naissance d'un accord collatéral. La CDI décida toutefois de ne pas trancher ce point. Pour elle, « cette divergence d'opinions entre ses membres était essentiellement de nature doctrinale et (...) les deux théories opposées ne différaient pas sensiblement quant à leurs effets pratiques »¹¹⁶⁵. Elle souligna alors que l'intention des auteurs du traité constituait la condition essentielle pour qu'un droit puisse naître au profit d'un tiers. Quant au consentement de ce dernier, elle se limita à considérer que la formulation retenue de l'article « laiss[ait] ouverte la question de savoir si, juridiquement, le droit [était] créé par le traité ou par l'acte d'acceptation de l'État bénéficiaire »¹¹⁶⁶. On sait qu'une réticence similaire à trancher un tel débat réapparut dans le cadre des travaux de la Commission sur les actes unilatéraux des États, ce qui aboutit en 2006 à la considération finale selon laquelle il demeure « difficile d'établir si les effets juridiques découlant du comportement unilatéral d'un État sont la conséquence de l'intention qu'il a exprimée ou dépendent des attentes que sa conduite a fait naître chez d'autres sujets »¹¹⁶⁷.

En second lieu, la question de la reconnaissance d'une promesse conventionnelle pour autrui ne se pose pas tout à fait dans les mêmes termes que dans les cas précédemment évoqués. Dans l'hypothèse où un juge serait amené à se prononcer sur un tel acte, il n'ouvrirait pas le débat sur l'existence d'une promesse comme cela pourrait être le cas lorsqu'il s'agit de distinguer entre une déclaration politique et une déclaration juridique (en analysant l'intention

¹¹⁶⁴ J. Combacau, *Le droit des traités*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1991, p. 88.

¹¹⁶⁵ CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires – Texte adopté par la Commission à sa dix-huitième session », *op. cit.*, p. 249, § 5.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 249-250, § 7.

¹¹⁶⁷ CDI, « Texte des principes directeurs et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, Préambule, p. 388.

des États auteurs à la lumière du contenu de la stipulation et de son contexte). Le constat de l'existence du traité remplirait ce rôle à lui seul car, une fois reconnu comme tel, il est réputé manifester la volonté juridique de ses auteurs. Le débat porterait alors uniquement sur l'interprétation du contenu de la stipulation, afin de déterminer si elle octroie des droits au tiers concerné et, le cas échéant, lesquels.

S'agissant des exemples permettant d'illustrer cette hypothèse, on peut évoquer, au-delà de l'affaire des *Zones franches* précitée, le cas du Traité de Versailles de 1919, qui en prévoyait plusieurs : ses articles 109 au bénéfice du Danemark (à propos du tracé de sa frontière avec l'Allemagne) et 358 et 374 au profit de la Suisse (le premier à propos de droits sur le Rhin et le second lui octroyant le droit de demander à l'Allemagne de renoncer à un accord de 1909 sur le chemin de fer de Saint-Gothard). Il est également possible d'évoquer les traités relatifs à la navigation sur certains fleuves, canaux ou détroits internationaux. Par exemple, l'article 1^{er} de la Convention de Constantinople de 1888 relative au canal de Suez (repris par l'Égypte dans sa déclaration unilatérale de 1957), prévoyait un droit de passage à tout navire sans distinction de pavillon. Enfin, on peut citer l'article 35, § 2 de la Charte des Nations Unies qui reconnaît aux États non-membres de l'Organisation le droit d'attirer l'attention du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale sur les différends auxquels ils seraient parties. La particularité de cette disposition, néanmoins, est qu'elle conditionne ce droit à l'acceptation par les États concernés des moyens pacifiques de règlement des différends prévus par la Charte.

* *

Au terme de cette section, on voit que le phénomène des promesses, malgré la diversité des hypothèses envisagées, peut dans tous les cas être traité du point de vue de sa cause en des termes identiques. Les États disposent à cet égard d'un pouvoir large leur permettant d'en formuler, individuellement ou collectivement, à l'égard de tout objet, dans les limites de la légalité internationale, et de tout destinataire potentiel, à la seule condition que leur comportement puisse être clairement assimilé à la manifestation de leur volonté. À côté de la possibilité de formuler de telles promesses, les États peuvent également s'adresser aux tiers pour leur attribuer des pouvoirs nouveaux.

Section 2. Les actes octroyant de nouveaux pouvoirs légaux

263. Dans l'exercice de leur liberté résiduelle, les États peuvent attribuer aux tiers la faculté d'adopter certains comportements qui auraient normalement été contraires au droit. Dans les limites du respect de leurs obligations internationales, ils peuvent leur adresser soit des autorisations (§1), soit des habilitations (§2).

§1. Les autorisations

264. *La nature de l'autorisation : dérogation à un rapport de droit primaire* – L'autorisation est souvent définie comme le consentement octroyé par un État à un autre afin de lui permettre d'accomplir un certain comportement¹¹⁶⁸. En ce sens, l'État formule une norme permissive dont la particularité est qu'elle a nécessairement un caractère subsidiaire : elle fonctionne comme une dérogation *ad hoc* à un rapport de droit que le ou les sujets destinataires étaient normalement tenus de respecter¹¹⁶⁹. Les actes permissifs sont peu étudiés dans le cadre des recherches relatives aux actes unilatéraux des États. Les rapports de la CDI n'y font aucune référence. Comme on l'a évoqué précédemment, cela s'explique certainement par le fait qu'ils sont généralement adoptés en réaction à des sollicitations émanant des États qui souhaitent en bénéficier. Ou, inversement, l'État auteur d'une autorisation peut être celui ayant initialement requis, par exemple, l'appui d'un tiers qui, le cas échéant, l'a accepté. Dans les deux cas, il n'est pas interdit d'y voir la formation d'accords informels. Les exemples sont légion en la matière, en particulier pour ce qui a trait à l'intervention sur des navires étrangers en haute mer¹¹⁷⁰. On peut y ajouter les cas d'autorisations de survol d'un territoire par les aéronefs d'États tiers. Par exemple, malgré son désaccord quant à l'invasion de l'Irak en 2003, la France autorisa les appareils états-uniens et britanniques engagés dans le conflit à emprunter

¹¹⁶⁸ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 113, même si la définition renvoie au fait de permettre l'accomplissement d'un certain type d'« acte », le mot étant probablement envisagé *lato sensu* plutôt que comme « acte juridique ».

¹¹⁶⁹ C. Santulli, *Introduction au droit international*, *op. cit.*, p. 122 ; R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 201. Par ailleurs, on distingue ici la « dérogation », visant à écarter l'application d'une règle pour un cas déterminé, de l'« exception » qui découle d'une disposition, d'une règle, spéciale par rapport à un régime plus général.

¹¹⁷⁰ Sur ce point, v. les exemples d'autorisations octroyées en application de l'article 17 de la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes* du 19 décembre 1988, *supra*, § 123. V. aussi les sentences arbitrales rendues le 9 décembre 1921, *Owners, officers and men of the Wanderer (Great Britain) v. United States*, préc., *Charterers and Crew of the Kate (Great Britain) v. United States*, *RSA*, vol. VI, pp. 77-82, et *Laughlin McLean (Great Britain) v. United States*, *RSA*, vol. VI, pp. 82-85, à propos d'une loi britannique qui autorisait les autorités états-uniennes à intervenir sur les navires situés en haute mer dans l'Atlantique Nord et se livrant à la chasse aux phoques.

son espace aérien¹¹⁷¹. Il est aussi possible de citer le cas des autorisations d'accès aux ports délivrés à des bâtiments militaires étrangers¹¹⁷² ou encore la multitude d'interventions militaires autorisées voire sollicitées par des États en situation de crise. Sur ce dernier point, plusieurs opérations extérieures françaises sont présentées par les autorités comme ayant été lancées à la demande d'États tiers : le Tchad en 1986 (opération Épervier), le Mali en 2013 (opération Serval) ou encore l'Irak depuis septembre 2014 (opération Chammal) pour lutter contre l'État islamique (tandis que, dans le même temps, le fondement pour intervenir en Syrie demeure relativement flou)¹¹⁷³.

La plupart du temps, selon les formules employées, autorisation et consentement sont envisagés comme des synonymes, la cause d'un tel comportement étant que le tiers bénéficiaire pourra en pratique adopter, s'il le souhaite car ce n'est qu'une faculté, un comportement normalement interdit. À cet égard, on retrouve le terme « consentement » à l'article 20 des articles de la CDI sur la responsabilité des États, qui en fait une « circonstance excluant l'illicéité »¹¹⁷⁴. Cependant, une telle conception tend à jeter le trouble sur la nature des actes permissifs en les situant uniquement sur le plan de rapports de droit secondaires. Cela suppose, en principe, que le comportement d'un État se fondant sur une autorisation serait *ab initio* illicite. Ce n'est que dans un deuxième temps qu'il serait en quelque sorte excusé en vertu du consentement de l'État qui s'estimerait théoriquement lésé. L'hypothèse paraît toutefois contradictoire. Pour ce qui concerne les autres circonstances excluant l'illicéité, une certaine situation est érigée en fait-condition permettant d'écarter la violation du droit (elle-

¹¹⁷¹ La décision du ministre de la défense apparaît dans une déclaration du Ministre des affaires étrangères du 25 mars 2003. Elle a par ailleurs fait l'objet d'un recours en annulation. Le Conseil d'État a toutefois considéré qu'il s'agissait d'un acte non détachable de la conduite des relations internationales, v. CE, 30 décembre 2003, *Comité contre la guerre en Irak et autres*, RGDIP, vol. 108, 2004, n° 2, pp. 543-546. L'exemple est en outre intéressant quant à la question du régime juridique des actes juridiques unilatéraux, s'agissant notamment du point de savoir si un État peut délivrer une autorisation contribuant à la violation d'une règle de *jus cogens* (en l'occurrence l'interdiction de recourir à la force). V. également CIJ, arrêt du 8 octobre 2007, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la Mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, Rec., § 240, évoquant l'autorisation de survol donnée par le Honduras aux services fédéraux américains de lutte anti-drogue.

¹¹⁷² V. l'autorisation donnée aux États-Unis d'Amérique par la Nouvelle-Zélande d'accéder à ses ports avec des bâtiments de guerre à propulsion nucléaire, RGDIP, vol. 87, 1983, p. 405.

¹¹⁷³ Pour une présentation des différentes opérations françaises et de leurs fondements, v. le site du Ministère français de la défense : <http://www.defense.gouv.fr/operations/operations/actualites>. Plus généralement, v. not. R. Van Steenberghe, « Les interventions française et africaine au Mali au nom de la lutte contre le terrorisme », RGDIP, vol. 118, 2014, n° 2, pp. 273-302 ; O. Corten, « L'argumentation des États européens pour justifier une intervention militaire en Syrie : vers une reconfiguration de la notion de légitime défense ? », RBDI, vol. 49, 2016, n° 1, pp. 31-68.

¹¹⁷⁴ L'article 20 dispose que « [l]e consentement valide de l'État à la commission par un autre État d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du premier État pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement ».

même envisagée comme l'une des conséquences de cette situation) : l'agression pour la légitime défense, le fait illicite initial pour les contre-mesures ou certains événements particuliers rendant impossible le respect d'une obligation pour ce qui relève de la force majeure, la détresse ou l'état de nécessité. S'agissant du consentement, en revanche, le droit secondaire se limite en réalité à tenir compte de l'existence d'un nouveau rapport de droit primaire, pris en tant que fait. Les explications du Rapporteur Ago, à l'origine de cette conception, confirment cette superposition du droit primaire et du droit secondaire :

« [s]i un État (...) consent à ce qu'un autre État adopte un comportement qui, autrement, représenterait la violation d'une obligation internationale à l'égard du premier, ce consentement aboutit manifestement à la formation d'un accord entre les deux sujets, d'un accord faisant que l'obligation internationale cesse d'être opérative entre les deux sujets, ou, du moins, qu'elle est suspendue par rapport au cas d'espèce. L'obligation n'étant donc plus à la charge de l'État, le comportement de ce dernier n'est en contradiction avec aucune obligation internationale, et l'illicéité du fait de l'État est par conséquent exclue »¹¹⁷⁵.

Le commentaire final de la CDI, quant à lui, semble reconnaître implicitement que la question du consentement se situe à un niveau primaire plutôt que secondaire. Au stade de la définition de l'acte et de ses effets, il souligne en effet que « l'obligation primaire continue de régir les relations entre les deux États, mais elle est déplacée pour l'occasion considérée ou aux fins du comportement particulier en raison du consentement donné »¹¹⁷⁶. On le voit, selon une telle approche, faire du consentement une circonstance excluant l'illicéité semble à la fois superflu et contraire à l'objet du régime auquel il est intégré. Contrairement aux autres circonstances évoquées, qui jouent en aval de la constitution d'un fait illicite, lorsqu'il existe une autorisation, le comportement de l'État n'est pas quant à lui illicite au moment où il se produit dès lors qu'il apparaît conforme au droit primaire tel que modifié¹¹⁷⁷. C'est d'ailleurs, semble-t-il, ce qui a mené la CDI à distinguer clairement, toujours au sein du commentaire de l'article 20, entre l'hypothèse du consentement livré en amont et celui donné après la commission d'un fait, qui relève, selon elle, des cas de renonciation ou d'acquiescement conduisant à la perte du droit secondaire à réclamation traités par l'article 45¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁵ CDI, « Huitième rapport sur la responsabilité des États, M. Roberto Ago », doc. A/CN.4/318, *ACDI*, 1979, vol. II, p. 32, § 57.

¹¹⁷⁶ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 185, § 2.

¹¹⁷⁷ Pour une réflexion similaire dans le contexte d'une analyse du consentement aux interventions militaires, v. T. Christakis, K. Mollard-Bannelier, « *Volenti non fit injuria ?* Les effets du consentement à l'intervention militaire », *op. cit.*, pp. 107-108.

¹¹⁷⁸ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 185, § 3.

265. La distinction entre l'autorisation comme dérogation à un rapport de droit et la modification de celui-ci – La cause particulière de l'acte permissif, telle qu'elle vient d'être identifiée, entraîne deux types de conséquences, l'une quant aux exigences qui en encadrent la reconnaissance et l'autre quant à la limitation de ses effets. Ces deux aspects permettent alors de poser une distinction nette entre l'autorisation et l'acceptation ou l'acquiescement donnés en réponse à une prétention modificative d'un rapport de droit.

En premier lieu, l'autorisation ne peut être présumée¹¹⁷⁹. En tant que dérogation à un rapport de droit établi, elle doit forcément être manifestée de façon explicite ou à tout le moins implicite. Il n'existe ainsi aucun cas d'autorisation silencieuse, à moins que les États n'en aient décidé autrement par la voie d'un accord spécifique¹¹⁸⁰. Par ailleurs, l'autorisation doit être livrée en amont ou, à la rigueur, au moment de la réalisation du comportement qu'elle vise. En ce sens, par exemple, dans l'affaire *Savarkar* (1911), un prisonnier fut poursuivi et ramené à bord d'un navire stationné dans le port de Marseille par des agents britanniques. Dans ce contexte assez chaotique, la participation d'un agent français a été considérée comme emportant l'autorisation de la France au cours de l'intervention¹¹⁸¹.

En second lieu, les exigences identifiées permettent de limiter les effets de l'autorisation à la seule dérogation à un rapport de droit préexistant. On l'a dit, l'autorisation ne s'envisage que de façon subsidiaire et ne vise pas à revenir sur le droit établi. Au contraire, elle constitue une réaffirmation de ce droit pour l'État qui en dispose. Dès lors, il apparaît logique qu'elle ne puisse intervenir après la survenance d'un fait qui, sans elle, serait nécessairement illicite. Dans une telle situation, il ne s'agirait plus d'identifier une autorisation mais, comme on l'a déjà noté, un éventuel acte d'abandon du droit à réparation né au moment de la violation du droit. De même, dire que le silence d'un État pourrait être vu comme une autorisation serait contradictoire. Si le silence emporte des effets, c'est en tant que rejet d'une demande ou, éventuellement, comme acquiescement face au comportement d'un tiers pouvant être interprété comme une prétention modificative du droit existant et non comme simple demande de dérogation. La CIJ a clairement distingué ces deux hypothèses dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* (1960). Le Portugal revendiquait la faculté de transiter entre

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 187, § 6 : « [L]e consentement doit être librement donné et clairement établi. Il doit être effectivement exprimé par l'État et ne peut être simplement présumé au motif que l'État aurait donné son consentement si on lui avait demandé ».

¹¹⁸⁰ On trouve, par exemple, à l'article 247 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 l'hypothèse d'une autorisation silencieuse délivrée par l'État côtier pour des projets de recherches réalisés par des organisations internationales ou sous leurs auspices, s'il en est membre ou lié par un accord, à l'issue d'un délai de quatre mois à compter de la notification du projet.

¹¹⁸¹ *Affaire Savarkar (Grande Bretagne/France)*, SA du 24 février 1911, *RSA*, vol. XI, spéc. pp. 252-255.

son territoire de Damao et ses enclaves de Dadra et Nagar-Aveli au bénéfice des personnes et des biens, y compris les forces armées, en vertu d'autorisations récurrentes délivrées par les autorités coloniales britanniques d'abord et par l'Inde ensuite. Or, en se fondant sur la pratique constante des parties durant plus d'un siècle, la Cour a distingué entre l'acquisition d'un véritable droit de passage pour les fonctionnaires, les civils et les biens, d'un côté, impliquant pour l'Inde la perte du droit de s'opposer à ce type de transits, tandis que les forces armées, de l'autre, restaient soumises à l'autorisation des autorités, dont l'octroi relève d'un pouvoir discrétionnaire. Dans le premier cas, la pratique constante du passage a donné naissance à une règle coutumière spéciale entre les deux États. Dans le second, la Cour analyse l'octroi d'autorisations comme « la négation même de l'exercice du passage à titre de droit ». Le souverain territorial disposait donc, selon elle, du pouvoir de la retirer ou de la refuser, quand bien même elle fut toujours octroyée¹¹⁸².

Au-delà de l'exemple assez fréquent des autorisations, les États peuvent également habiliter un tiers à adopter des actes juridiques.

§2. Les habilitations

266. Définition : l'octroi d'un pouvoir d'adopter des « actes juridiques » directement opposables – Le vocable « habilitation » peut quant à lui être réservé aux cas dans lesquels le ou les sujets destinataires de celle-ci reçoivent le pouvoir d'adopter certains actes juridiques¹¹⁸³. Comme le précise R. Rivier, « [i]l ne s'agit plus de diriger leur conduite mais de les habiliter à créer des effets de droit. Par eux-mêmes, ces actes n'assument pas une fonction de prescription ou de proscription. Ils confèrent à des comportements la signification légale d'une volonté. Ils les instituent en actes juridiques »¹¹⁸⁴. À cet égard, on a déjà largement évoqué l'utilité globale du concept développé par G. Tusseau, repris dans cette étude pour expliquer le fondement et le fonctionnement des prétentions normatives unilatérales des États¹¹⁸⁵. On le retrouve à ce stade pour discuter cette fois de l'objet spécifique de certains actes unilatéraux, visant eux-mêmes à habiliter des tiers. Rappelons que l'auteur a identifié quatre critères nécessaires et suffisants pour identifier une norme d'habilitation : « un acteur, une action, un champ d'application et un champ de réglementation déterminé par le principe

¹¹⁸² CIJ, arrêt du 12 avril 1960, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, Rec., p. 40.

¹¹⁸³ V. par exemple la définition proposée dans G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 501.

¹¹⁸⁴ R. Rivier, *Droit international public*, op. cit., p. 201 ; dans le même sens, C. Santulli, *Introduction au droit international*, op. cit., p. 123.

¹¹⁸⁵ V. *supra*, §§ 130 et s.

lex superior»¹¹⁸⁶. Il ressort donc du concept une certaine hiérarchisation du rapport de droit. L'acte juridique adopté sur le fondement de cette norme revêt, pour l'État qui en a préalablement accepté la portée, un caractère autoritaire et bénéficie d'une opposabilité automatique.

Ainsi, la particularité des actes d'habilitation est qu'ils permettent à certains acteurs de produire des actes juridiques et déterminent la conduite à suivre à cette fin. C'est là un certain type de cause juridique qui mérite d'être analysé de manière autonome. Surtout, plusieurs raisons conceptuelles et pratiques justifient de distinguer les habilitations des autorisations précédemment évoquées. D'une part, la possibilité même de réaliser une action ne dépend pas de la norme permissive sur laquelle elle se fonde. Par exemple, un État peut concrètement intervenir sur un navire étranger situé en haute mer sans y être pour autant autorisé ; l'action est possible mais juridiquement empêchée. À l'inverse, l'action habilitée est conceptuellement dépendante de la norme sur laquelle elle repose, sans laquelle elle n'obtient pas le sens juridique qu'on voudrait lui octroyer. On ne peut envisager que le Conseil de sécurité ou un autre organe spécialisé adoptent des actes autoritaires pour les États sans l'existence préalable d'une norme les y habilitant. D'autre part, il est possible, sinon fréquent, d'émettre une dispense de faire quelque chose, alors qu'une habilitation à ne pas réaliser un certain type d'acte juridique apparaît dénuée de sens logique comme d'intérêt pratique¹¹⁸⁷. Le concept de norme d'habilitation dispose donc d'une véritable fonction discriminante : « [u]ne norme d'habilitation ne se confond ni avec un pouvoir factuel ni avec une permission »¹¹⁸⁸. Il s'agit de décrire des normes de comportement dont l'objet est de prévoir, de façon hypothétique, que l'action des acteurs juridiques aura la signification objective d'un acte juridique.

267. *Rareté des habilitations étatiques unilatérales* – En termes d'éléments de pratique, les exemples se font rares lorsqu'il s'agit d'évoquer l'hypothèse particulière d'une habilitation par un État, via un instrument unilatéral, destinée à un quelconque autre sujet. Pourquoi un État accepterait-il seul ou sans contrepartie d'attribuer un tel pouvoir à un tiers ? Sur ce point, plusieurs remarques peuvent être formulées. En premier lieu, le recours à ce genre d'actes peut être justifié par des considérations historiques et politiques. Par exemple, certains micro-États, anciennement sous statut colonial, ont pu choisir de s'associer à leur ancienne puissance administrante en lui déléguant la gestion de leur défense nationale et/ou la conduite de leurs

¹¹⁸⁶ G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, op. cit., p. 306.

¹¹⁸⁷ Ces deux points s'inspirent des réflexions formulées par G. Tusseau, v. *ibid.*, pp. 146-147 et les références bibliographiques auxquelles l'auteur renvoie.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 307.

affaires étrangères. Dans la plupart des cas, le statut est régi par un accord de libre association¹¹⁸⁹. Cependant, l'exemple des Îles Cook est suffisamment particulier pour être souligné. Il s'agit d'un État considéré comme souverain et indépendant depuis 1965 (par ailleurs État non-membre des Nations Unies et membre de diverses institutions spécialisées), mais librement associé à la Nouvelle-Zélande. Or, le principe de la délégation de compétences en matière de défense et de politique étrangère est inscrit au paragraphe 5 du Préambule de l'Acte constitutionnel de 1964, qui dispose que :

*« [n]othing in this Act or in the Constitution shall affect the responsibilities of Her Majesty the Queen in right of New Zealand for the external affairs and defence of the Cook Islands, those responsibilities to be discharged after consultation by the Prime Minister of New Zealand with the Premier of the Cook Islands »*¹¹⁹⁰.

Concrètement, il s'agit d'une forme de mandat, toute action menée par la Nouvelle-Zélande s'effectuant à la demande et sous le contrôle du Premier ministre des Îles Cook. Les modalités de l'habilitation ont été redéfinies dans une déclaration conjointe des deux États datée du 11 juin 2001. Après avoir rappelé en son paragraphe 1^{er} que les Îles Cook agissent sur la scène internationale en tant qu'État souverain, indépendant et responsable de l'accomplissement de ses droits et obligations, le paragraphe 2 de la clause 4 prévoit que :

*« [a]ny action taken by New Zealand in respect of its constitutional responsibilities for the foreign affairs of the Cook Islands will be taken on the delegated authority, and as agent or facilitator at the specific request of, the Cook Islands. Section 5 of the Cook Islands Constitution Act 1964 thus records a responsibility to assist the Cook Islands and not a qualification of Cooks Islands' statehood »*¹¹⁹¹.

Ainsi, bien que formellement interne, l'Acte constitutionnel de 1964 n'en constitue pas moins un acte unilatéral internationalement pertinent porteur d'une habilitation destinée à la Nouvelle-Zélande (tant dans son principe que par l'effet du renvoi opéré par la déclaration conjointe de 2001).

En deuxième lieu, si les États peuvent être naturellement réticents à formuler des habilitations unilatérales (surtout entre eux), la pratique tend alors à s'orienter vers l'octroi de compétences à des organes spécialisés pour l'accomplissement de missions spécifiques,

¹¹⁸⁹ Les exemples les plus connus concernent les statuts de la Micronésie, des Îles Marshall et de Palau, régis par des accords de libre-association avec les États-Unis d'Amérique. La délégation de compétences souveraines peut être vue comme un exercice de souveraineté à part entière, l'État libre associé exerçant sa propre liberté de fragmenter ses attributs. Sur ce point, v. par ex. G. Cahin, « La fragmentation des États au regard du droit international », in J.-D. Mouton, S. Pierré-Caps (dir.), *États fragmentés*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 2012, pp. 23-60 ; J.-D. Mouton, « L'État selon le droit international : diversité et unité », in SFDI, *L'État souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Pedone, 1994, pp. 79-106.

¹¹⁹⁰ Texte disponible en ligne : <http://www.refworld.org/docid/3ae6b60b6.html>.

¹¹⁹¹ *Joint Centenary Declaration of the Principles of the Relationship Between the Cook Islands and New Zealand*, signée à Rarotonga le 11 juin 2001, texte disponible sur : http://www.nzembassy.com/webfm_send/1574.

comme le règlement des différends. On peut évoquer en ce sens la reconnaissance de la juridiction des tribunaux internationaux, lorsque cette possibilité est prévue par leur statut. Dans ces cas, la voie unilatérale n'est disponible que parce qu'elle s'appuie sur l'habilitation préalablement inscrite dans un instrument conventionnel. L'exemple le plus classique concerne les déclarations permettant de consentir à la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice en vertu de l'article 36, § 2 de son Statut. Le débat portant sur le point de savoir si ces déclarations constituent des actes unilatéraux ou les éléments d'un accord n'est pas tranché. D'un côté, elles peuvent être vues comme des actes unilatéraux d'habilitation. Par leur adoption, les États permettent à tout le moins à la Cour de se prononcer, par voie de décisions revêtant une autorité de chose jugée, sur l'étendue de sa compétence à leur égard. De l'autre, seule la concordance des déclarations produites par les parties à un différend permet au juge de constater le respect du principe de réciprocité¹¹⁹². Dans ce cas, c'est l'existence d'un lien consensuel établi entre les parties qui habilite la juridiction à trancher l'affaire au fond. Cette présentation en deux temps paraît correspondre à la jurisprudence de la CIJ qui, d'abord, qualifie clairement ces déclarations comme étant des actes unilatéraux facultatifs tout en reconnaissant, ensuite, qu'elles établissent des liens bilatéraux entre États quant à l'exercice de sa juridiction obligatoire¹¹⁹³. La question se pose différemment, en revanche, lorsqu'un État non partie au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) décide, en vertu de son article 12, § 3, de déposer une déclaration reconnaissant exceptionnellement sa compétence à l'égard de certains crimes, comme l'a fait l'Ukraine le 8 septembre 2015¹¹⁹⁴. Dans ce cas, il s'agit nécessairement d'un acte unilatéral car la procédure pénale n'exige aucune réciprocité avec un quelconque autre sujet que l'État qui émet la déclaration qui habilite la Cour à agir. Enfin, pareil raisonnement semble applicable, *mutatis*

¹¹⁹² En ce sens, v. par ex. F. V. Kramer, « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 141 ; C. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, pp. 70-71 ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 588-589. Le Rapporteur spécial de la CDI, quant à lui, a ignoré ce double aspect et a exclu de son étude ces déclarations en considérant qu'elles ne devaient être analysées que dans un contexte conventionnel, v. CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 23, § 117.

¹¹⁹³ Par exemple, CIJ, arrêt du 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, *Rec.*, § 46 : « [u]ne déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, qu'elle ait été ou non assortie de limites précises, constitue un acte unilatéral relevant de la souveraineté de l'État. En même temps, elle établit un lien consensuel et ouvre la possibilité d'un rapport juridictionnel avec les autres États qui ont fait une déclaration en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut ». Dans le même sens, v. CPJI, arrêt du 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc (Italie c. France)*, exceptions préliminaires, *Série A/B*, n° 74, p. 23 ; CIJ, arrêt du 2 juillet 1952, *Anglo-Iranian Oil Company (Royaume-Uni c. Iran)*, exceptions préliminaires, *Rec.*, p. 105 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, *préc.*, § 59.

¹¹⁹⁴ Texte disponible sur le site de la CPI : https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf.

mutandis, au cas du consentement unilatéral de l'État à la compétence d'un tribunal CIRDI, à ceci près que l'habilitation se destine à tout investisseur qui souhaiterait entamer une procédure arbitrale (c'est la raison pour laquelle la doctrine qualifie ces actes d'« offre d'arbitrage »). L'article 25, § 1 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 ne prévoit aucune autre condition que celle d'un consentement exprimé par écrit¹¹⁹⁵. Dès lors, certains tribunaux n'hésitent pas à s'appuyer sur des lois internes. Cela suscite en pratique de longs débats relatifs aux règles qui devraient gouverner leur interprétation afin de déterminer si elles peuvent être considérées comme manifestant la volonté de l'État de consentir aux procédures arbitrales du CIRDI¹¹⁹⁶. Le cas échéant, lorsque la loi est suffisamment précise, il est permis de considérer que l'offre exprimée habilite tout investisseur potentiel à formuler une requête et à demander la constitution d'un tribunal.

Dans le même ordre d'idée, on peut évoquer l'affaire *Blaskic* (1997), dans laquelle le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) fut amené à s'interroger sur le point de savoir s'il pouvait décerner des ordonnances contraignantes aux États. La réponse fut simple pour ce qui concernait les États membres de l'Organisation des Nations Unies, le Tribunal ayant répondu par l'affirmative en considérant qu'il pesait sur eux une obligation de collaboration et d'entraide judiciaire découlant de l'article 29 de son Statut, réaffirmée au paragraphe 4 de la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité fondée sur le chapitre VII de la Charte de San Francisco. Toutefois, s'agissant de la Suisse, non membre de l'Organisation à cette époque, il a considéré qu'une loi lui octroyait un pouvoir d'injonction sur le territoire de la confédération¹¹⁹⁷. Dans pareil cas, comme l'explique C. Santulli, la validité d'une ordonnance du Tribunal (acte de droit international) est dès lors soumise au respect des conditions de l'habilitation (internationale) contenue dans un acte interne¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁵ Le texte de l'article 25, § 1 est le suivant : « [l]a compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ».

¹¹⁹⁶ V. par ex. D. Caron, « The Interpretation of National Foreign Investment Laws as Unilateral Acts under International Law », in M. Asanjani et al. (eds), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 649-674 ; M. Moïse Mbengue, « National Legislation and Unilateral Acts of States », in T. Gazzini, E. De Brabandere (eds), *International Investment Law: the Sources of Rights and Obligations*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 183-213.

¹¹⁹⁷ Chambre d'appel du TPIY, *Procureur c. Tibomir Blaskic* (arrêt relatif à la requête de la république de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997), 29 octobre 1997, § 26.

¹¹⁹⁸ C. Santulli, *Introduction au droit international*, *op. cit.*, p. 123.

En dernier lieu, une habilitation unilatérale peut être formulée par un ou plusieurs États collectivement à l'endroit d'un autre sujet en raison des exigences liées à un besoin de service d'intérêt public international. Par exemple, certains États délèguent la construction ou la gestion d'ouvrages publics internationaux (phares, canaux, barrages, aéroports, *etc.*) à un État en particulier, à une organisation internationale, à une entité publique internationalisée ou à une personne privée¹¹⁹⁹. Ce type d'opérations s'accomplit généralement par la voie conventionnelle¹²⁰⁰. Cependant, il n'est pas impossible que cela puisse être réalisé par le biais d'un instrument unilatéral comme une loi interne.

* *

Tout État peut ainsi, sur le fondement de sa liberté souveraine résiduelle et dans le respect de la légalité internationale, octroyer unilatéralement aux tiers un certain nombre de pouvoir légaux, soit par des autorisations, soit par des habilitations. Inversement, les États ont également la faculté de renoncer à leurs droits propres aux profits des tiers.

Section 3. Les renonciations

268. Définition et position du problème – Par une renonciation, un État décide d'abandonner un droit subjectif, la possibilité d'émettre une prétention ou encore celle d'introduire une réclamation devant un organe international¹²⁰¹. Tout comme la promesse, elle implique une transformation de l'état du droit du fait de la modification de la situation juridique de son auteur à l'égard d'autres sujets. Néanmoins, la renonciation doit s'en

¹¹⁹⁹ Pour une typologie des organisations internationales exerçant une fonction d'intérêt public international, v. E. Lagrange, « La catégorie « organisation internationale » », in E. Lagrange, J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales*, *op. cit.*, pp. 50-62.

¹²⁰⁰ V. par exemple l'accord entre l'Égypte et l'ONU déléguant au Secrétaire général de l'Organisation la maîtrise d'ouvrage relative aux opérations de dégagement du Canal de Suez, J. Salmon, « Les opérations internationales de dégagement du Canal de Suez », *AFDI*, vol. 3, 1957, pp. 349-359 ; également, la Convention internationale sur le phare du Cap Spartel, du 31 mai 1865, dont l'article 1^{er} prévoit que le Gouvernement du Maroc « consent à remettre, pour toute la durée de la présente convention, la direction supérieure et l'administration de cet établissement aux représentants des puissances contractantes » afin d'en assurer la neutralité. V. aussi, par exemple, la Convention conclue entre le Mali, la Mauritanie et le Sénégal relative au statut juridique des ouvrages communs, adoptée le 21 décembre 1978 dans le cadre de l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal (OMVS). Son Titre V prévoit que la gestion des ouvrages communs est confiée à des entreprises publiques interétatiques ou mixtes dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Une convention spéciale est adoptée pour la création de chaque entreprise, comme la SOGED chargée de la gestion du barrage de Diama.

¹²⁰¹ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, pp. 968-969 ; C. Rousseau, *Droit international public*, *op. cit.*, t. 1, p. 429. V. aussi, par exemple, l'*Affaire Campbell (Royaume-Uni c. Portugal)*, SA préc., p. 1156 : les renonciations, « constituant des abandons d'un droit, d'une faculté ou même d'une espérance, sont toujours de stricte interprétation ».

distinguer nettement. En effet, d'un côté, la promesse vise à créer une obligation pour son auteur ainsi qu'un droit réflexe pour son destinataire. De l'autre, la renonciation porte sur l'abandon d'un droit qui, dès lors, disparaît purement et simplement du chef de son auteur. Ce point n'est pas discuté¹²⁰².

Toutefois, au-delà de la définition théorique d'une renonciation, il arrive qu'il soit difficile de la distinguer clairement d'autres opérations juridiques. Par exemple, il n'apparaît pas correct d'affirmer, comme le Rapporteur spécial de la CDI a pu le faire, que par sa renonciation « l'État abandonne un droit ou une prétention, mais à la fois assume ou contracte une obligation »¹²⁰³. Il y a en effet un problème logique à considérer qu'un sujet soit soumis à une obligation nouvelle de ne plus revendiquer un droit qui a précisément disparu. Se limiter à l'effet immédiat de la renonciation – l'abandon du droit – suffit. De même, dire que son effet est assimilable à une obligation pour l'État de « ne plus contester les droits qu'un autre État a acquis par sa renonciation » revient à lier son effet à la reconnaissance des droits des tiers ou à l'acceptation du bien-fondé de leurs prétentions¹²⁰⁴. Cela n'est cependant pas toujours le cas et il convient d'opérer un certain tri qui va dépendre, pour chaque hypothèse, de l'objet de la renonciation et de la précision de la déclaration ou du comportement étatique en cause. Ainsi, d'un côté, toute renonciation emporte un effet immédiat et invariable : l'abandon d'un droit ou d'une prétention (§1), tandis que, de l'autre, des effets subséquents potentiels et variables peuvent, dans certaines hypothèses, s'y ajouter (§2).

§1. Effet immédiat et invariable : l'abandon d'un droit subjectif ou d'une prétention

269. Détermination complète et renonciation à un droit établi – En principe, l'État ne peut renoncer qu'à un droit qu'il possède effectivement¹²⁰⁵. La pratique le confirme assez aisément. Dans l'*Affaire de l'indemnité russe* (1912), le Tribunal s'était assuré que la Russie fût clairement titulaire du droit à obtenir des intérêts de la part de la Turquie avant de considérer qu'elle l'avait abandonné. De la même façon, dans l'*Affaire des droits des ressortissants des États-*

¹²⁰² V. par ex. E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 183, s'appuyant sur F. Pflüger, *Die einseitigen Rechtsgeschäfte im Völkerrecht*, *op. cit.*, p. 253 et A. Tommasi di Vignano, *La rinuncia in diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1960, pp. 96-97 ; J.-D. Sicault, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *op. cit.*, p. 639 ; G. Biscottini, *Contributo alla teoria degli atti unilaterali nel diritto internazionale*, *op. cit.*, pp. 168-169 ; G. Venturini, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 394-396 et p. 414.

¹²⁰³ CDI, « Quatrième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 20, § 86.

¹²⁰⁴ P. Cahier, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, pp. 247-248.

¹²⁰⁵ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 166.

Unis au Maroc (1952), la Cour put considérer que l'Espagne avait renoncé, par une déclaration du 17 novembre 1914, aux droits juridictionnels et autres droits extraterritoriaux en zone française qu'elle détenait en vertu d'un accord du 27 novembre 1912¹²⁰⁶. D'autres exemples ont trait à l'annulation par certains États de la dette d'un ou plusieurs de leurs pairs. Par exemple, le 25 mai 2013, le Brésil a supprimé la dette de douze pays africains pour un montant de 900 millions de dollars¹²⁰⁷. Dans une telle hypothèse, ce n'est pas que l'État formule une « promesse » de remise de dette car pareille déclaration n'entraîne pas la création d'une obligation nouvelle¹²⁰⁸ ; la cause du comportement doit s'analyser directement comme une renonciation au droit de voir celle-ci honorée.

Le questionnement est légèrement différent lorsqu'on se penche sur la renonciation à l'exercice d'un droit. Renoncer à l'exercice d'un droit de façon permanente entraîne purement et simplement son extinction. Dans ce cas, la distinction paraît inutile. En revanche, l'État peut éventuellement y renoncer de manière temporaire. Dès lors, le droit en cause ne disparaît pas du monde juridique. Ce n'est que la possibilité de l'exercer qui est empêchée. Comme l'a clairement noté E. Suy, « [o]n peut renoncer temporairement à l'exercice d'un droit qui serait alors réduit à un *nudum jus* dont l'exercice serait suspendu pendant la période prévue »¹²⁰⁹. L'auteur évoque sur ce point l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien* (1960), considérant que les Mahrattes avaient à l'époque renoncé au profit des autorités portugaises à l'exercice de leur droit de répression des éventuelles rébellions menées contre le souverain local. Cependant, l'exemple n'illustre pas l'hypothèse théorique évoquée. En réalité, la Cour qualifie clairement le comportement comme une autorisation, qu'il convient de distinguer de la renonciation¹²¹⁰. Plus loin dans son arrêt, à propos d'autres actes d'autorisations (octroyées par les autorités britanniques et indiennes relativement au passage des forces armées et de police portugaises), la Cour explique à juste titre que « l'exigence d'une autorisation préalable

¹²⁰⁶ CIJ, arrêt du 27 août 1952, *Affaire des droits des ressortissants des États-Unis au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, Rec., pp. 193-194.

¹²⁰⁷ « Le Brésil annule la dette de 12 pays africains », *LeMonde.fr*, 25 mai 2013. De même avec la déclaration de J. Chirac, à la suite des dégâts causés par le cyclone Mitch en 1998, visant l'annulation de la dette de 739 millions de francs due au titre de l'aide au développement par El Salvador, le Guatemala, le Honduras et le Nicaragua, *RGDIP*, vol. 103, 1999, n° 1, p. 195.

¹²⁰⁸ Le Rapporteur spécial de la CDI semble hésiter entre les deux qualifications, v. par ex., « Septième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 48, § 87.

¹²⁰⁹ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 170.

¹²¹⁰ « Dans les conditions où cette autorisation a été donnée, l'intention semble avoir été que les Portugais exerceraient ce pouvoir au nom du souverain mahratte et auraient à l'égard de celui-ci l'obligation d'étouffer toute révolte ou rébellion contre son autorité. Il apparaît donc que l'intention des Mahrattes était d'opérer en faveur des Portugais, par le traité de 1779 et les *sanads* de 1783 et 1785, une simple concession de *jagir* ou *saranjam* et non un transfert de souveraineté sur les villages », CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, préc., p. 36.

au passage est la négation même de l'exercice du passage à titre de droit. La pratique suppose que le souverain territorial avait le pouvoir discrétionnaire de retirer ou de refuser son autorisation »¹²¹¹. Ainsi, de même qu'elle ne peut être assimilée à une promesse, la renonciation ne peut être comparée à une autorisation. Promesse et autorisation se rejoignent sur le fait qu'elles génèrent un droit nouveau dans le chef de leur destinataire, tandis que la renonciation se limite à l'abandon, et *a fortiori* à l'extinction, du droit appartenant à son auteur ou, temporairement, à l'exercice de celui-ci¹²¹². L'auteur de la renonciation ne peut discrétionnairement recouvrer son droit ni son exercice. Dans le cas d'une autorisation, il le peut ; le droit généré dans le chef de son bénéficiaire est en effet conditionné au consentement manifesté par l'État auteur. Ce dernier peut donc la retirer (sans effet rétroactif), à moins qu'il ait expressément décidé d'octroyer une autorisation valable sur une période de temps donnée, auquel cas l'État formule une autorisation assortie d'une renonciation temporaire à son droit de la retirer. Pour illustrer l'hypothèse de la renonciation temporaire à l'exercice d'un droit, il paraît plus adéquat d'évoquer l'exemple des moratoires accordés par certains États sur la dette des pays touchés par une catastrophe naturelle. Il s'agit là en effet de renoncer, pour une durée déterminée, à la possibilité de demander le remboursement d'une dette, autrement dit l'exécution de l'obligation pesant sur l'État débiteur en contrepartie du droit dont dispose l'État créancier. En ce sens, le Gouvernement espagnol a annoncé, à la suite des dégâts causés par l'ouragan Mitch en novembre 1998, un moratoire de trois ans sur la dette des pays latino-américains les plus touchés¹²¹³. Dans la même veine, pour donner un exemple de renonciation formulée collectivement (mais relativement aux droits subjectifs propres à chaque auteur), les États membres du Club de Paris ont décidé d'un moratoire d'un an sur le remboursement de la dette de l'Indonésie et du Sri Lanka à la suite du tsunami de 2005¹²¹⁴.

270. Indétermination partielle et renonciation à une prétention – « Plus en rapport avec les réalités de la vie internationale », la renonciation à une prétention est en fait l'hypothèse la plus fréquemment rencontrée¹²¹⁵. Souvent rapportée à un cadre contentieux en tant qu'allégation relative à des questions de fait ou de droit¹²¹⁶, la prétention se définit de manière générale et en dehors des prétoires comme le fait pour un État de faire valoir ses

¹²¹¹ *Ibid.*, p. 40.

¹²¹² Pour une réflexion similaire, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 82.

¹²¹³ V. la chronique des faits internationaux à la *Revista española de derecho internacional*, vol. 53, 1999, p. 497.

¹²¹⁴ V. par ex., « Tsunamis : moratoire d'un an sur la dette de l'Indonésie et du Sri Lanka », *Lesechos.fr*, 11 mars 2005.

¹²¹⁵ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 172 ; également, G. Venturini, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 415.

¹²¹⁶ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 873.

droits¹²¹⁷. Toutefois, cette définition peut sembler incomplète si l'on ne précise pas que le propre de la prétention est qu'il s'agit de faire valoir un « droit » qui n'est pas nécessairement déterminé ni, dès lors, opposable aux tiers qui peuvent la contester. Ainsi, lorsqu'on évoque des cas de renonciation à une prétention, il est nécessaire d'en distinguer deux aspects. D'un côté, la renonciation à une prétention implique bien le fait de renoncer à un droit identifié : celui qui correspond précisément au pouvoir d'émettre une prétention. C'est là l'effet immédiat de la renonciation qui se rapporte toujours à l'abandon d'un droit subjectif. De l'autre, l'État ne renonce pas directement au droit qu'il prétendait *in fine* se voir reconnaître, puisque son existence en tant que droit subjectif demeure indéterminée. Cependant, s'il renonce à sa prétention, alors il renonce à ce droit *potentiel* ; c'est un effet subséquent logique et inhérent à l'abandon de son droit à émettre une prétention. Dans l'affaire relative au *Groënland oriental* (1933), la déclaration du Ministre norvégien Ihlen peut être analysée comme une renonciation à une prétention, malgré la récurrence du mot « engagement » dans l'arrêt de la CPJI de 1933. En effet, à la lumière de l'échange diplomatique, la Norvège renonçait, en réalité, non pas à un droit établi sur le Groënland mais à la possibilité de prétendre obtenir certains droits sur ce territoire. L'effet immédiat de la déclaration Ihlen se limitait à cela. La Cour constata par ailleurs qu'il ne pouvait s'agir d'une reconnaissance formelle de la souveraineté danoise sur le Groënland¹²¹⁸. Comme le juge Anzilotti l'a affirmé dans son opinion dissidente :

« [L]e point sur lequel se rencontrent la demande du Gouvernement danois et la réponse du Gouvernement norvégien est que ce dernier ne fera pas de difficultés à un règlement de l'affaire permettant au Gouvernement danois d'étendre à l'ensemble du Groënland ses intérêts politiques et économiques »¹²¹⁹.

La pratique non contentieuse fournit également des illustrations d'abandons de certaines prétentions. On peut par exemple évoquer les renonciations émises par les États-Unis d'Amérique le 20 mai 1980 quant à leurs revendications sur vingt-cinq îles du Pacifique central

¹²¹⁷ Par ex., E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, op. cit., p. 173.

¹²¹⁸ CPJI, *Statut juridique du Groënland oriental*, préc., p. 69, la Cour souligna notamment que la phrase était au futur, dès lors « M. Ihlen ne peut avoir eu l'intention de donner à ce moment une reconnaissance définitive de la souveraineté danoise sur le Groënland et, en outre, (...) le Gouvernement danois ne peut, à l'époque, avoir attribué cette signification à la déclaration ». Contrairement à ce qui est affirmé dans certains ouvrages, c'est du fait d'autres engagements pris par la Norvège que la Cour conclut néanmoins à la reconnaissance de la souveraineté danoise sur le Groënland. La déclaration Ihlen, elle, n'est interprétée que comme une renonciation à une prétention territoriale impliquant seulement par voie de conséquence logique que la Norvège « se trouve dans l'obligation de ne pas contester la souveraineté danoise (...) et de s'abstenir d'occuper une partie du Groënland », p. 73.

¹²¹⁹ Opinion dissidente du juge Anzilotti, préc., p. 91.

et méridional (d'anciennes possessions britanniques pour la plupart)¹²²⁰ ou encore la déclaration prononcée par le Roi de Jordanie le 31 juillet 1988 par laquelle il renonça à toute prétention sur le territoire de la Cisjordanie (que l'État occupait depuis 1950)¹²²¹.

Au-delà de l'effet immédiat d'une renonciation qui consiste en l'abandon d'un droit, un tel acte peut se voir attacher selon les cas un éventuel effet subséquent.

§2. Effets subséquents potentiels : la reconnaissance ou la création de droit pour les tiers

271. Reconnaissance et opposabilité du droit d'un tiers – Lorsqu'il s'agit d'une renonciation à une prétention, la distinction entre les effets souhaités par l'État auteur, et donc l'identification de la cause de son comportement, n'est pas toujours aisée. En effet, « [e]n renonçant à poursuivre une prétention, le sujet de droit peut avoir plusieurs motifs, et un examen minutieux de l'intention s'impose »¹²²². Par exemple, un État peut exprimer clairement son intention de combiner sa renonciation à une prétention territoriale et la reconnaissance de la souveraineté de l'un de ses pairs. La déclaration de la Colombie relative à l'archipel de Los Monjes constitue un bon exemple. Dans une note du 22 novembre 1952, faisant suite à un échange diplomatique fourni avec le Venezuela, le gouvernement colombien déclara qu'il « n'a[vait] aucune objection s'agissant de la souveraineté des États-Unis du Vénézuéla sur l'archipel de Los Monjes et qu'en conséquence, il ne s'oppos[ait] pas à ce que ce pays exerce pleinement sa souveraineté sur l'archipel en question, au sujet duquel il ne nourri[ssait] aucune revendication »¹²²³. Les derniers mots, impliquant une renonciation à toute prétention territoriale, paraissent superflus tant la reconnaissance de la souveraineté vénézuélienne est manifeste. Il semble même permis de considérer que l'effet juridique de la reconnaissance court-circuite purement et simplement l'effet de la renonciation.

À l'inverse, si l'État entend forcément renoncer au droit même qui fait l'objet de sa prétention, son comportement n'emporte pas toujours la reconnaissance du droit subjectif d'un tiers. Ce fut le cas avec la déclaration Ihlen dans l'affaire relative au *Statut juridique du Groënland oriental* (1933), la CPJI se refusant à considérer qu'elle emportait reconnaissance

¹²²⁰ V. *RGDIP*, vol. 84, 1980, p. 1101, renonciations confirmées quelques années après par quatre traités approuvés par le Sénat américain le 22 juin 1983, *RGDIP*, vol. 88, 1984, p. 234.

¹²²¹ CDI, « Huitième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 11-13, §§ 44-54.

¹²²² E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 174.

¹²²³ Pour un exposé de l'ensemble de la correspondance diplomatique, v. CDI, « Huitième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 5-10, §§ 13-35, texte reproduit pp. 6-7, § 16.

formelle de la souveraineté norvégienne sur le Groënland¹²²⁴. Le Rapporteur spécial de la CDI, quant à lui, a pu y voir à la fois une renonciation, une promesse et une reconnaissance, tout en affirmant qu'il s'agissait « de toute évidence » d'une renonciation translatrice et non seulement abdicative¹²²⁵. Cependant, s'il est possible d'identifier une renonciation à une prétention territoriale, l'identification d'une promesse (*i.e.* d'une obligation nouvelle à la charge de la Norvège) paraît impossible, tandis que la reconnaissance de la souveraineté danoise n'est envisagée, à cette date, que pour l'avenir, et donc comme un effet subséquent potentiel, moyennant des actes confirmatifs, découlant des positions adoptées par la Norvège et les autres États concernés¹²²⁶. Enfin, pour considérer qu'il s'agissait d'une renonciation translatrice au profit du Danemark, encore eût-il fallu que la Norvège disposât d'un droit sur le Groënland. En somme, la cause de la déclaration Ihlen se limitait à l'abandon de toute prétention territoriale dans le but de laisser libre cours aux activités danoises futures.

D'autres situations illustrent la possibilité selon laquelle l'État renonçant à une prétention n'entend pas nécessairement reconnaître le bien-fondé des prétentions adverses. Ce peut être le cas lorsque l'État abandonne son droit de recourir à l'action judiciaire internationale. Pareil comportement porte ici sur l'extinction du droit d'action, alors que l'État peut toujours, le cas échéant et à moins qu'il exprime une volonté contraire, faire valoir sa prétention par les autres voies diplomatiques qui s'offrent à lui¹²²⁷. À cet égard, l'article 45 des articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États pour fait internationalement illicite s'intitule « renonciation au droit d'invoquer la responsabilité » (« *Loss of the right to invoke responsibility* »). Le texte se focalise sur le rapport de droit secondaire généré par un fait illicite : l'effet immédiat de la renonciation ne porte que sur l'abandon du droit à réclamation, tandis que son effet subséquent reste à définir selon la volonté exprimée par son auteur ou selon ce qui se dégage de son comportement. Deux hypothèses sont alors évoquées. D'une part, « [l]a responsabilité de l'État ne peut être invoquée si : a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande ». Ainsi, l'alinéa a) envisage les cas dans lesquels l'État émet une renonciation

¹²²⁴ CPIJ, *Statut juridique du Groënland oriental*, préc., p. 69.

¹²²⁵ CDI, « Cinquième rapport que les actes unilatéraux – Additif 2 », *op. cit.*, p. 6, § 160.

¹²²⁶ Dans son opinion dissidente, le juge Anzilotti précise bien que les puissances (car le sens de l'échange entre la Norvège et le Danemark fut analysé par la Cour au regard des correspondances similaires établies avec d'autres États) n'ont accepté que le principe d'une reconnaissance future, autrement dit une fois que le Danemark aura effectivement étendu sa souveraineté, préc., p. 81.

¹²²⁷ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 174. De même, selon A. Gattini, il convient de distinguer le « désistement d'action », ou la renonciation au droit d'action, et le simple « désistement d'instance » correspondant à la situation où une partie renonce à poursuivre une certaine procédure, « La renonciation au droit d'invoquer la responsabilité », in P.-M. Dupuy, C. Tomuschat (eds), *Common Values in International Law. Essays in honour of Christian Tomuschat*, *op. cit.*, p. 327, pour des exemples relatifs au désistement d'instance, v. pp. 327-332.

explicite, claire et non équivoque¹²²⁸. Sans approfondir, le commentaire de l'article laisse néanmoins la question de la portée du comportement ouverte, considérant que l'État lésé peut renoncer à sa demande « en ce qui concerne soit la violation elle-même soit ses conséquences sur le plan de la responsabilité »¹²²⁹. D'autre part, l'article 45 envisage en son alinéa b) que l'État lésé ne peut invoquer la responsabilité lorsqu'il doit « en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande ». La terminologie est ici différente et le texte n'évoque plus l'idée de renonciation mais d'« acquiescement » car il s'agit d'envisager les effets attribués au silence de l'État (on retrouve ainsi l'idée de « perte » du droit d'action préférée dans la version anglaise du texte). Le procédé menant à l'effet d'abandon de la demande diffère de la renonciation expresse évoquée par l'alinéa a). En effet, dès lors que l'État lésé a connaissance du fait illicite prétendu, il obtient un droit secondaire d'obtenir réparation. Dans ce contexte, son inaction éventuelle permet au fait illicite d'acquérir le statut d'une prétention et le silence de l'État peut, le cas échéant, être tenu pour une véritable manifestation de volonté, en tant qu'« acquiescement » à l'abandon de la demande¹²³⁰. Sur le plan de l'identification de la cause du comportement, l'hypothèse présente néanmoins une double difficulté pratique et conceptuelle. D'un côté, l'effet immédiat du silence étatique se déploie sur le plan d'un rapport de droit secondaire entre l'État lésé et l'État prétendument auteur du fait illicite¹²³¹. Comme l'explique A. Marie, « dans la mesure où le silence est rendu pertinent par la formation prétendue d'un rapport de droit secondaire, l'acquiescement a pour objet le droit d'obtenir réparation et c'est ce droit que le silence éteint »¹²³². De ce point de vue, seul le droit à réparation est concerné tandis que la prétention

¹²²⁸ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 331, § 5. Le commentaire de l'article ne fournit en exemple que l'*Affaire de l'indemnité russe* (préc.). Cependant, on y voit l'abandon par la Russie d'un droit subjectif précis (celui de se voir octroyer des intérêts en raison des retards de paiement d'indemnités dues par la Turquie) emportant pour effet subséquent l'inexistence d'un droit d'action à cet égard. Il ne s'agit pas directement d'une renonciation au droit d'action (sinon n'importe quelle renonciation pourrait être donnée en exemple d'abandon d'un droit d'action). La pratique n'offre à cet égard que très peu d'illustrations. Il est possible d'évoquer le cas de l'Espagne qui a renoncé à contester la décision britannique de ne pas extraditer l'« ex-dictateur chilien Augusto Pinochet fondée sur des considérations humanitaires », v. le communiqué reproduit dans la chronique des faits internationaux du *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 7, 1999-2000, pp. 96-97.

¹²²⁹ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 330, § 2.

¹²³⁰ V. le raisonnement proposé par A. Marie à cet égard, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 54-85.

¹²³¹ L'idée d'immédiateté de l'effet juridique d'un comportement qui, lui, dépend de l'écoulement du temps n'a pas vraiment de sens. Il faut ici garder à l'esprit, afin de conserver la logique de cette représentation, que l'on peut parler d'effet « immédiat » une fois que le silence *peut* être considéré, éventuellement par un tiers impartial, comme l'expression d'une volonté qui répond à une certaine prétention.

¹²³² A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 79.

relative au caractère illicite du fait ainsi que l'éventuelle obligation de cessation demeurent. D'un autre côté, la pratique a tendance à révéler que le silence emporte généralement un second effet portant quant à lui sur le rapport de droit primaire. En ce sens, la réaction silencieuse de l'État finirait par être envisagée comme une réponse positive à une véritable prétention modificative du rapport de droit initialement enfreint. Autrement dit, l'État ne ferait pas qu'acquiescer à l'abandon de sa demande mais également au bien-fondé de la position adverse, qui lui deviendrait dès lors opposable en tant que nouveau rapport de droit (hypothèse de la régularisation *a posteriori* d'un fait illicite). Ainsi, l'alinéa b) de l'article 45 peut, en réalité, recouvrir un effet bien plus large qu'un simple acquiescement à l'abandon du droit à réclamation. L'effet du comportement silencieux de l'État peut être rattaché à des considérations relatives à la prescription ou l'*estoppel*. À cet égard, malgré d'importantes variations terminologiques en doctrine et en jurisprudence (liées notamment à des considérations relatives à la réception de notions issues des droits internes), la pratique révèle différentes constantes¹²³³. D'abord, le critère relatif au délai écoulé entre la connaissance du fait illicite et la formulation de la demande, s'il est souvent évoqué, n'apparaît pas déterminant dans la mesure où il convient de tenir compte des circonstances de chaque espèce¹²³⁴. Ensuite et surtout, les tribunaux internationaux tiennent particulièrement compte des éventuelles conséquences préjudiciables d'une demande tardive pour le défendeur¹²³⁵. Autrement dit, en

¹²³³ V. par ex., C. J. Tams, « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », in J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (eds), *The Law of International Responsibility*, *op. cit.*, pp. 1035-1049 ; J. Crawford, *State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 560-563 ; A. Gattini, « La renonciation au droit d'invoquer la responsabilité », *op. cit.*, pp. 332-337.

¹²³⁴ CIJ, *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, préc., § 32 : « [l]a Cour reconnaît que, même en l'absence de disposition conventionnelle applicable, le retard d'un État demandeur peut rendre une requête irrecevable. Elle note cependant que le droit international n'impose pas à cet égard une limite de temps déterminée. La Cour doit par suite se demander à la lumière des circonstances de chaque espèce si l'écoulement du temps rend une requête irrecevable » ; v. aussi *Gentini Case (of a general nature)*, SA de la Commission mixte italo-vénézuélienne, 1903, *RSA*, vol. X, p. 561 ; *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, SA du 6 mars 1956, *RSA*, vol. XII, pp. 103-104. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Tagliaferro*, SA de la Commission mixte italo-vénézuélienne, 1903, *RSA*, vol. X, p. 593, un délai de 31 ans n'a pas suffi à rendre la requête irrecevable, tandis que dans l'affaire *Loretta G. Barberie*, SA de la Commission des réclamations États-Unis d'Amérique/Venezuela (Convention du 5 décembre 1885), non datée, reproduite dans *RSA*, vol. XXIX, pp. 293-294, 15 années ont été considérées comme un délai déraisonnable.

¹²³⁵ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 335, § 11 ; v. par ex., l'affaire *Sarropoulos c. Bulgarie*, SA du Tribunal mixte gréco-bulgare du 14 février 1927, *Rec. TAM*, vol. VII, p. 51 : « [l]a prescription apparaît cependant comme une règle de droit positif admise par toutes les législations ; elle n'est que l'expression d'un grand principe de paix qui est à la base du droit commun et de tous les systèmes de jurisprudence civilisés. La sécurité et la stabilité des affaires humaines exigent la détermination d'un délai, au-delà duquel les droits et obligations ne peuvent plus être mis en cause. La difficulté d'administrer la preuve après l'expiration d'un certain laps de temps rendrait souvent incertaine et même impossible la reconnaissance du droit ». Ce sont également des considérations d'équité qui sont régulièrement invoquées par les tribunaux, v. par ex. l'affaire *Gentini*, SA préc., p. 558 ; affaire *Stevenson*, SA de la Commission mixte anglo-vénézuélienne, 1903, *RSA*, vol. IX,

plus de l'acquiescement à l'abandon de la demande, c'est sur la reconnaissance d'un nouveau rapport de droit primaire opposable au demandeur tardif que les juges se refusent de revenir, pour des raisons de sécurité juridique et de stabilité des rapports de droit.

272. Transfert du droit vers un tiers ? – Généralement considérée pour son aspect abdicatif (l'extinction pure et simple d'un droit), la renonciation est parfois envisagée par certains auteurs pour son éventuel effet « translatif », c'est-à-dire lorsqu'un État abandonnerait son droit à la faveur d'un autre sujet¹²³⁶. Cependant, il s'agit d'une catégorie doctrinale dont les contours demeurent relativement flous. En effet, au-delà du constat qu'une telle opération juridique se ferait plutôt par la voie conventionnelle, il est aussi difficile de considérer qu'une renonciation unilatérale à un droit subjectif aurait logiquement pour effet d'en générer un nouveau dans le chef d'un éventuel tiers bénéficiaire¹²³⁷. Seules deux représentations d'un tel phénomène semblent possibles. Soit l'acte peut être analysé comme un engagement nouveau exprès modifiant un rapport de droit antérieur (à l'instar d'une promesse ou de l'acceptation d'une offre), soit il peut être décrit, à raison du comportement de l'État, comme un acquiescement (éventuellement silencieux) à une prétention émanant d'un tiers, acquiescement qui aura également pour effet la modification du rapport liant les deux États. En matière territoriale, par exemple, lorsqu'un État exerce un pouvoir effectif au détriment du détenteur du titre, le silence de ce dernier est parfois envisagé comme une renonciation translatrice¹²³⁸. Cependant, pareille hypothèse présente une difficulté. Il s'agirait d'admettre, en quelque sorte, que le comportement potentiellement illicite d'un État A (l'effectivité contraire au titre territorial d'un pair) pousserait l'État B, détenteur du titre historique, à renoncer à son droit au profit (et silencieusement) du premier. De ce point de vue, le risque serait de considérer qu'un droit nouveau puisse naître d'un fait pourtant susceptible d'être regardé comme illicite (en contradiction avec le principe *ex injuria jus non oritur*). À l'inverse, présenter l'opération comme un acquiescement à une prétention modificative du rapport de droit

p. 385 ; *Iran National Airlines Company v. USA*, SA du 30 novembre 1987, Iran-US CTR, 1987-IV, vol. 17, p. 190, § 11.

¹²³⁶ Par ex., E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, pp. 155-157 ; V. D. Degan, « Unilateral Act as a Source of Particular International Law », *op. cit.*, p. 222 ; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, *op. cit.*, pp. 280-281.

¹²³⁷ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 183 : « [l]a renonciation translatrice est une offre ou une proposition et ne peut plus être considérée comme un acte purement unilatéral ; elle est un élément constitutif d'un accord ». Ou sur le rejet de l'hypothèse de la renonciation translatrice, mais sans plus d'explications, G. Venturini, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 415.

¹²³⁸ L'hypothèse est rapidement évoquée par A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 395, où acquiescement et renonciation translatrice du titre territorial sont envisagés comme synonymes.

antérieur permet d'en sauvegarder la licéité, autrement dit comme le résultat d'un processus normatif aboutissant, entre les deux États, à l'opposabilité d'un rapport de droit nouveau¹²³⁹. Ainsi, en termes d'identification de sa cause, l'hypothèse de la renonciation translatrice manque de cohérence. Il paraît plus adéquat, afin de décrire l'effet constaté en pratique et recherché par l'auteur d'un tel comportement (création d'un droit nouveau au profit d'un tiers) de recourir à d'autres descriptions, soit l'engagement, soit l'acquiescement, suivant le cas d'espèce. En matière de renonciation, l'État choisit d'abandonner l'un de ses droits, ce qui libère, certes, un ou plusieurs tiers de leurs obligations mais ne leur octroie pas, à proprement parler, de droits nouveaux.

* *

En somme, une renonciation vise l'extinction pure et simple d'un droit subjectif de son auteur (y compris du simple droit d'émettre une prétention). Dans certains cas, l'effet d'une renonciation peut néanmoins se cumuler à l'effet découlant d'autres types d'actes juridiques. Leurs causes respectives ne doivent pas pour autant être confondues.

¹²³⁹ Ce fut le choix effectué par la CIJ dans l'affaire *Pedra Branca*, préc., dans laquelle il s'agissait de déterminer si le titre historique détenu par la Malaisie sur l'île éponyme avait été transféré à Singapour. À cet égard, la Cour déclara au § 121 que : « [d]ans certaines circonstances, la souveraineté sur un territoire peut passer à un autre État en l'absence de réaction de celui qui la détenait face au comportement de cet autre État agissant à titre de souverain (...). De telles manifestations peuvent appeler une réponse, en l'absence de laquelle elles deviennent opposables à l'État en question. L'absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement. (...) Autrement dit, un silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse ». Après une analyse détaillée des faits pertinents, les juges ont conclu que l'attitude des parties, notamment le silence prolongé de la Malaisie, « demeurée sans réaction face au comportement de Singapour et de ses prédécesseurs », témoignait d'une « évolution convergente des positions de celles-ci concernant le titre sur Pedra Branca », § 276. Ainsi, dans le raisonnement de la Cour, la seule présentation valable d'un tel transfert de titre territorial passe par l'accord tacite ou l'acquiescement à une prétention singapourienne, même si elle ne prend pas expressément partie pour l'une ou l'autre catégorie. Sur ce point, v. les remarques formulées par les juges Simma et Abraham dans leur opinion dissidente, qui relativisent largement l'intérêt de distinguer de façon étanche l'accord tacite, l'acquiescement ou encore la prescription acquisitive, spéc. § 16.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

273. Le principe selon lequel les États ne peuvent régir leurs pairs sans leur consentement (et plus largement d'autres sujets du droit international) se vérifie largement en pratique. En agissant sur le fondement de leur liberté souveraine résiduelle, les États ne peuvent adopter que des prétentions normatives dont le contenu est profitable aux tiers. En effet, dès lors que leur liberté fait l'objet d'importantes limitations extrinsèques, les États ne peuvent agir que dans le cadre des contraintes déterminées par le droit international en vigueur. En ce sens, toute tentative visant à faire peser unilatéralement une charge sur les tiers ne fait naître aucune prétention susceptible d'emporter des effets normatifs. Il faudrait pour cela revenir à la logique déjà évoquée imposant la constitution d'une pratique continue et cohérente apte à remettre en cause le statut normatif d'une règle donnée. C'est pourquoi, dans les limites de la légalité internationale, les États ne peuvent que prétendre attribuer aux tiers des droits nouveaux, de nouveaux pouvoirs ou, inversement, renoncer à leurs droits propres.

CONCLUSIONS DU TITRE 3

274. La typologie proposée des causes objectives des prétentions unilatérales étatiques permet d'appréhender l'ensemble des effets normatifs recherchés par les États qui les adoptent. Autrement dit, elle cartographie ce que les États ont le droit de prétendre unilatéralement dans l'ordre international et dans quelles conditions ils le peuvent. En la matière, les règles pertinentes du droit international jouent comme contraintes en délimitant l'étendue possible de ces prétentions. Ainsi, d'une part, si les États agissent sur la base de règles d'habilitation plus ou moins déterminées, leurs actes unilatéraux sont susceptibles de véhiculer des prétentions normatives prenant pour objet leurs propres fondements, soit pour les interpréter, soit pour les modifier. À ce titre, un acte isolé ne peut manifester qu'une prétention interprétative dans le cadre des marges d'appréciation que l'habilitation laisse à son auteur. En revanche, une pratique suffisamment cohérente peut se voir attribuer la valeur d'une prétention interprétative comme modificative. D'autre part, lorsque les États souhaitent agir sur la base de leur liberté souveraine résiduelle, celle-ci s'avère drastiquement limitée par le droit en vigueur, si bien que les États ne peuvent adopter que des prétentions normatives dont l'objet est profitable aux tiers.

La démarche proposée présente deux apports essentiels dans le cadre de l'identification des prétentions normatives unilatérales des États et des conditions de leur formation. D'un point de vue conceptuel d'abord, la poursuite d'une cause objective (*i.e.* d'un effet normatif) constitue un critère essentiel à l'identification des prétentions *stricto sensu*. C'est à l'égard de cette cause normative que ces prétentions appellent la réaction des tiers intéressés. Sur un plan pratique ensuite, la distinction entre les causes subjectives des prétentions étudiées (l'intention de leurs auteurs) et leurs causes objectives (les effets normatifs recherchés) permet de voir comment s'entremêlent, en la matière, la politique et le droit. Les États jouent sur les deux niveaux pour apporter divers types de justifications qui n'ont que pour objectif d'emporter l'adhésion des tiers en vue de faire coïncider, *in fine*, les sphères du droit et de leurs intérêts.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

275. *Le concept : définition des prétentions normatives unilatérales stricto sensu* –

Les prétentions normatives unilatérales des États reflètent la tension persistante entre la satisfaction de leurs intérêts subjectifs et l'étendue de leurs droits ; autrement dit, entre les effets qu'ils souhaiteraient réaliser et ceux qu'ils peuvent objectivement faire advenir. Leur intention est d'agir sur l'existence, la signification ou l'évolution de leurs rapports de droit en vue de favoriser la satisfaction d'intérêts politiques multiples et protéiformes. Cependant, ce qu'ils peuvent faire par leurs conduites unilatérales dépend des pouvoirs qui leur sont attribués ou reconnus, c'est-à-dire du contenu des règles d'habilitation sur lesquelles ils se fondent ainsi que de toute autre règle qui conditionne extrinsèquement la portée des premières. À cet égard, on a vu que les caractéristiques des habilitations internationales peuvent être utilement systématisées. La démarche permet de mettre en lumière les marges d'appréciation et contraintes dans le cadre desquelles les États peuvent agir. C'est dans ce cadre que leurs actes unilatéraux sont susceptibles de véhiculer des prétentions normatives, soit parce que leurs auteurs font usage des marges d'appréciation dont ils disposent, soit parce que leur pratique répétée s'appuie sur une logique substitutive en poussant vers la modification des contraintes établies par les règles en vigueur. Les prétentions normatives unilatérales *stricto sensu* constituent ainsi des actes juridiques non manifestement (ir)réguliers. Par ce type d'actes, les États visent, en plus de la réalisation d'effets juridiques substantiels, à générer des effets normatifs. Or, c'est à l'égard de ces objets normatifs que ces prétentions appellent la réaction des tiers intéressés.

276. *Les hypothèses retenues* – En définitive, la distinction opérée entre les prétentions normatives *largo sensu* et *stricto sensu* permet de cerner la pratique relevant de l'unilatéralisme tel que défini en introduction. On l'a dit, peut être présumé unilatéral un acte prétendant déployer des effets à l'égard de sujets tiers (aspect matériel), ces derniers n'ayant pas pris part à son élaboration (aspect procédural)¹²⁴⁰. Or, de ce point de vue, dans la mesure où les prétentions normatives *stricto sensu* déploient un effet autonome à l'égard des tiers, en leur enjoignant de réagir, la présomption d'unilatéralité se confirme. En ce sens, elles relèvent d'un processus normatif se situant entre les pôles du traité comme acte juridique-type et de la coutume envisagés tant comme processus que comme résultats. Les prétentions normatives *largo sensu*,

¹²⁴⁰ Sur ce point, v. *supra*, § 56.

quant à elles, n'ont *a priori* qu'une valeur d'offre politique ou celle de fait juridique. Dès lors, ces comportements ne requièrent pas la réaction des tiers intéressés. Cela n'empêche pas, cependant, qu'en raison du caractère supplétif du droit international, ces prétentions puissent faire l'objet d'une acceptation expresse de la part des tiers. Simplement, pareil phénomène sort du cadre de l'unilatéralisme tel qu'il a été défini et se confond au schéma conventionnel classique mêlant offre et acceptation. Cette remarque ne vaut toutefois qu'« *a priori* », comme on l'a indiqué, car tout comportement, à quelques exceptions près, peut constituer ou se rattacher à une pratique étatique susceptible de se voir attribuer la valeur d'un précédent coutumier ou, plus largement, d'une véritable prétention modificative unilatérale appelant les réactions des tiers intéressés.

Une fois identifiés le concept et les conditions de formation des prétentions normatives unilatérales *stricto sensu*, il s'agit de s'intéresser à leur opposabilité aux tiers et notamment à l'effet de sommation qui en découle.

PARTIE 2

L'OPPOSABILITE DES PRETENTIONS NORMATIVES

277. La seconde étape du raisonnement consiste à se placer du point de vue des sujets tiers intéressés par les prétentions normatives unilatérales des États afin de traiter des effets de ces prétentions sur les rapports de droit et des conditions de leur déploiement. Pour paraphraser J. Charpentier, toute prétention à la création, l'interprétation ou la modification du droit pose le problème de son opposabilité¹²⁴¹. Selon une définition classique, la notion d'opposabilité vise à décrire l'« [a]ptitude d'un droit, d'un acte (...), d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (...) »¹²⁴². En raison de l'absence d'autorité centralisée, l'opposabilité occupe une place cardinale dans l'ordre juridique international. Pour cette même raison, il est fréquemment affirmé que sa condition réside dans la volonté des sujets auxquels un acte, une règle ou une situation est opposable ; ou encore que le droit international ne connaît qu'une objectivation sectorielle de l'opposabilité cantonnée à certains régimes spécifiques¹²⁴³. En matière d'actes unilatéraux des États, il est aussi souvent souligné qu'ils ne sont opposables aux tiers que dans la mesure du consentement exprimé par ces derniers, à l'exception des actes leur étant favorables, comme les promesses et les renonciations. Toutefois, ces affirmations peuvent être nuancées ou précisées. Tout l'intérêt du concept de prétention normative unilatérale *stricto sensu* dégagé dans cette étude réside dans la possibilité de distinguer entre, d'une part, la logique objective sur laquelle repose l'opposabilité d'une prétention en tant qu'*acte juridique* et, d'autre part, la logique relative dont dépend l'opposabilité de son contenu, c'est-à-dire de la *norme* susceptible d'en découler.

¹²⁴¹ J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, Pedone, 1956, p. 9 : « [t]oute modification pose le problème de son opposabilité, qu'il s'agisse des situations nouvelles ou des règles de droit ».

¹²⁴² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 713. V. aussi J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 782 : « [a]ptitude d'une règle, d'un acte juridique, d'un droit ou d'une situation de fait à déployer des effets juridiques envers des sujets de droit extérieurs, étrangers aux obligations en découlant directement » ; J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, Paris, LGDJ, 1984, p. 21 : « [l']opposabilité en tant que concept autonome et identifié de la théorie générale du droit, peut se définir *stricto sensu* comme la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe. Il s'agit par conséquent d'une technique, dont la finalité consiste à connecter l'élément opposé au milieu juridique général », italique de l'auteur.

¹²⁴³ V. par ex., L. Chan-Tung, *L'opposabilité en droit international*, Thèse, Grenoble, 2012, 610 p.

Véhiculées par des actes non manifestement (ir)réguliers, les prétentions normatives des États ont une existence et une opposabilité objectives qui sont la cause de l'effet de sommation qu'elles font peser sur les tiers intéressés (**Titre 1**). Ces derniers ont alors la possibilité soit d'en contester le bien-fondé, soit d'en accepter les termes, y compris par leur silence. Ainsi, l'opposabilité définitive du contenu normatif des prétentions normatives unilatérales dépend quant à elle d'une condition hétéronome¹²⁴⁴ (**Titre 2**).

278. La démarche mérite encore d'être délimitée. On considère en effet que l'effet de sommation décrit ne vaut qu'à l'égard des sujets capables de prendre part au processus normatif international. En conséquence, le raisonnement proposé pourrait valoir, *mutatis mutandis*, pour les organisations internationales lorsque la prétention d'un ou plusieurs États a trait à leur acte constitutif ou leur accord de siège, aux obligations qui leur sont dues ou encore lorsque la prétention touche à leur capacité à participer au processus coutumier. Cela dit, compte tenu de l'ampleur de la question, on se limitera à envisager l'opposabilité des prétentions étatiques à l'égard des États tiers. Quant aux personnes privées, si elles disposent de divers moyens d'action leur permettant de faire valoir leurs droits dans l'ordre international et de contester la licéité de certains actes étatiques dont il peut découler des prétentions normatives, on considère toutefois qu'elles ne sont pas sommées de réagir au sens du processus normatif décrit.

¹²⁴⁴ Selon le *Trésor informatisé de la langue française*, le terme renvoie au fait d'être « influencé par des facteurs, des phénomènes extérieurs » (en ligne : <http://atilf.atilf.fr/>). L'(in)opposabilité du contenu normatif d'une prétention dépend ainsi d'un facteur extérieur à cette prétention et à son fondement : la réaction des tiers intéressés.

TITRE 1

L'OPPOSABILITE OBJECTIVE DES PRETENTIONS NORMATIVES

279. L'opposabilité objective d'une prétention normative dépend du jeu d'une règle secondaire. Dans la mesure où pareille prétention est véhiculée par un acte non manifestement (ir)régulier vis-à-vis de l'habilitation sur laquelle il se fonde, elle bénéficie d'une existence objective et a pour effet autonome d'enjoindre aux tiers intéressés de réagir à son contenu. Dans ces conditions, même le silence de ces derniers peut se voir attribuer la valeur d'un acte juridique ; c'est là tout l'apport de l'ouvrage rédigé par A. Marie, qui identifie les diverses situations dans lesquelles les États ne sont « légalement pas libres de ne pas réagir », sans quoi leur inaction porterait atteinte à la sécurité des rapports de droit¹²⁴⁵. D'un côté, le raisonnement de l'auteur peut être généralisé : au-delà de l'étude du silence étatique, il est permis d'affirmer que face à une prétention normative unilatérale *stricto sensu* telle que définie dans cette étude, les tiers intéressés sont sommés de réagir, quelles que soient les modalités de leur éventuelle réaction ou absence de réaction. De l'autre, ses prémisses peuvent être discutées. A. Marie considère en effet qu'une prétention unilatérale non manifestement (il)licite doit être considérée comme automatiquement inopposable¹²⁴⁶. On voit mal, cependant, comment une prétention *a priori* inopposable peut générer un quelconque effet, en l'occurrence, selon l'auteur, une « charge de réagir » dans le chef des tiers intéressés. Ici, c'est l'hypothèse inverse que l'on entend démontrer : les prétentions normatives étatiques bénéficient d'une présomption d'opposabilité (**Chapitre 1**). C'est la raison pour laquelle il est permis d'affirmer que la sommation des tiers intéressés qui en découle constitue l'effet autonome de ces prétentions (**Chapitre 2**).

¹²⁴⁵ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, not. p. 30.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, en particulier pp. 164-167.

CHAPITRE 1

LES CONDITIONS D'OPPOSABILITE DES PRETENTIONS NORMATIVES

280. Que l'ordre juridique international soit structurellement décentralisé n'implique en rien l'absence de toute logique objective dans la formation des actes juridiques étatiques. Il n'y a en effet aucune contradiction à considérer que, même dans un ordre où l'appréciation du droit s'opère selon une logique relativiste, l'existence d'actes juridiques, quant à elle, puisse faire l'objet d'un constat objectif. Les actes unilatéraux vecteurs de prétentions normatives *stricto sensu* ont la caractéristique de ne pas être manifestement (ir)réguliers vis-à-vis des habilitations sur lesquelles ils se fondent. Par conséquent, ils bénéficient d'une présomption de régularité et, *a fortiori*, d'opposabilité à l'égard des tiers liés par ces mêmes habilitations. Pareille présomption d'opposabilité n'apparaît pas pour autant irréfragable, tout État pouvant en effet contester la régularité de l'acte d'un tiers. Ce n'est donc que la confirmation ou la remise en cause de cette présomption qui repose sur un mécanisme subjectif et relatif (**Section 1**). Encore faut-il, toutefois, que les tiers à l'égard desquels un acte peut être présumé opposable aient pu en prendre connaissance. La condition se retrouve dans tout ordre juridique, à ceci près que l'ordre international ne dispose pas, en principe, de mécanisme centralisé et obligatoire de publication. Cela dit, la connaissance, comme condition de l'opposabilité d'une prétention étatique, n'en est pas moins déterminée par le droit. Ainsi, la connaissance juridique inclut tout autant la connaissance réelle avérée ou supposée de l'État que l'hypothèse de son ignorance inexcusable. Il est dès lors permis d'en déduire que tout État se voit soumis à un devoir de vigilance raisonnable devant l'activité normative de ses pairs (**Section 2**).

Section 1. La présomption réfragable de régularité des prétentions normatives

281. Il a été vu qu'une prétention normative unilatérale se définit notamment par le fait que son auteur prétend à tout le moins se situer de bonne foi dans le respect des règles d'habilitation, règles qui font l'objet d'une (in)détermination plus ou moins élevée. Dans ces conditions, de nombreux actes pris sur ces fondements peuvent ne pas apparaître

manifestement (ir)réguliers. Cependant, ces prétentions bénéficient d'une présomption réfragable de régularité et d'opposabilité quand bien même elles seraient contestables. Le corollaire de cette présomption est que les éventuels motifs d'irrégularité susceptibles de la renverser doivent être expressément soulevés par les sujets tiers intéressés, sous peine d'être considérés comme ayant acquiescé au contenu de ces prétentions. Le processus normatif paraît ainsi reposer sur une logique partiellement objective (quant à l'existence et l'opposabilité présumée des actes unilatéraux étatiques et des prétentions qu'ils véhiculent) et partiellement subjective (quant à l'appréciation de leur régularité et l'éventuelle remise en cause de leur opposabilité). Les aspects théoriques d'une telle représentation méritent d'être exposés (§1) avant de voir quelles en sont les illustrations concrètes (§2).

§1. Approche théorique

282. Le fait qu'un acte juridique soit présumé opposable implique qu'il est obligatoire pour les tiers et déploie à leur égard des effets juridiques alors même que les conditions qui encadrent son adoption ne sont pas nécessairement satisfaites. Toutefois, si pareille présomption est possible, cela ne revient pas à considérer que l'acte est incontestable. Un acte peut exister et être présumé valide quand bien même il serait annulable, au sens où un État peut toujours soulever à son égard d'éventuels motifs de nullité. Du point de vue de la théorie des actes juridiques, l'appréhension des notions employées et la compréhension d'un tel mécanisme soulèvent différents enjeux qui sont intrinsèquement liés. D'une part, cela suppose de distinguer clairement entre les notions d'inexistence et de nullité d'un acte juridique (A). D'autre part, il convient d'expliquer les raisons pour lesquelles l'existence d'un acte et sa validité présumée sont deux notions équivalentes et constituent, en droit international comme en droit interne, des qualités objectives (B). Enfin, il s'agira de voir en quoi l'appréciation de l'(ir)régularité d'un acte, et *a fortiori* la confirmation ou non de son caractère (in)contestable, relève en droit international d'une condition subjective aboutissant à une confusion partielle des logiques de validité et d'opposabilité relative des actes étatiques (C).

A. La distinction entre les notions d'inexistence et de nullité

283. Définitions théoriques – La distinction entre les deux notions apparaît primordiale car elle permet d'isoler deux hypothèses radicalement différentes : d'un côté, le comportement qui ne donne naissance à aucun acte juridique, en l'occurrence à aucune prétention normative, et, de l'autre, la naissance d'un acte ayant la valeur d'une prétention normative précisément parce qu'il a pour caractéristique d'être contestable et potentiellement annulable. Parce qu'il existe en droit, l'acte contestable a pour particularité de bénéficier d'une présomption réfragable de régularité et, dès lors, d'opposabilité. Tant que cette présomption n'est pas renversée, l'acte est *a priori* obligatoire dans la mesure où il est en apparence conforme à l'habilitation qui régit son adoption et l'étendue de ses effets¹²⁴⁷. Toutefois, le vocabulaire employé peut varier selon les auteurs ou dans la pratique des tribunaux. L'enjeu théorique consiste alors à préciser le sens des notions utiles à un tel raisonnement.

Le terme « inexistence » fait l'objet d'une définition assez largement partagée. Il décrit le « défaut d'existence d'un acte résultant de l'absence d'une condition essentielle à sa formation »¹²⁴⁸. En ce sens, l'inexistence renvoie assez logiquement aux conditions de légalité externe d'un acte juridique¹²⁴⁹. Ainsi, à travers le concept de règle d'habilitation employé dans cette étude, les motifs potentiels d'inexistence relèvent des conditions relatives à l'acteur et à l'action. Le premier est l'incompétence. Il correspond à l'absence de règle d'habilitation. L'acteur n'est le destinataire d'aucune norme lui permettant d'adopter l'acte auquel il prétendrait donner naissance. Par exemple, un État ne peut trancher un différend entre deux de ses pairs en adoptant un acte de nature juridictionnelle sans y avoir été préalablement habilité par ces derniers. Une telle « décision » ne constituerait pas un acte juridique. Elle

¹²⁴⁷ Sur ce constat et les notions d'inexistence et de nullité, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 100-108. Plus généralement, sur ces notions, v. aussi P. Guggenheim, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *RCADI*, vol. 74, 1949, pp. 203-207 ; J. Verhoeven, *Les nullités du droit des gens. Cours et travaux de l'IHEI*, Paris, Pedone, 1981, pp. 14-16 ; C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, *op. cit.*, pp. 348-350. Les termes ici évoqués semblent certes difficilement transposables au cas des prétentions normatives émanant de pratiques modificatives. Sur leur identification, v. *supra*, §§ 237 et s. Néanmoins, une représentation similaire du phénomène demeure possible dans la mesure où elle fait également appel à l'apparence de conformité, à plus long terme, d'une pratique à l'égard d'un fondement nouveau qui fait justement l'objet de la prétention normative et qui tend à se cristalliser. La différence est qu'une telle représentation fait intervenir une qualification nécessairement rétrospective de cette conformité, comme dans le cadre de la recherche de l'existence d'une règle coutumière, v. *supra*, §§ 70 et s.

¹²⁴⁸ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 575.

¹²⁴⁹ P. Guggenheim, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *op. cit.*, pp. 205-207 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 102.

serait « inexistante » du point de vue de l'ordre juridique¹²⁵⁰. Le second motif correspond à l'impossibilité d'imputer à l'acteur habilité le comportement qui serait susceptible de donner naissance à un acte. En droit international, un individu ou une entité prétendant agir au nom d'un État doit, pour se faire, soit être présumé agir pour son compte (en tant que haut représentant du pouvoir exécutif), soit être habilité en ce sens par le droit interne de cet État¹²⁵¹. Si aucune de ces conditions n'est satisfaite, le comportement demeure à l'état de simple fait. Le troisième motif d'inexistence relève d'une condition relative à l'action. Il consiste en l'absence d'un comportement concret nécessaire à la survenance d'un acte. Autrement dit, bien que l'acteur soit habilité, sa volonté est inexistante. Son inaction ou son comportement éventuel ne peuvent se voir attribuer cette valeur. Or, l'absence de manifestation de sa volonté équivaut à l'absence d'utilisation du pouvoir considéré.

284. Le terme « nullité », quant à lui, est parfois défini comme la « [c]aractéristique d'un acte juridique, ou d'une disposition d'un acte, dépourvu de valeur juridique, en raison de l'absence des conditions de forme ou de fond nécessaires pour sa validité »¹²⁵². Cependant, pareille définition ne paraît pas à même d'opérer une distinction nette entre l'(in)existence d'un acte et sa nullité. La notion de nullité ne peut être appliquée qu'à un acte existant, entré dans le monde du droit, dans la mesure où ce dernier revêt un caractère contestable. Comme l'a souligné P. Guggenheim :

« [c]ontrairement à l'acte inexistant, l'acte nul a donc besoin d'être constaté dans une déclaration constitutive de sa nullité. L'acte nul présuppose, en effet, une manifestation extérieure d'un sujet de droit, tendant à la création d'un acte valable. Mais il est déclaré non valable par un organe autorisé à cet effet par le droit international (...) L'acte nul – contrairement à l'acte inexistant – déploie, par conséquent, certains effets provisoires »¹²⁵³.

Autrement dit, si un acte déploie même provisoirement des effets, cela suppose que la nullité n'est pas la sanction d'une « invalidité » (le mot étant trop imprécis pour distinguer l'inexistence et la déclaration de nullité) mais de l'irrégularité interne d'un acte « existant » et donc « présumé valide »¹²⁵⁴. En somme, la question de l'(in)existence suggère celle de savoir

¹²⁵⁰ On s'inspire là d'une opinion dissidente du Juge Weeramantry, v. CIJ, arrêt du 12 novembre 1991, *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée Bissau c. Sénégal)*, Rec., p. 155 : « [l']acte inexistant n'est pas un acte du tout. Une personne n'ayant aucun pouvoir judiciaire qui prétendrait rendre une décision judiciaire produirait une 'décision' qui pourrait être qualifiée d'inexistante. En aucun cas cette prétendue 'décision' ne peut produire d'effets juridiques. Elle n'a jamais constitué un acte juridique ».

¹²⁵¹ V. *supra*, §§ 145 et s.

¹²⁵² J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 760.

¹²⁵³ P. Guggenheim, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », op. cit., pp. 207-208.

¹²⁵⁴ On reprend là *grosso modo* les termes employés par A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 100, selon qui « la nullité n'est pas la rétribution d'une invalidité mais de l'irrégularité ».

si un fait, un comportement, est pris en compte par le droit en tant qu'il vaudrait adoption d'un acte juridique, fût-il potentiellement irrégulier sur le fond. Rien n'empêche, dans ce cas, qu'un tel acte existe en tant qu'acte annulable, c'est-à-dire comme susceptible d'être frappé de nullité.

285. *Pertinence de la distinction en droit international* – Tout en admettant la justesse de la distinction entre les deux notions du point de vue de la théorie générale des actes juridiques, certains auteurs ont néanmoins relativisé son utilité en droit international¹²⁵⁵. Au moins deux éléments structurels de l'ordre juridique international sont en effet de nature à faire obstacle à l'application de ces notions. Le premier découle du caractère non formaliste du droit international. L'idée est que le concept d'inexistence trouverait à s'appliquer seulement lorsque des habilitations formalistes sont en jeu. En ce sens, plus ces règles incluent de conditions relatives à l'acteur et, surtout, à l'action, plus il est aisé de considérer qu'un acte existe ou non et, *in fine*, de distinguer entre son (in)existence et sa nullité¹²⁵⁶. Toutefois, en droit international, la rareté de ces conditions ne fait pas pour autant disparaître la distinction entre un « acte inexistant » et un acte annulable. L'indétermination potentielle, certes fréquente, des conditions relatives à l'acteur et à l'action n'implique en rien leur absence. Un acte doit toujours être imputable à un État. De même, un État doit toujours être réputé manifester de façon suffisamment claire sa volonté de faire usage des pouvoirs qui lui sont reconnus. À cet égard, on a par exemple évoqué l'ensemble des éléments de contenu et de contexte qui entrent en jeu dans le cadre de la détermination de l'*existence* d'une promesse ou d'une renonciation¹²⁵⁷.

Le second obstacle relève du caractère décentralisé de l'ordre juridique international, qui supposerait l'impossibilité d'établir la nullité d'un acte juridique. Il est vrai, comme cela transparaît des éléments de définition sus-évoqués, que la nullité d'un acte doit être constituée par la décision d'une autorité habilitée à en prononcer l'annulation. Le constat a poussé certains auteurs à considérer qu'il ne pouvait y avoir de nullité sans juge¹²⁵⁸. Pareille

(constituée ou constatée) d'un acte par hypothèse valide ou existant ». On préfère néanmoins appuyer sur l'idée de *présomption* de validité car c'est elle qui constitue le cœur du raisonnement.

¹²⁵⁵ Par ex. G. Morange, « Nullité et inexistence en droit international public », in S. Bastid, P. de la Pradelle, C. Rousseau (dir.), *Les techniques et les principes du droit public. Études en l'honneur de G. Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, t. 2, pp. 901 ; J. Verhoeven, *Les nullités du droit des gens*, *op. cit.*, pp. 18-20.

¹²⁵⁶ En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 103-104.

¹²⁵⁷ V. *supra*, §§ 160 et s.

¹²⁵⁸ V. par ex., A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 105-106, où l'auteur rapporte et critique la thèse soutenue au nom du Nicaragua par G. Morelli dans l'affaire CIJ, *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*, arrêt du 18 novembre 1960, *Mémoires, Plaidoiries et documents*, vol. II, p. 270.

conclusion semble cependant exagérée. La répartition du pouvoir dans l'ordre international ne signifie en rien sa disparition. Le droit international dispose de son propre mode d'établissement de la nullité. Tout État apparaît également habilité à établir pour lui-même la nullité de l'acte de l'un de ses pairs. En ce sens, c'est l'accord des États intéressés qui se substitue à l'appréciation d'un juge¹²⁵⁹. Ainsi, l'appréciation subjective de la nullité des actes juridiques se fonde dans une logique d'(in)opposabilité ; celle-ci en constitue simplement le visage relativiste¹²⁶⁰.

En définitive, bien que leur portée puisse être relativisée, les notions d'inexistence et de nullité, inhérentes à la théorie générale des actes juridiques, demeurent pleinement utiles dans le cadre de l'ordre juridique international. D'une part, elles permettent de distinguer clairement la nature des vices qui affectent un acte ou une tentative d'acte. D'autre part, les deux notions permettent également de constater le caractère automatique des motifs d'inexistence d'un côté, et le caractère non automatique des motifs de nullité de l'autre. Que ce soit en vertu de la décision d'un juge ou par l'accord des États intéressés, l'inexistence d'un acte est simplement constatée, tandis que sa nullité fait l'objet d'une déclaration constitutive n'ayant par ailleurs qu'un effet relatif, d'autres États pouvant opter pour une position opposée. Dans un cadre contentieux, dans le premier cas, la charge de la preuve pèse sur la partie qui entend se prévaloir de l'existence d'un acte. Dans le second, la charge de la preuve repose sur celle qui a pour objectif de démontrer l'irrégularité (*i.e.* la nullité qui prendra la forme d'une inopposabilité relative) de l'acte.

B. L'assimilation des notions d'existence et de validité (présumée)

286. Critère de l'apparence et conditions relatives à l'acteur et à l'action – La conséquence logique de la distinction entre inexistence et nullité est que l'on peut déduire de « l'existence » d'un acte qu'il soit, au moins provisoirement, présumé valide. Autrement dit,

¹²⁵⁹ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 107.

¹²⁶⁰ J. Combacau préfère rejeter purement et simplement le concept de nullité dans la mesure où il a une connotation trop objective, v. *Le droit des traités*, *op. cit.*, p. 111. Du même auteur, « Logique de validité contre logique d'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 202 : « la prétendue nullité n'est qu'une inopposabilité, dont le champ d'application se limite au cercle que forment l'auteur de l'acte et ceux qui en refusent les effets. C'est elle, l'inopposabilité, qui recueille les attributs indûment attachés à la nullité, et peut se voir qualifier d'absolue ou de relative selon que, par exemple, le pouvoir de la soulever est reconnu à tous les États dont l'acte prétend affecter la situation légale, ou seulement à ceux que son inefficacité a pour but de protéger ».

d'un côté, l'inexistence et la nullité sont deux notions bien distinctes, servant pour la première à décrire un comportement qui n'accède pas à la qualité d'acte juridique et, pour la seconde, un acte (existant) potentiellement contestable. De l'autre, l'existence et la validité sont en réalité deux termes interchangeables¹²⁶¹. Présumé valide, un acte existe dans le monde du droit et *vice-versa*. Il en découle que la validité et l'existence peuvent être définies comme des qualités objectives. En ce sens, l'acte valide est généralement décrit comme celui qui est formé conformément aux prescriptions de la règle qui en encadre l'adoption et en détermine les effets¹²⁶². Selon J. Combacau, par exemple :

« [d]e ce que toute norme qu'un acte juridique a pour objet de créer, ou toute situation qu'il a pour objet d'instituer, tire sa validité – son existence en droit – de la conformité de cet acte aux règles qui en gouvernent la production, il devrait suivre (...) que la norme ou la situation existe objectivement ou n'existe pas, selon que la conformité est ou non réalisée (...) »¹²⁶³.

C'est donc l'apparence de régularité qui permet à un acte d'exister comme tel et d'être couvert par une présomption de validité, quand bien même il serait potentiellement contestable. Cette apparence s'acquiert en tout premier lieu, comme on l'a vu en identifiant les motifs éventuels d'inexistence, par la satisfaction des conditions relatives à l'acteur et à l'action. Sans préjuger de la régularité de l'acte quant à d'éventuelles conditions de fond, c'est parce que l'acteur considéré (au moins *prima facie*) comme habilité a suivi la procédure menant à l'adoption de cet acte que son comportement peut être reconnu comme tel par les tiers liés par la même habilitation. Dès lors, en raison de son apparence d'acte valide, celui-ci est présumé opposable à ces derniers. Il en va de même pour les prétentions normatives unilatérales. Elles existent ou n'existent pas en droit. Dans la mesure de leur existence, elles sont présumées valides et opposables en tant que telles de façon objective (*i.e.* en tant que prétentions-instruments ayant des effets propres sur le processus normatif), quand bien même elles seraient contestables quant à leur contenu selon un procédé qui, lui, est subjectif et relatif (et correspond à une étape subséquente du même processus que la prétention a engagé¹²⁶⁴).

¹²⁶¹ En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 100.

¹²⁶² V. not. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 1126 : « [q]ualité des éléments d'un ordre juridique qui remplissent toutes les conditions de forme ou de fond requises par cet ordre juridique pour produire des effets juridiques ». Également C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit international par le droit international*, *op. cit.*, p. 348 : « [l']opposition entre validité et invalidité] se fonde sur la valeur qu'on donne aux produits légaux suivant qu'ils ont été régulièrement formés ou non. Ainsi validité et invalidité correspondent parfaitement aux qualités logiques des propositions « vraies » (ou valides) ou « fausses » (ou invalides) ».

¹²⁶³ J. Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *op. cit.*, p. 98.

¹²⁶⁴ Cette étape menant à l'opposabilité du contenu d'une prétention normative est analysée ultérieurement, v. *infra*, Partie 2, Titre 2.

287. Critère de l'apparence et conditions de fond : caractère non-manifestement (ir)régulier des actes étatiques – Le respect apparent des conditions relatives à l'acteur et à l'action n'est pas suffisant pour faire naître un acte présumé opposable ayant la valeur d'une prétention normative. Encore faut-il que le comportement étatique ne soit pas manifestement irrégulier sur le fond. Cette problématique n'apparaît pas dans un ordre hiérarchisé. En droit administratif français, par exemple, le privilège strict du préalable implique que les actes des autorités administratives sont présumés valides et exécutoires quand bien même ils seraient manifestement illégaux. D'un côté, les sujets à qui ces actes font grief disposent de deux mois pour intenter un recours en vue de leur annulation. De l'autre, l'administration peut en principe retirer ou abroger des actes contraires au droit. Son pouvoir est toutefois encadré. Si les actes dont il s'agit ont généré des droits dans le chef de leurs destinataires, l'administration ne dispose que de quatre mois (sauf dans le cas des actes obtenus du fait d'une fraude). Passé ce délai, la sécurité juridique l'emporte sur la légalité et les actes concernés demeurent en vigueur. La nature des relations interétatiques empêche l'instauration d'un tel mécanisme. Les États sont à la fois soumis aux règles d'habilitation qui leur permettent d'adopter des actes juridiques et disposent du pouvoir de les interpréter ou de les transformer. Cette répartition des pouvoirs normatifs et l'absence de hiérarchie entre les acteurs étatiques sous-tendent plusieurs propositions logiques du point de vue de la naissance et de l'opposabilité présumée des actes juridiques et en particulier des prétentions normatives.

D'une part, un comportement étatique manifestement illicite est présumé inopposable. Dans un ordre décentralisé où le pouvoir de production du droit est également distribué entre les États, le principe de sécurité juridique suppose l'existence d'une présomption en faveur du maintien du droit positif. Par exemple, comme on l'a vu dans un autre contexte, la violation substantielle d'un traité ne peut se voir attribuer comme telle la qualité ni les effets d'un acte opposable équivalent à une prétention de rejet ou de modification du traité¹²⁶⁵.

D'autre part et par conséquent, un tel comportement demeure à l'état de fait illicite ; ses seuls effets (découlant en particulier du droit de la responsabilité internationale) sont ceux d'un fait-condition. D'un point de vue sémantique, il est certes possible de considérer qu'un tel comportement constitue une prétention *largo sensu* ou même une offre (politique) de rejet ou de modification du droit, que d'autres États peuvent éventuellement accepter. Cependant, il n'accède en aucun cas au monde du droit en tant qu'acte juridique. On l'a dit, l'existence

¹²⁶⁵ V. *supra*, § 233.

d'un acte et sa validité présumée sont des qualités objectives qui découlent de son apparence de conformité vis-à-vis d'une règle secondaire d'habilitation. En ce sens, le comportement manifestement illicite ne peut pas exister comme acte (et *a fortiori* ne peut être présumé opposable) car il n'existe aucune habilitation générale permettant de rejeter ou modifier unilatéralement le droit établi. Son illicéité manifeste le rend sans objet, sans cause objective. Il ne peut dès lors constituer une « prétention normative » au sens de la définition retenue dans cette étude, c'est-à-dire équivalent à un acte juridique opposable comme instrument d'un processus normatif et ayant pour effet autonome d'enjoindre les tiers intéressés à réagir¹²⁶⁶.

Enfin, un comportement manifestement illicite peut toujours faire l'objet d'une pratique continue ou répétée. Dans ce cas, en raison du pouvoir normateur des États dans l'ordre international et de l'indétermination de ses modes de production, la pratique peut pousser à la modification du droit en vigueur (*jus cogens* mis à part). À cet égard, si le seuil de passage du fait (en l'occurrence illicite) au droit est indéterminé, on peut à tout le moins constater qu'à un certain moment la sécurité juridique l'emporte sur le fondement initial en admettant sa transformation. L'apparence de licéité se rétablit alors en faveur du fondement nouveau et réinstaure par la même occasion une présomption de régularité et d'opposabilité des comportements (qui deviennent des actes) pris sur cette base. À ce « moment », les États tiers peuvent être réputés avoir pris conscience de la valeur de prétention normative d'une telle pratique et leur inaction face à celle-ci pourra, après un délai raisonnable, être interprétée comme un acquiescement¹²⁶⁷.

Ainsi, l'existence d'un acte et la présomption corollaire d'opposabilité qui le caractérise découlent d'une condition objective : l'apparence de conformité aux conditions de procédure comme aux conditions de fond dictées par les règles secondaires d'habilitation qui en encadrent l'adoption et les effets. Cette existence objective n'empêche pas, toutefois, qu'un acte puisse être entaché de motifs potentiels d'irrégularité. C'est ce second aspect qui, en droit international, est soumis à une logique relativiste. Pour reprendre les mots de J. Combacau là où on les avait laissés au début de ce paragraphe :

« (...) pratiquement, n'est conforme à une règle que ce qui a été déclaré tel par un organe qualifié, ou ne peut pas ou plus être déclaré non-conforme, et en particulier en droit

¹²⁶⁶ On verra toutefois qu'en cas de violation continue de normes impératives, si les États ne sont pas appelés à réagir, sur le plan strictement normatif, ils sont soumis à une obligation de non-reconnaissance de la situation illicite et de ses effets ainsi qu'à une obligation de ne pas contribuer à son maintien, v. *infra*, §§ 342 et s.

¹²⁶⁷ Sur l'effet de sommation découlant de la connaissance d'une prétention, v. *infra*, §§ 326 et s.

international, conformité et non-conformité résultent pour chaque État de l'accueil qu'il fait pour son compte à l'acte juridique en cause »¹²⁶⁸.

En ce sens, l'appréciation de la régularité et du caractère (in)contestable d'un acte juridique dépend d'une condition subjective. C'est la raison pour laquelle l'usage du terme « validité » est critiqué dans l'ordre international. S'il peut refléter la condition objective d'existence d'un acte et sa présomption d'opposabilité, il ne peut décrire de manière adéquate l'appréciation de ses caractères (ir)régulier et (in)contestable. La confirmation ou l'infirmité de la validité d'un acte se fondent en conséquence dans une logique d'opposabilité relative.

C. La confusion partielle des logiques de validité et d'opposabilité des actes juridiques dans l'ordre international

288. Caractéristiques de l'opposabilité en droit international : appréciation subjective et relative de la validité – On a vu que la validité (au moins présumée) d'un acte juridique est équivalente à son existence en droit, existence qui découle elle-même de l'apparence de conformité de cet acte à l'habilitation qui en constitue le fondement. De cette validité-existence d'un acte résulte alors son aptitude à créer des effets juridiques, même provisoires. La notion d'opposabilité, quant à elle, a vocation à décrire l'efficacité d'un acte à l'égard des tiers (*i.e.* le fait de déployer vers eux des effets ou encore le fait qu'il ait un caractère obligatoire). Elle est souvent présentée comme le résultat de la conformité de l'acte au droit et, dès lors, de sa validité-existence¹²⁶⁹. Or, si l'existence d'un acte et, *a fortiori*, la présomption d'opposabilité qu'il revêt relèvent d'une condition objective (*i.e.* l'apparence de conformité à

¹²⁶⁸ J. Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *op. cit.*, p. 98. Il faut toutefois noter que la plupart des auteurs cités qui évoquent la logique d'appréciation subjective et relative de l'opposabilité des actes juridiques à l'œuvre dans l'ordre international l'appliquent aussi, implicitement ou explicitement, à la question de l'existence de ces actes. V. en particulier le raisonnement, selon nous contestable, de C. Santulli selon lequel il faudrait reformuler toute « proposition prédicative » en y incluant l'appréciation des tiers. Un individu aurait ainsi la nationalité d'un État A dans les relations entre un l'État A et B, puis A et C, puis A et D, *etc.*, dans la mesure de l'appréciation positive de ces États, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, *op. cit.*, pp. 350-360. Cependant, il nous semble que la qualité (en l'occurrence de national) existe objectivement et est présumée opposable dans la mesure de sa conformité aux conditions posées par le droit international (notamment la condition d'effectivité). Ce n'est qu'à défaut de cette existence objective et de cette opposabilité automatique que l'on peut rechercher si un État tiers se l'est rendue malgré tout opposable par un acte positif.

¹²⁶⁹ Par ex., J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 783 : « [c]aractéristique de l'acte unilatéral d'un sujet de droit, conforme au droit international et qui, de ce fait, doit être respecté par les tiers » ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 96 : « [l'opposabilité] est déterminée par la compatibilité de l'acte avec le droit international, telle qu'elle est appréciée par les sujets de droit international. (...) Le plus souvent il s'agit d'une simple opposabilité, dominée par le principe de relativité, en fonction de l'attitude des autres États » italique des auteurs.

la règle d'habilitation qui le fonde), l'appréciation de la régularité de l'acte et de son caractère éventuellement (in)contestable repose en droit international sur un procédé subjectif et relatif. Tout État est en effet fondé à tenter de renverser la présomption de régularité et d'opposabilité d'un acte existant dont la conformité au droit lui paraît discutable. On comprend en ce sens le rôle primordial de la réaction des tiers dans le cadre du processus normatif international¹²⁷⁰. En conséquence, dans l'ordre international, l'appréciation de l'(in)opposabilité d'un acte juridique par chaque État équivaut à un jugement subjectif de sa validité¹²⁷¹. De la même façon, l'inopposabilité d'un acte consiste alors en une forme de sanction relative de sa nullité, son inefficacité équivalant à son annulation du point de vue du tiers concerné¹²⁷².

Faut-il pour autant renoncer, comme certains l'ont préconisé, à l'emploi des termes « (in)validité » ou « nullité » en droit international¹²⁷³ ? Compte tenu des représentations privilégiées dans cette étude, au moins trois raisons militent en faveur d'une réponse négative. D'abord, comme on l'a vu, il ne faut pas oublier que même dans l'ordre international l'existence d'un acte, présumé valide et déployant au moins provisoirement certains effets, dépend d'une condition objective (*i.e.* l'apparence de conformité de cet acte vis-à-vis de l'habilitation reconnue au sein d'un groupe de sujets). Ensuite, au stade de l'analyse de la régularité et du caractère (in)contestable d'un acte, la logique d'opposabilité qui prévaut n'empêche pas une confrontation de celui-ci avec la règle qui le fonde. La logique

¹²⁷⁰ V. *infra*, Partie 2, Titre 2.

¹²⁷¹ En ce sens, C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit international par le droit international*, *op. cit.*, pp. 350-360 ; R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 210-212 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 163-164.

¹²⁷² Pour reprendre, par exemple, les mots d'E. Zoller, « [l']inopposabilité et la nullité partagent la même nature d'être l'une comme l'autre la sanction d'un acte frauduleux. Mais c'est dans leurs effets qu'elles se différencient radicalement. L'inopposabilité prive l'acte juridique d'effet seulement à l'égard de certaines personnes (notamment les créanciers) alors que la nullité consiste en l'anéantissement de l'acte et a des effets *erga omnes* », CIJ, *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, Compte-rendu de l'audience publique du lundi 20 octobre 1997, CR1997/23, p. 24, § 3.4.

¹²⁷³ V. par ex., J. Combacau, « Logique de validité contre logique d'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 203 : « (...) l'invalidité d'un acte n'est simplement pas *concevable* dans les conditions habituelles de fonctionnement du droit international, alors même que sa positivité serait établie (par exemple entre les parties à la convention de Vienne, dans la mesure où elle y fait appel), parce que les éléments qui en constitueraient le concept sont contredits par l'ordre juridique dans lequel on prétend l'insérer. Tant que, comme l'exige ce concept, on verra dans l'invalidité d'un acte, ou de quoi que ce soit d'autre, une qualité objective unique, non contradictoire en elle-même et insusceptible de contradiction en provenance de l'extérieur, il sera impossible de la reconnaître à l'acte soumis aux appréciations divergentes d'États que le droit international habilite, comme le veut son génie singulier, à en accepter ou non les effets », italique de l'auteur. Également, C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, *op. cit.*, p. 358.

d'opposabilité n'est pas exclusive de celle de la validité¹²⁷⁴. Par exemple, en cas de contentieux entre l'auteur d'un acte et un tiers qui en conteste le bien-fondé, le juge se réfère, à défaut d'accord entre les parties, à l'(ir)régularité de l'acte vis-à-vis de son fondement pour déterminer son (in)opposabilité relative. Enfin, le rapport entre la validité-existence et l'opposabilité relative d'un acte étatique dépend aussi de l'importance de la marge d'appréciation dont son auteur dispose. Plus une habilitation est hautement déterminée, plus la validité objective et l'opposabilité relative de l'acte se rapprochent et tendent à se confondre ; plus une habilitation est faiblement déterminée et laisse alors à l'auteur d'importantes marges de liberté, plus la validité objective et l'opposabilité relative de l'acte pris sur un tel fondement s'éloignent au profit d'une appréciation purement subjective de son opposabilité.

289. Rapport entre l'étendue du contrôle et l'ampleur des marges d'appréciation –

Le principe de base est qu'un acte juridique étatique est à tout le moins présumé opposable si les conditions déterminées par une règle commune sont apparemment satisfaites. Cependant, sa mise en œuvre peut s'avérer délicate. Le pouvoir de l'auteur d'un acte varie en effet en fonction des marges d'appréciation que lui laisse la règle d'habilitation. Symétriquement, le contrôle opéré par les tiers sur l'(ir)régularité et l'(in)opposabilité de l'acte est aussi plus ou moins important¹²⁷⁵. Le constat ramène à des considérations déjà exposées relatives au lien entre l'application du droit et son interprétation ou sa modification. Compte tenu de la nature abstraite des énoncés normatifs, ce sont les acteurs du système qui leur attribuent une signification en vue de leur réalisation pragmatique. Ainsi, l'application du droit participe de sa production ou de son évolution, surtout dans l'ordre international. À cet égard, on a distingué, d'un côté, l'interprétation qui joue sur les espaces de liberté reconnus par une norme d'habilitation (les champs qu'elle laisse plus ou moins indéterminés) et, de l'autre, la modification qui a pour objet de transformer un élément déterminé par la règle et admis entre les sujets qu'elle lie¹²⁷⁶. Dans le cadre de l'analyse de la logique d'opposabilité à l'œuvre dans l'ordre international, on peut tirer de ces réflexions deux séries de conséquences.

En premier lieu, la distinction opérée éclaire la raison pour laquelle les prétentions interprétatives unilatérales sont présumées opposables. Elles constituent pour leur auteur une prétention à l'utilisation d'une certaine liberté, ce qui confère à l'acte une apparence de

¹²⁷⁴ En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 164.

¹²⁷⁵ En ce sens, R. Rivier, *Droit international public*, op. cit., p. 210.

¹²⁷⁶ V. *supra*, § 227.

régularité vis-à-vis de l'habilitation qui le fonde. La prétention modificative, quant à elle, est en principe inopposable (si elle est isolée) dans la mesure où elle contredit les éléments déterminés de la règle. La remise en cause du statut normatif d'un énoncé ou d'une partie d'un énoncé exige une activité à la fois plus dense et, surtout, conjointe des acteurs qui trouve son expression dans l'idée de pratique (coutumière ou conventionnelle), quand bien même cette pratique serait le fruit de comportements unilatéraux répétés d'un côté, suivis simplement par le silence d'un tiers intéressé de l'autre. Cela dit, la distinction entre interprétation et modification n'est pas toujours aisée en pratique. Elle n'est réellement établie en droit que par l'accord des États sur l'une ou l'autre ou par la décision d'un juge.

En second lieu, la question de la marge d'appréciation permet de comprendre le rapport de causalité plus ou moins important à l'œuvre entre la nature des habilitations et la validité-opposabilité relative des actes pris sur leur fondement. En cas de détermination élevée du contenu d'une norme d'habilitation, la marge d'appréciation de l'auteur d'un acte est fortement réduite. Dans cette hypothèse, un acte n'est opposable que s'il est *conforme* à l'habilitation sur laquelle il est fondé, la conformité consistant à reproduire un modèle de référence. Il s'ensuit que la règle d'habilitation trouve une application relativement uniforme, à moins que les États choisissent d'y déroger. Ainsi, d'un côté, la condition d'opposabilité de l'acte se rapproche d'une logique de validité objective. De l'autre, dans la mesure où la marge d'appréciation est réduite, la distinction entre l'interprétation et la modification de la règle apparaît aussi plus aisée. Inversement, si l'habilitation est faiblement déterminée, alors la marge d'appréciation laissée aux États est plus vaste. Dans ce cas, pour être opposable, l'acte n'a pas à être nécessairement conforme mais simplement *compatible* avec l'habilitation, c'est-à-dire en accord avec elle¹²⁷⁷. L'acte en cause ne constitue alors que l'une des multiples expressions concrètes possibles de l'habilitation. L'évaluation de sa validité se fonde presque intégralement dans une logique d'opposabilité relative et les cas d'appréciations divergentes selon les États peuvent aisément se multiplier.

290. Considérations de synthèse – Les différentes notions définies ((in)existence, validité, nullité, opposabilité) permettent de comprendre que le critère de l'opposabilité présumée des actes juridiques réside dans leur apparence de conformité à l'habilitation sur

¹²⁷⁷ La distinction entre « conformité » et « compatibilité » est aussi évoquée rapidement par A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 166, bien que l'on adhère pas au raisonnement au sein duquel elle est apparaît (sur ce point, v. la note suivante). On peut rapprocher cette distinction entre conformité et compatibilité de nos développements relatifs aux règles d'habilitation dites spécifiques (hautement déterminées) d'une part, et génériques (faiblement) déterminées d'autre part, v. *supra*, §§ 178 et s.

laquelle ils sont fondés. En ce sens, du fait du respect des conditions relatives à l'acteur et à l'action et de l'absence de contrariété manifeste avec les conditions de fond, un acte existe en droit et, pour cette même raison, est présumé « valide ». Il s'agit là, *prima facie*, d'une qualité objective qui découle du jeu d'une règle secondaire reconnue entre les sujets. Toutefois, il n'est pas impossible qu'un tel acte soit entaché par des motifs d'irrégularité et qu'il puisse dès lors être contesté. Cette absence d'(ir)régularité manifeste, dont peut découler l'existence de motifs de contestation, constitue l'une des caractéristiques essentielles des prétentions normatives. Or, ce contrôle de la régularité et du caractère (in)contestable et (in)opposable des prétentions normatives est soumis au relativisme du droit international. Il dépend en conséquence d'une condition subjective. Dans une telle hypothèse, les tiers intéressés se trouvent devant une alternative simple. Soit ils peuvent contester la présomption de validité-existence de l'acte en vue de se le rendre inopposable pour eux-mêmes. Soit ils ne contestent pas l'opposabilité de l'acte quand bien même il n'est pas nécessairement conforme ou compatible avec son fondement, auquel cas cette activité conjointe des sujets rétroagit sur la valeur de ce dernier : après un délai raisonnable, l'absence de contestation vaut acceptation du contenu de la prétention. Quoi qu'il en soit, cela suppose, d'un côté, qu'une prétention normative, en tant qu'acte ni manifestement régulier ni irrégulier, génère des effets tant qu'elle n'est pas contestée et, de l'autre, que les motifs d'inopposabilité potentiels qui l'entachent n'agissent pas automatiquement¹²⁷⁸. Il revient à chaque État d'en apprécier l'existence et, le cas échéant, de les soulever.

¹²⁷⁸ C'est là l'une des divergences majeures que l'on peut avoir avec le raisonnement proposé par A. Marie (*ibid.*), sur lequel on s'appuie par ailleurs à bien d'autres égards dans ce Titre 1. En effet, après avoir démontré qu'un acte existant (*i.e.* car en apparence conforme au droit) est présumé opposable quand bien même il serait potentiellement contestable (pp. 91-108), et après avoir démontré que cette hypothèse théorique se vérifie en pratique pour de nombreux actes non-manifestement (ir)réguliers (les traités, les actes juridictionnels ou les actes d'organisations internationales, pp. 108-122), l'auteur change de position pour ce qui concerne les actes unilatéraux étatiques. Pour l'auteur, quand bien même un État est habilité à exercer un pouvoir donné, le caractère non-manifestement (ir)régulier de son acte unilatéral le rend *automatiquement inopposable* (spéc. pp. 164-167). On voit là une contradiction théorique. En outre, l'auteur cherche à distinguer des « prétentions par devenir » et des « prétentions par nature » (pp. 166-167). Les premières découlent d'actes que les États ont légalement le pouvoir d'adopter (en vertu d'une habilitation), tandis que les secondes interviennent dans un domaine où ils n'ont pas le pouvoir de générer l'effet voulu. On voit là deux autres éléments contestables. D'un côté, les « prétentions par nature » ne sont simplement pas des actes juridiques (car ils sont émis sans fondement). Il n'est dès lors pas utile de démontrer leur inopposabilité ; elle découle simplement d'un motif d'inexistence. De l'autre, les « prétentions par devenir » seraient, selon la définition de l'auteur, opposables car fondées sur une habilitation et en même temps inopposables du fait de leur caractère non-manifestement régulier. En conséquence, on lit par exemple à plusieurs reprises dans les pages suivantes que c'est parce que certaines habilitations laissent aux États une marge d'appréciation que leurs actes ne peuvent être considérés comme automatiquement opposables. Dans ces conditions, il est alors permis de se demander comment un acte automatiquement « inopposable » peut *in fine* générer une charge de réagir. Dans cette étude, on s'efforce inversement de

§2. Approche pratique

291. La représentation théorique proposée trouve différentes confirmations pratiques. D'abord, il est possible de voir que la nature relativiste du droit international n'empêche en rien de constater l'(in)existence objective d'un acte unilatéral étatique (A). Ensuite, l'idée selon laquelle l'existence d'un tel acte emporte une présomption de régularité et d'opposabilité se vérifie tout autant. En pratique, de nombreux cas de doute sur la régularité de certains actes existent. Pour autant, cela ne les empêche pas de déployer certains effets au moins provisoires. La preuve en est que le silence des tiers intéressés peut, dans certains cas, se voir attribuer la valeur d'un acquiescement à la prétention normative que ces actes véhiculent. Néanmoins, dans les cas des prétentions interprétatives (B) et des prétentions modificatives (C) les mécanismes permettant de conclure à leur opposabilité présumée diffèrent en partie.

A. Le caractère objectif de l'(in)existence d'un acte

292. *Constat objectif de l'(in)existence de la nationalité dans le cadre de l'exercice par un État de la protection diplomatique* – Conformément aux définitions et représentations théoriques évoquées, il s'agit de démontrer par le témoignage de la pratique qu'un comportement qui n'a pas au moins une apparence de conformité avec les conditions de base posées par le droit international à son existence (conditions relatives à l'acteur et à l'action mais également relatives au fond) ne peut faire advenir aucun acte. En conséquence, un tel « acte inexistant » ne peut être opposable. Le fait, dans certains cas, que l'existence et l'opposabilité purement subjective d'un acte puisse découler d'un accord *ad hoc* entre son auteur et un ou plusieurs États ne remet pas en cause cette considération. En raison du caractère supplétif du droit international, les États peuvent décider de passer par une voie inédite en vue de l'adoption d'un acte substantiellement équivalent à celui qui aurait pu être adopté par le jeu d'une règle d'habilitation préexistante. Cette règle-ci, cependant, continue d'être valable et mobilisable tant qu'elle n'est pas remise en cause. L'un des domaines typiques permettant d'illustrer ce type de problématique est celui de l'attribution de la nationalité. En la matière, comme on l'a vu, le droit international opère un renvoi au droit interne de chaque État. L'existence de la nationalité dans l'ordre interne constitue la condition d'existence de

démontrer que c'est précisément parce qu'une prétention est opposable mais potentiellement contestable que la réaction des tiers devient pertinente pour le processus normatif.

celle-ci dans l'ordre international¹²⁷⁹. En cas de contentieux, c'est alors sur la preuve d'un fait qu'il s'agit pour le juge international de s'appuyer¹²⁸⁰. À cet égard, la charge de la preuve pèse sur l'État qui se prévaut de l'existence de la qualité de national, en général le demandeur qui entend mettre en œuvre l'action judiciaire internationale aux fins de protection de son ressortissant.

L'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* (1955) offre une première illustration de l'hypothèse avancée. Afin de se prononcer sur la recevabilité de la requête introduite par le Liechtenstein, la Cour dut déterminer si la naturalisation par ce dernier de Nottebohm pouvait être valablement invoquée à l'égard du Guatemala¹²⁸¹. Elle raisonna en deux temps. En premier lieu, les juges examinèrent l'argument du Liechtenstein selon lequel le Guatemala s'était rendu opposable la nationalité de Nottebohm. Autrement dit, il s'agissait de savoir si, par son comportement, le Guatemala avait reconnu l'existence de la qualité invoquée. La Cour répondit par la négative¹²⁸². Néanmoins, la place attribuée à cette question dans son raisonnement mérite plusieurs remarques. D'abord, il était légitime qu'elle traite en premier l'argument du Liechtenstein dans la mesure où celui-ci reposait sur l'idée de forclusion. Face à la contestation de la recevabilité de sa requête par le Guatemala, le demandeur chercha à en souligner l'incohérence au motif que le Guatemala aurait déjà reconnu en fait la nationalité de Nottebohm. Ensuite et surtout, le fait pour la Cour de répondre en premier à la question de l'opposabilité subjective de la nationalité vis-à-vis du Guatemala peut être expliqué, comme on l'a évoqué, par le caractère supplétif du droit international. En cas de reconnaissance *ad hoc* par le Guatemala de la qualité nécessaire à l'exercice de la protection, il aurait paru inutile à la Cour d'interroger le régime de l'acte d'attribution de nationalité au regard du droit international général en vue d'en déterminer l'(in)existence objective. Certains ont cru voir dans cette première étape du raisonnement de la Cour la confirmation d'une hypothèse relativiste extrême. Toutefois, le fait que la Cour ait procédé ainsi ne revient pas à reconnaître que l'existence d'un acte dans l'ordre international serait (ou devrait être) en toute hypothèse attestée par l'appréciation subjective de chaque

¹²⁷⁹ V. *supra*, § 158.

¹²⁸⁰ Cela vaut sous réserve des cas dans lesquels se cache derrière un jugement sur l'existence de la nationalité un jugement relatif à son irrégularité interne (en cas d'obtention de la nationalité du fait d'une fraude par exemple), ce qui laisse apparaître une substitution inopportune des organes de l'ordre interne d'un État par un organe international. Sur ce point, v. J. Combacau, « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'État en droit international », *op. cit.*, pp. 105-106.

¹²⁸¹ CIJ, *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, préc., pp. 16-17.

¹²⁸² *Ibid.*, pp. 19-20.

État¹²⁸³. La preuve en est que la Cour ne s'est pas arrêtée au constat de l'absence de reconnaissance par le Guatemala de la nationalité de Nottebohm.

En second lieu, la Cour s'interrogea sur le point de savoir si la nationalité de Nottebohm devait être considérée comme objectivement opposable au défendeur¹²⁸⁴. À ce stade, elle se pencha sur l'état du droit international positif et opéra une distinction entre, d'une part, les conditions d'attribution par les États de leur nationalité et, d'autre part, la condition d'opposabilité dans l'ordre international de la nationalité en vue de l'exercice par un État de la protection diplomatique. Ainsi, la Cour rappela d'abord le principe classique selon lequel il appartient à chaque État de régler par sa législation les conditions d'acquisition de sa nationalité. Toutefois, elle souligna ensuite qu'il ne dépend pas de la loi interne d'un État de déterminer s'il dispose du pouvoir, en droit international, d'intenter un recours au nom de l'un de ses ressortissants : « [e]xercer sa protection, s'adresser à la Cour, c'est se placer sur le plan du droit international. C'est le droit international qui détermine si un État a qualité pour exercer la protection et saisir la Cour »¹²⁸⁵. À cet égard, la Cour considéra que l'existence, en droit international, de la qualité de national d'un État devait, aux fins de l'exercice de la protection diplomatique, être soumise, en plus de la condition d'existence de cette qualité en droit interne, à une condition de fond. Cette condition repose sur le caractère effectif, sincère, du lien qui unit l'État à son national¹²⁸⁶. Or, la Cour constata à la lumière des faits que l'acte de naturalisation ne remplissait manifestement pas cette condition. La nationalité attribuée à Nottebohm, conclut-elle, « manque de la sincérité qu'on doit attendre d'un acte aussi grave

¹²⁸³ C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, *op. cit.*, p. 354, qui en tire alors comme conclusion que toute proposition prédicative (en l'occurrence une norme attribuant la qualité de national) devrait inclure l'appréciation subjective de chaque tiers intéressé, p. 358. J. Combacau a souligné qu'il lui semblait nécessaire de relativiser cette approche, « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'État en droit international », *op. cit.* p. 107 : « [i]l n'est pas certain que, certes fondée dans d'autres contextes que celui de l'attribution et des effets des qualités d'origine interne, cette vision de l'inopposabilité comme modalité ou comme substitut de la validité, dans laquelle chaque État apprécierait la validité internationale d'une qualité déjà établie dans l'ordre étatique, rende compte de la réalité ». L'auteur explique plus loin que, selon lui, « [l']inefficacité [de la nationalité] consiste non pas en une inopposabilité automatique et généralisée (...) mais un défaut d'automatisme de l'opposabilité, et seulement dans les relations entre l'État national et les États qui invoqueraient cette incompatibilité ; inefficacité relative donc et qui, n'étant pas d'ordre public, doit faire l'objet d'une action des États qui s'en réclament », p. 109.

¹²⁸⁴ CIJ, *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, préc., p. 20 : « [l]a preuve n'ayant pas été rapportée que le Guatemala ait reconnu le titre à l'exercice de la protection que le Liechtenstein prétend tirer de la naturalisation par lui octroyée à Nottebohm, la Cour doit rechercher si un tel octroi de nationalité par le Liechtenstein entraîne directement obligation pour le Guatemala d'en reconnaître l'effet (...). En d'autres termes, il s'agit de rechercher si cet acte émanant du Liechtenstein seul est opposable au Guatemala en ce qui concerne l'exercice de la protection ».

¹²⁸⁵ *Ibid.*, pp. 20-21.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, p. 23.

pour qu'il s'impose au respect d'un État se trouvant dans la situation du Guatemala. Elle a été octroyée sans égard à l'idée que l'on se fait, dans les rapports internationaux, de la nationalité »¹²⁸⁷. L'arrêt illustre ainsi un cas d'inexistence et d'inopposabilité objective de la nationalité dans le cadre des règles applicables à l'exercice de la protection diplomatique.

L'affaire du *Grand Prince (Belize c. France)* (2001) portée devant le TIDM constitue un exemple assez similaire. Le *Grand Prince* était un navire de pêche battant pavillon du Belize lors de son arraisonnement par la marine française le 26 décembre 2000. Le Belize formula auprès du TIDM une demande de prompt mainlevée. Afin d'établir sa compétence, le Tribunal chercha logiquement à s'assurer du fait que le Belize était bien l'État du pavillon du navire aux termes de l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. À cet égard, il précisa que « [l]a charge initiale de la preuve (...) incomb[ait] au demandeur »¹²⁸⁸. Le Belize présenta dès lors différents documents dont une patente provisoire de navigation, arrivée à expiration le 29 décembre 2000, et une déclaration du 30 mars 2001 du directeur du bureau d'immatriculation du registre bélizien de la marine marchande selon laquelle, malgré l'expiration de la patente, le navire était toujours considéré comme immatriculé au Belize. La France, quant à elle, contesta au Belize la qualité d'État du pavillon du *Grand Prince*. Elle présenta à ce titre une note verbale du 4 janvier 2001 émanant du Ministère des affaires étrangères du Belize selon laquelle, en raison du fait qu'il s'agissait de la seconde infraction rapportée à l'égard du *Grand Prince*, le navire était radié du registre d'immatriculation du Belize à compter de ce jour¹²⁸⁹. Pour le Tribunal, la question se posait donc de savoir si l'immatriculation du navire avait été rétablie après la radiation intervenue le 4 janvier. Or, à cet égard, il constata que les documents fournis par le Belize, d'une part, avaient pour seule vocation de permettre la formulation de la demande de prompt mainlevée et, d'autre part, n'étaient étayés par aucun élément suffisamment probant. Par conséquent, il considéra que « l'affirmation selon laquelle le navire [était] « toujours considéré comme immatriculé au Belize » cont[enait] un élément de fiction et ne constitu[ait] pas une base suffisante permettant de conclure que le Belize était l'État du pavillon du navire aux fins de la présentation de la demande »¹²⁹⁰. La note verbale émanant du Ministère des affaires étrangères, quant à elle, fut légitimement considérée par le Tribunal comme l'expression de

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p. 26.

¹²⁸⁸ TIDM, arrêt du 20 novembre 2001, *Affaire du « Grand Prince » (Belize c. France), prompt mainlevée*, *Rec.*, § 67.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, § 72.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, § 85.

la position officielle du Belize à propos de la situation du *Grand Prince*¹²⁹¹. En somme, comme le souligne l'arrêt, c'est bien le demandeur qui a échoué à apporter la preuve de l'existence objective de sa qualité d'État du pavillon du navire en raison du défaut d'existence de l'immatriculation requise dans son ordre interne¹²⁹².

À titre de comparaison, l'affaire du navire *Saiga* (n° 2) (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*) (1999) peut utilement être citée dans la mesure où le TIDM est parvenu à une conclusion opposée. Le *Saiga* fut arraisonné le 28 octobre 1997 par la Guinée. En tant qu'État du pavillon, Saint-Vincent formula une demande de prompt mainlevée qui fut acceptée par le Tribunal en décembre de la même année. À la suite de cette première procédure, le différend au fond fut également porté devant le TIDM. Dans le cadre de cette seconde procédure, la première exception préliminaire soulevée par la Guinée portait sur le fait que le *Saiga* n'était pas valablement immatriculé par Saint-Vincent au moment des faits¹²⁹³. De son côté, Saint-Vincent produisit trois documents afin d'apporter la preuve de sa qualité d'État du pavillon : un certificat d'immatriculation provisoire du 12 mars 1997 et expiré le 12 septembre 1997, une preuve de l'inscription du navire au registre maritime à compter du 26 mars 1997 et un certificat définitif d'immatriculation datant du 28 novembre 1997¹²⁹⁴. Le débat se porta en conséquence sur la question de savoir si entre le 12 septembre et le 28 novembre 1997, période durant laquelle les faits se sont déroulés, le navire avait bien la nationalité vincentaise. Or, sur ce point, le Tribunal souligna d'un côté que « [l]es moyens de preuve produits par Saint-Vincent ont été appuyés par son comportement » dans la mesure où il « a agi à tous moments du présent différend sur la base du fait que le *Saiga* était un navire ayant sa nationalité »¹²⁹⁵. Il jugea en conséquence que le demandeur s'était « acquitté » de la charge initiale qui consistait à établir que le *Saiga* avait la nationalité vincentaise au moment où il a été arraisonné¹²⁹⁶. D'un autre côté, le Tribunal reprocha à la Guinée, d'une part, de ne pas avoir contesté la nationalité du navire dans le cadre de la première procédure présentée

¹²⁹¹ *Ibid.*, § 87.

¹²⁹² *Ibid.*, § 93 : « [c]ompte tenu de l'arrivée à expiration de la patente provisoire de navigation ou, en tout état de cause, de la radiation du *Grand Prince* du registre, visée dans la note verbale du 4 janvier 2001, et sur la base d'une évaluation de l'ensemble des éléments de preuve qui lui ont été soumis, le Tribunal conclut que les documents probatoires produits par le demandeur ne permettent pas d'établir que le Belize était l'État du pavillon du navire au moment où la demande a été faite ».

¹²⁹³ TIDM, arrêt du 1^{er} juillet 1999, *Affaire du navire « Saiga »* (n° 2) (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*), *Rec. TIDM*, § 55.

¹²⁹⁴ *Ibid.*, § 57.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, § 68.

¹²⁹⁶ *Ibid.*, § 72.

devant lui et, d'autre part, de ne pas avoir suffisamment étayé son affirmation¹²⁹⁷. À la lecture des faits, il faut admettre que la qualité du navire comme étant immatriculé à Saint-Vincent n'était pas nécessairement flagrante et qu'elle pouvait être contestée. Cependant, le raisonnement du Tribunal ne consiste pas pour autant à reconnaître l'acceptation silencieuse du défendeur face à une prétention à l'existence de la nationalité émise par le demandeur. Il n'a pas besoin d'aller jusque-là dans la mesure où il *constate* simplement l'existence de la nationalité confirmée par le comportement du demandeur, existence qui équivaut logiquement à son opposabilité (au moins présumée) vis-à-vis de la Guinée. On ne voit pas en quoi l'absence de flagrance de l'existence de la qualité serait, comme l'a affirmé A. Marie, « une cause de son inopposabilité automatique »¹²⁹⁸. Comment un acte automatiquement inopposable, et *a fortiori* inexistant pour le défendeur, générerait-il une insécurité juridique et ferait-il, dès lors, peser sur ce dernier une charge de réagir ? C'est l'inverse qui paraît pouvoir être déduit du raisonnement du Tribunal dans cette affaire. Celui-ci constate explicitement l'existence d'un fait (l'immatriculation du navire) à la lumière des preuves apportées par le demandeur. Si cette qualité existe, elle est alors au moins présumée opposable à la Guinée, qui pouvait toujours apporter la preuve contraire, ce qu'elle a échoué à faire. Ce n'est donc pas que la Guinée a accepté par son silence une prétention soi-disant inopposable en principe ; il lui est reproché de ne pas avoir suffisamment contesté une qualité considérée comme existante (certes en vertu d'une approche libérale du Tribunal) et opposable objectivement. Néanmoins, cela n'empêche pas que *si* l'immatriculation du navire avait été considérée par le Tribunal comme inexistante au moment des faits, alors le comportement de la Guinée aurait éventuellement pu être vu comme un acquiescement à une prétention de Saint-Vincent à l'exercice de la protection juridictionnelle. On retrouve l'idée déjà évoquée du caractère supplétif du droit international qui permet de déroger au constat de l'inexistence objective d'un acte en vertu d'une habilitation préexistante. La conclusion à laquelle arrive A. Marie demeure donc valide mais elle est abstraite, le Tribunal ayant suffisamment d'éléments pour considérer Saint-Vincent comme l'État du pavillon¹²⁹⁹.

En définitive, la pratique jurisprudentielle démontre que, même dans l'ordre international, les juges procèdent au constat de l'(in)existence objective d'un acte. Les

¹²⁹⁷ *Ibid.*, § 69 et § 72.

¹²⁹⁸ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 224.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, pp. 224-225. L'opinion individuelle du Juge Rao citée par l'auteur ne nous paraît pas dire autre chose dans la mesure où, contrairement au Tribunal, son raisonnement postule l'inexistence de la qualité de national, *Rec.*, § 12.

exemples développés ne concernent que l'attribution de nationalité. Cependant, il est tout aussi probant d'évoquer les décisions juridictionnelles relatives à l'existence d'autres actes juridiques tels que les promesses ou renonciations. Dans ce genre d'hypothèses, la charge de la preuve de l'existence d'un tel acte pèse, là aussi, sur le sujet qui entend s'en prévaloir et le juge procède, on l'a vu, à un constat objectif¹³⁰⁰. Or, conformément aux représentations théoriques avancées, de l'existence d'un acte juridique découle logiquement son opposabilité présumée. L'hypothèse se vérifie assez aisément pour les prétentions interprétatives.

B. L'opposabilité présumée des prétentions interprétatives

293. Si une prétention interprétative peut être définie comme un acte dont le contenu s'appuie, au moins du point de vue de son auteur, sur les espaces de liberté laissés par la règle d'habilitation sur laquelle il est fondé, alors un tel acte peut en principe être présumé opposable. En ce sens, il existe un rapport de causalité entre l'étendue de la marge d'appréciation dont un État dispose et l'opposabilité présumée de l'acte qu'il adopte : plus une habilitation laisse certains champs indéterminés, plus l'acte pris sur un tel fondement peut être vu comme une prétention interprétative de ces champs et, en même temps, plus il a de chance d'avoir l'apparence d'un acte régulier. Cependant, dans l'ordre international, il revient à chaque État d'apprécier pour lui-même la régularité d'un tel acte et de soulever le ou les motifs qui lui permettraient de se le rendre inopposable. Dans ce contexte, on comprend qu'un doute éventuel sur la régularité d'une prétention interprétative enjoigne les tiers intéressés de réagir¹³⁰¹. Cet effet de sommation constitue la preuve de l'opposabilité présumée des prétentions interprétatives. En effet, si le silence se voit attribuer la valeur d'un acquiescement, cela suppose que le comportement auquel il répond ait eu la valeur d'une prétention normative et fait l'objet d'une présomption d'opposabilité.

Le témoignage de la pratique confirme cette hypothèse. À cet égard, il est permis d'évoquer en premier lieu l'opposabilité automatique des réserves aux traités qui ne sont pas manifestement (ir)régulières et qui, de ce fait, constituent des prétentions interprétatives de

¹³⁰⁰ V. en particulier tous les exemples développés dans le cadre de l'analyse des conditions relatives à l'action nécessaire à la naissance d'un acte unilatéral, *supra*, § 292.

¹³⁰¹ L'idée selon laquelle un doute sur l'existence ou la consistance d'un rapport de droit constitue l'apport essentiel de la thèse proposée par A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, bien que l'on n'approuve pas son raisonnement consistant à considérer que le caractère non-manifestement (il)licite d'un acte étatique unilatéral constituerait une cause de son inopposabilité automatique, tout en ayant pour effet de générer dans le chef des tiers intéressés une « charge de réagir ». On reviendra sur le contenu de ce qu'on dénomme dans cette étude la « sommation de réagir », v. *infra*, §§ 326 et s.

leur objet et de leur but (1). En second lieu, l'opposabilité présumée des prétentions interprétatives unilatérales peut également être démontrée lorsque celles-ci portent sur des tracés frontaliers déterminés avec plus ou moins de précision par un traité de frontière ou par l'application du principe de *uti possidetis juris* (2). Les deux domaines évoqués offrent ainsi autant d'illustrations d'un phénomène commun aux prétentions interprétatives en général.

1. Le cas des réserves aux traités

294. *Opposabilité présumée et acceptation tacite des réserves non-manifestement (ir)régulières* – Le rapport de causalité entre l'étendue de la liberté interprétative d'un État, qui est fonction de la marge d'appréciation dont il dispose en vertu d'une habilitation, et l'opposabilité présumée de ses actes est parfaitement illustrée par le régime des réserves aux traités. Trois catégories méritent d'être distinguées. La première concerne les réserves expressément autorisées par un traité. On a vu dans un autre contexte qu'au titre de l'article 20, § 1 de la Convention de Vienne de 1969 et de la directive 4.1.1 du Guide de la pratique élaboré par la CDI, de telles réserves sont considérées comme automatiquement opposables dans la mesure où elles sont, « par définition, substantiellement valide[s] et acceptée[s] » par l'ensemble des parties contractantes¹³⁰². Qu'elles soient admises sur la base d'une clause de réserves (permettant d'exclure purement et simplement l'application d'une ou plusieurs dispositions du traité) ou en vertu d'une liste exhaustive de réserves négociées au préalable, la marge d'appréciation des États parties est, dans une telle hypothèse, quasiment inexistante. Ainsi, dès lors qu'elles sont adoptées en bonne et due forme, ces réserves sont manifestement régulières et incontestables. La représentation d'un tel phénomène se rapproche en ce sens d'une logique de validité objective pour les parties au traité.

La seconde catégorie se rapporte aux réserves interdites par le traité ou incompatibles avec son objet et son but. À cet égard, la directive 4.5.1 du Guide indique qu'une réserve « qui ne respecte pas les conditions de validité formelle et substantielle énoncées dans les deuxième et troisième parties du Guide de la pratique est nulle de plein droit et, en conséquence, dépourvue de tout effet juridique »¹³⁰³. La directive 4.5.2, § 1, quant à elle, précise que « [l]a nullité d'une réserve non valide ne dépend pas de l'objection ou de l'acceptation d'un État contractant »¹³⁰⁴. On voit donc dans l'expression « nulle de plein droit » l'illustration de

¹³⁰² CDI, « Guide de la pratique sur les réserves aux traités », *op. cit.*, pp. 460-461, § 1.

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 535.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, p. 546.

l'inexistence de la réserve interdite ou contraire à l'objet et au but du traité, qui n'accède même pas au statut de prétention normative (en tenant compte, néanmoins, du problème qu'une réserve puisse effectivement apparaître manifestement contraire à l'objet et au but du traité, alors que ces notions sont indéterminées et dès lors dépendantes de l'appréciation portée par chaque État partie, sauf dans le cadre des mécanismes institutionnalisés de protection des droits de l'homme). De tels comportements sont considérés comme automatiquement inopposables ; ils ne font naître aucun acte en vertu de la règle sur laquelle ils prétendent se fonder.

La troisième catégorie comprend enfin les réserves qui ne sont ni « expressément autorisées » ni manifestement irrégulières. Il a été vu en première partie en quoi ces réserves, qui font l'objet d'une habilitation générale expresse, implicite ou silencieuse selon les traités, peuvent constituer des prétentions interprétatives du fait de la marge d'appréciation relative à la définition (par ailleurs évolutive) de l'objet et du but d'un traité¹³⁰⁵. De tels actes peuvent être contestés. Chaque État partie peut soulever un motif éventuel d'irrégularité afin de se les rendre inopposables. Comme pour toute prétention interprétative, c'est alors le doute sur l'(ir)régularité de la réserve qui génère une incertitude sur l'état d'un rapport de droit et rend nécessaire, par conséquent, l'attribution d'une valeur juridique au silence¹³⁰⁶. Cela fut réalisé avec l'adoption de l'article 20, § 5 de la Convention de 1969 qui prévoit qu'une réserve est considérée comme acceptée par un État s'il n'y a pas objecté dans les douze mois suivant sa réception par notification ou suivant la date à laquelle il a exprimé son consentement à être lié par le traité si celle-ci est postérieure. Dans le même ordre d'idée, le commentaire de la directive 2.8.13 du Guide de la pratique, qui consacre le caractère définitif de l'acceptation d'une réserve, souligne que « l'encadrement du mécanisme des objections [a pour] but de réaliser une stabilisation des relations conventionnelles troublées, en quelque sorte, par la réserve »¹³⁰⁷. Ainsi, c'est l'attribution au silence de la valeur d'un acquiescement qui démontre qu'une réserve non-manifestement (ir)régulière est, dès son adoption, présumée opposable et génère des effets au moins provisoires. Autrement dit, une réserve qui n'est pas manifestement contraire à une interdiction explicite ou manifestement incompatible avec

¹³⁰⁵ V. *supra*, § 231.

¹³⁰⁶ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 220.

¹³⁰⁷ CDI, « Guide de la pratique sur les réserves aux traités », *op. cit.*, p. 330, § 4. A. Pellet a quant à lui souligné dans son Douzième rapport que l'objection à une réserve constitue « l'acte qui renverse la présomption du consentement tacite (...) elle doit, pour aboutir à ce résultat, intervenir dans des délais déterminés », sous peine que la réserve ne devienne incontestable, v. CDI, « Douzième rapport sur les réserves aux traités », doc. A/CN.4/584, 2007, p. 41, § 39.

l'objet et le but du traité existe bel et bien et est opposable en tant que prétention interprétative. Le cas contraire rendrait le principe de l'acceptation tacite sans fondement. Les illustrations jurisprudentielles du mécanisme demeurent relativement rares, même si la CIJ a parfois noté le fait qu'un État contestant devant elle la validité d'une réserve n'avait auparavant formulé aucune objection¹³⁰⁸. L'attribution d'une valeur au silence (résultant d'un effet de sommation) comme preuve de l'opposabilité présumée des prétentions interprétatives unilatérales est nettement plus apparent dans le cadre de certains contentieux relatifs au tracé d'une frontière.

2. Le cas des prétentions interprétatives de tracés frontaliers

295. *Prémises : circonstances dans lesquelles le comportement d'un État peut être vu comme une prétention interprétative* – En matière de délimitation de leurs frontières communes, les États sont tenus d'agir conjointement. La jurisprudence reconnaît néanmoins que leur accord puisse éventuellement être informel ou tacite. C'est la raison pour laquelle, en cas de contentieux, les États invoquent tout type de conduites dans le but de démontrer l'existence d'un tel accord sur la délimitation ou, à tout le moins, sur une méthode de délimitation de la frontière qui serait favorable à leurs intérêts. Du point de vue des parties, les comportements invoqués constituent à la fois la preuve de leur accord d'une part, et l'application et l'interprétation de celui-ci d'autre part, les deux problématiques n'étant pas toujours clairement distinguées. Cependant, dans la mesure où ce genre d'allégations s'appuient souvent sur des actes internes ou sur divers types de cartes géographiques élaborées dans des contextes variés, révélant leur nature purement unilatérale, elles sont rarement reçues par les juges¹³⁰⁹. Or, si les comportements invoqués ne suffisent pas à démontrer l'existence d'un accord, ils ne peuvent, *a fortiori*, en constituer une interprétation.

¹³⁰⁸ V. par ex. CIJ, ordonnance du 2 juin 1999, *Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)*, demande en indication de mesures conservatoires, Rec., § 32, où la Cour souligne que la Yougoslavie n'a jamais contesté la réserve de l'Espagne à l'article IX de la Convention sur le génocide, disposition qu'elle invoqua devant elle comme fondement potentiel de sa compétence ; CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, préc., § 68, où la Cour constate que la RDC n'a pas non plus contesté la réserve du Rwanda à la même disposition.

¹³⁰⁹ V. par ex. l'affaire CIJ, *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, préc., §§ 90-92, où la Cour considère d'abord que les actes internes invoqués par les parties ne permettent pas d'établir l'existence d'une délimitation opposable entre elles. Néanmoins, la Cour souligne ensuite l'existence d'un *modus vivendi* ou d'un compromis *de facto* relatif à une zone de navigation qui « autoriserait à voir une justification historique dans le choix de la méthode de délimitation du plateau continental », § 95. Un tel raisonnement n'a par la suite jamais été repris et la plupart des attitudes présentées par les parties à un litige ne suffisent

En conséquence, le raisonnement sur la valeur interprétative de telles conduites ne vaut en général que dans les hypothèses où le principe d'une délimitation ou d'une méthode de délimitation frontalière est considéré comme acquis entre les États concernés, soit du fait d'une règle coutumière, en particulier la règle de *uti possidetis juris*, soit en vertu d'un traité de frontière. Dans de telles situations, il est possible que les comportements des États concernés puissent être perçus comme des prétentions interprétatives de la délimitation ou de la méthode déterminée par le droit en vigueur entre eux. Alors, comme dans le cas précédent des réserves aux traités non-manifestement (ir)régulières, il s'agit de mettre en valeur l'existence d'un présupposé : si le silence se voit attribuer la valeur d'un acquiescement, il faut que le comportement auquel il répond ait eu la valeur d'une prétention et fait l'objet d'une présomption d'opposabilité interrogeant la réaction des tiers intéressés.

296. Illustrations – À la lecture de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear* (*Thaïlande c. Cambodge*) (1962), tout mène justement à penser que la carte élaborée par la France devait être vue comme le résultat d'un processus conventionnel de délimitation et, par conséquent, comme une prétention interprétative de celui-ci. Cela explique, d'un côté, qu'elle pouvait être présumée opposable et, de l'autre, qu'elle appelait de la part de la Thaïlande une réaction si elle souhaitait en contester le bien-fondé. La valeur attribuée à la carte fait l'objet de la première partie de l'arrêt. Revenant sur les faits, la Cour prit pour point de départ l'accord du 13 avril 1904 entre la France (avant l'indépendance du Cambodge) et le Siam (devenu plus tard la Thaïlande) selon lequel la frontière entre les deux États devait suivre la ligne de partage des eaux. Sur la base de cet accord, une Commission mixte de délimitation fut alors établie et ses travaux furent menés à leur terme. Selon la Cour, « une frontière a donc été levée et déterminée ; mais il rest[ait] à savoir quelle était cette frontière (notamment dans la région de Préah Vihear) »¹³¹⁰. À cet égard, un certain nombre de cartes devaient être établies conformément aux conclusions de la Commission. La tâche fut confiée aux officiers topographes français dans la mesure où ils disposaient de la compétence technique idoine pour l'accomplir¹³¹¹. Onze cartes ont alors été transmises aux autorités siamoises ainsi qu'aux membres de la Commission, sans toutefois que cette dernière ne se réunisse à nouveau pour

pas à révéler l'existence d'un accord. V. not., CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, préc., § 154 ; CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, préc., § 25 ; CIJ, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la Mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, préc., not. §§ 215-218, sur le rejet des cartes soumises par les parties dans la mesure où elles ne font partie d'aucun instrument juridique en vigueur.

¹³¹⁰ CIJ, *Temple de Préah Vihear (Thaïlande c. Cambodge)*, fond, préc., p. 18.

¹³¹¹ *Ibid.*, p. 20.

les confirmer de manière formelle¹³¹². L'une d'elles concernait la chaîne de Dandrek où se trouve le temple ; c'est sur cette carte que le Cambodge fonda sa prétention à la souveraineté sur la zone. À ce stade, la Thaïlande contesta la valeur de la carte en alléguant notamment qu'elle n'était pas l'œuvre de la Commission et qu'elle ne l'avait pas acceptée¹³¹³. En conséquence, pour la Cour, « [l]e vrai problème (...) [était] donc de savoir si les Parties [avaient] adopté la carte de l'annexe I, et la ligne qu'elle indique, comme représentant le résultat des travaux de délimitation de la frontière (...), conférant ainsi un caractère obligatoire à cette carte »¹³¹⁴. La Cour rejeta alors tous les arguments invoqués par la Thaïlande. Elle considéra, en particulier, que la carte avait fait l'objet d'une notification officielle, d'une large publicité et d'une correspondance diplomatique claire¹³¹⁵. En outre, elle souligna que la carte était formellement présentée comme le résultat des travaux de la Commission :

« ce ne sont pas seulement les circonstances dans lesquelles cette carte et les autres ont été communiquées qui appelaient du côté siamois une réaction, s'il devait y en avoir une ; il y avait également des indications sur la feuille de la carte qui appelaient une réaction si les autorités siamoises avaient des motifs de soutenir qu'elle ne représentait pas le résultat des travaux de délimitation (...) la carte a été communiquée – avec les autres – aux membres siamois de la Commission mixte. Ceux-ci ont nécessairement dû savoir (et par leur intermédiaire le Gouvernement siamois doit avoir su) qu'elle ne pouvait rien représenter qui eût été formellement adopté par la Commission mixte et, par conséquent, il est impossible qu'ils aient été trompés par son titre, à savoir « Dandrek – Commission de délimitation entre l'Indo-Chine et le Siam », et amenés à supposer qu'elle prétendait être l'œuvre de la Commission mixte comme telle »¹³¹⁶.

Dans la mesure où elle était rattachable à une opération conventionnelle de délimitation, la carte soumise par la France devait donc être présumée opposable au Siam. Dans la seconde partie de son arrêt, l'attention de la Cour se porta alors logiquement sur l'attitude de ce dernier puis de la Thaïlande. Après avoir rejeté l'argument de l'erreur qui aurait pu vicier son consentement, la Cour considéra notamment que la Thaïlande avait eu différentes occasions par la suite de contester ou demander la rectification de la frontière, ce qu'elle ne fit jamais. L'arrêt conclut dès lors que la Thaïlande avait reconnu la ligne frontalière établie sur la carte¹³¹⁷. En définitive, ce qui au départ pouvait être vu comme une prétention interprétative

¹³¹² *Ibid.*

¹³¹³ *Ibid.*, p. 21.

¹³¹⁴ *Ibid.*, p. 22.

¹³¹⁵ *Ibid.*, pp. 22-23.

¹³¹⁶ *Ibid.*, pp. 23-24.

¹³¹⁷ *Ibid.*, pp. 32-33.

des travaux de la Commission de la part de la France, et comme potentiellement contestable, devint définitivement opposable à la Thaïlande du fait de son inaction¹³¹⁸.

D'autres affaires permettent d'illustrer, quant à elles, le fait que des « pratiques interprétatives » étatiques portant sur la délimitation d'une frontière ont pu faire face au silence de l'État voisin, supposant ainsi qu'elles révélaient l'existence de prétentions faisant l'objet d'une présomption réfragable d'opposabilité. Dans de telles hypothèses, il revenait aux États restés silencieux d'en contester la régularité. Parmi celles-ci, il est permis d'évoquer en particulier l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)* (1992). Une partie du litige portait sur la question de la souveraineté sur les îles d'El Tigre et de Meanguera. Or, dans la mesure où ces îles relevaient, avant l'indépendance des États parties en 1821, de la souveraineté de l'Espagne en tant que puissance coloniale, la Chambre de la CIJ appliqua la règle de *uti possidetis juris*. Cependant, elle nota que le droit comme la pratique du souverain colonial n'étaient pas suffisamment clairs quant à la situation des deux îles¹³¹⁹. Pour cette raison, il lui parut approprié de tenir compte des « effectivités postcoloniales » des parties au différend afin d'interpréter la délimitation tirée de l'application du droit coutumier :

« [L]orsque la limite administrative en cause était mal définie ou lorsque son emplacement était contesté, le comportement des deux États nouvellement indépendants dans les années qui ont suivi l'indépendance pouvait très bien, de l'avis de la Chambre, fournir une indication quant à l'emplacement de la frontière, soit dans l'idée commune que s'en faisaient les deux Parties, soit dans l'idée que s'en faisait l'une d'entre elles et en fonction de laquelle elle avait agi, l'autre ayant acquiescé »¹³²⁰.

¹³¹⁸ Par ailleurs, la Cour confirma plus loin la valeur interprétative du comportement des parties et rejeta l'hypothèse de la modification du traité de 1904, *ibid.*, pp. 33-34 : « l'annexe I a incorporé cette carte dans le règlement conventionnel, dont elle est devenue partie intégrante. On ne peut pas dire que ce fait implique qu'il y ait une déviation par rapport aux dispositions de la convention de 1904, et même une violation de ces dispositions, dans tous les cas où la frontière de la carte s'écarte de la ligne de partage des eaux, parce que, de l'avis de la Cour, la carte (qu'elle soit ou non exacte à tous égards par rapport à la véritable ligne de partage des eaux) a été acceptée par les Parties en 1908 et par la suite comme constituant le résultat de l'interprétation que les deux gouvernements donnaient de la délimitation prescrite par la convention elle-même ».

¹³¹⁹ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, préc., § 341. V. aussi l'*Affaire relative au Canal de Beagle (Argentine/Chili)*, SA préc., § 172, à propos de la pratique interprétative du Chili à l'égard d'un traité de frontière considérée comme opposable à l'Argentine demeurée silencieuse. En matière de délimitation maritime unilatérale, on peut également citer l'arrêt de la CIJ dans l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., pp. 138-139, dans lequel la pratique norvégienne opposable au Royaume-Uni peut être vue comme une prétention interprétative du droit coutumier.

¹³²⁰ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, préc., § 345.

Or, après l'évaluation des éléments probatoires apportés par les parties, la Chambre constata qu'elles s'étaient comportées de telles façon que l'île d'El Tigre appartenait au Honduras et que l'île de Meanguera relevait de la souveraineté d'El Salvador. C'est quant à cette dernière que l'hypothèse de l'acquiescement silencieux à une prétention interprétative fut le plus clairement évoquée. La Chambre considéra en effet que le Honduras avait tardé à protester. Dès lors, son comportement « vis-à-vis des effectivités antérieures rév[élait] une admission, une reconnaissance, un acquiescement ou une autre forme de consentement tacite à l'égard de la situation »¹³²¹. Ainsi, en tant qu'elle manifestait une prétention interprétative de la délimitation frontalière déduite de l'application du droit colonial, la pratique d'El Salvador devait logiquement être présumée opposable, tandis que le consentement silencieux du Honduras ne fit qu'en sanctionner le caractère incontestable¹³²².

En somme, dans les affaires évoquées, si le silence de l'État a pu se voir attribuer la valeur d'un acquiescement, c'est bien que le comportement auquel il faisait face avait la valeur d'une prétention interprétative faisant l'objet d'une présomption d'opposabilité. Le silence n'intervient donc pas pour permettre l'opposabilité d'une telle prétention mais pour signifier que l'État resté silencieux n'a pas cherché à la remettre en cause et, de ce fait, que la prétention est devenue incontestable. À l'inverse, l'opposabilité des prétentions modificatives n'est pas automatique.

C. Les conditions d'opposabilité des prétentions modificatives

297. Par nature, une prétention modificative suppose un comportement contraire au droit en vigueur. Ce n'est donc qu'après un processus consistant, du fait de la densification de la pratique continue d'un ou plusieurs États, en la remise en cause puis la transformation du statut normatif de l'énoncé sur lequel elle prétend se fonder qu'une apparence de régularité ressurgit. La représentation nouvelle du droit proposée par une telle pratique permet à la prétention qu'elle véhicule d'être opposée aux tiers et, par conséquent, d'appeler ces derniers à réagir afin qu'ils ne soient pas réputés y avoir définitivement acquiescé (1). Dans une telle situation, l'effet de sommation pesant sur les intéressés suppose nécessairement que le comportement qui en est la cause a la valeur d'une prétention présumée opposable (2).

¹³²¹ *Ibid.*, § 364.

¹³²² Comme l'affirme la Cour, *ibid.*, § 367 : « [s]il subsistait aucun doute, la position d'El Salvador relative à Meanguera serait rendue définitive par l'acquiescement du Honduras à l'exercice de la souveraineté salvadorienne sur l'île ».

1. Les conditions d'existence d'une prétention modificative : représentation du phénomène

298. Point de départ : inopposabilité en tant que prétention modificative d'un comportement isolé contraire au droit – Quand bien même il pourrait faire l'objet d'une acceptation expresse par les tiers intéressés, un comportement isolé postulant le rejet ou la modification du droit n'obtient pas à lui seul la valeur d'une prétention normative opposable. Pour le comprendre, il faut remonter aux explications théoriques évoquées dans d'autres contextes. On a vu qu'une prétention interprétative agit dans le cadre des espaces de liberté laissés par les éléments indéterminés d'une règle d'habilitation. C'est là que réside la cause de son apparence de régularité et de son opposabilité présumée. C'est le contraire qui se produit pour les prétentions modificatives. Dans la mesure où elles visent la transformation d'éléments déterminés d'une habilitation en éléments distincts, elles supposent de remettre en cause le statut normatif de l'énoncé ciblé¹³²³. Le constat emporte deux séries de conséquences. En premier lieu, conformément à l'approche théorique développée dans ce chapitre, le comportement contraire à une habilitation ne peut faire naître aucun acte juridique. En tant qu'il vise à remettre en cause un élément déterminée d'une habilitation, il ne peut logiquement y apparaître conforme. Dès lors, la condition d'existence d'un acte juridique n'est pas satisfaite ; le comportement ne peut se voir attribuer la valeur équivalant à l'exercice du pouvoir que l'habilitation encadre. Le comportement est inopposable en tant qu'acte juridique car il est inexistant sous cette forme.

En second lieu et en conséquence, il ne découle d'un tel comportement aucun effet sur le processus normatif. Dès lors qu'il n'existe pas en tant que prétention normative, le comportement contraire au droit n'appelle aucune réaction à cet égard de la part des tiers ; « à cet égard », dit-on, car cela ne préjuge pas du rôle, à ce stade, de la réaction des tiers sur d'autres terrains, en particulier celui de la responsabilité internationale afin de faire cesser le fait illicite et d'exercer (ou renoncer à) leur droit à réparation. Le comportement n'appelle pas de réaction du point de vue du processus normatif car il n'est pas apte à générer un doute sur l'état du droit, dont le maintien est présumé. Comme l'a démontré A. Marie, « c'est uniquement en cas d'incertitude sur la consistance ou l'existence d'un rapport de droit que l'objectif de sécurité juridique rend nécessaire de s'appuyer sur le silence des États »¹³²⁴. Partant, lorsqu'un juge constate la contrariété du comportement isolé d'un État aux droits du

¹³²³ V. *supra*, § 227.

¹³²⁴ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 298.

demandeur qui en conteste le bien-fondé, la question de l'acquiescement de ce dernier ne se pose pas. Afin de faire évoluer le droit, c'est sur une logique de légalité substitutive que l'auteur d'un comportement contraire à une règle doit miser. Or, seule une « pratique » peut être reconnue comme faisant valoir une représentation nouvelle de l'état d'un rapport de droit.

299. Conditions de création d'une tension entre le fait et le droit – Si un comportement isolé ne peut suffire à interroger l'état du droit et à entraîner son évolution, un comportement continu le peut. Dans ce cas, l'enjeu pour le ou les États auteurs d'un tel comportement réside dans le fait qu'il apparaisse suffisamment clair et cohérent afin d'être compris comme visant la remise en cause et l'évolution du droit établi¹³²⁵. C'est ainsi l'intensité d'une pratique étatique qui, du point de vue du processus normatif, aboutit à ce qu'elle acquière une valeur locutoire, en véhiculant un certain message (*i.e.* une volonté de revenir sur le droit positif), et illocutoire, en générant certains effets à l'égard du processus de détermination d'un rapport de droit. Dans une telle hypothèse, la pratique fait naître une tension entre le fait et le droit dont découle une incertitude sur le statut normatif de la règle visée par cette pratique. Or, pour reprendre des mots célèbres de C. De Visscher à propos des « effectivités en action » (tout en excluant l'hypothèse des règles de *jus cogens*) :

« [u]ne tension trop prolongée entre le fait et le droit doit fatalement se dénouer, au cours du temps, au bénéfice d'une effectivité nouvelle. La durée dégage ici la fonction médiatrice de l'effectivité en éclairant le rapport entre deux maximes souvent citées qui ne sont contradictoires qu'en apparence : *ex injuria jus non oritur* et *ex facto jus oritur* »¹³²⁶.

¹³²⁵ En ce sens, *ibid.*, p. 299 : « [s]i la *manifestation* de la volonté peut créer une tension sur ce rapport, c'est précisément parce que son intensité permet aux tiers de comprendre le message qu'elle communique », italique de l'auteur. Cependant, l'auteur traite à la fois des prétentions interprétatives et des prétentions modificatives issues de comportements continus, ce qui n'est pas notre cas. Dans cette étude, leur analyse est séparée car elle ne repose pas sur les mêmes ressorts théoriques et pratiques. Une prétention interprétative peut aisément naître d'un comportement isolé. L'existence d'une pratique est simplement l'une des conditions qui peut permettre de l'opposer comme interprétation authentique d'un rapport de droit, par exemple lorsqu'elle manifeste l'accord des parties à un traité, selon l'article 31, § 3, b) de la Convention de Vienne de 1969. En revanche, s'agissant des prétentions modificatives, le constat d'une pratique cohérente constitue d'abord un critère de leur existence en tant que prétentions, avant de constituer une condition éventuelle de leur opposabilité à l'égard des tiers.

¹³²⁶ C. De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, p. 320 (cité par A. Marie, *ibid.*, p. 300). V. aussi, dans le même sens, les réflexions de R. Kolb, *Théorie du droit international*, *op. cit.*, not. p. 465 : « le droit ne peut éternellement et complètement ignorer le fait établi contre lui, car il n'aurait plus d'emprise sur la réalité. Mais le droit ne saurait faire systématiquement déférence au fait établi, car dans ce cas il n'existerait plus comme ordre normatif et laisserait place à l'empire du pouvoir (...). La conciliation de ces deux pôles doit se faire par des institutions *juridiques* vouées à permettre une validation ponctuelle du fait dans certains contextes et sous certaines conditions », italique de l'auteur.

Il convient à cet égard de distinguer plusieurs facteurs agissant sur la survenance d'une telle tension entre le droit et les faits.

Le premier facteur a trait à la précision ou à l'imprécision du droit. Sur ce point, deux hypothèses types peuvent être envisagées. Selon une première, la règle est sans équivoque. Dans une telle situation, l'évaluation de la contrariété ou de la régularité d'un comportement apparaît aisée. En outre, on l'a dit, un comportement isolé contraire à une règle claire ne génère aucune incertitude sur son existence ou son contenu. Une pratique, en revanche, peut faire *naître* un doute à l'égard du statut normatif de la règle, à la condition que cette pratique soit suffisamment dense pour véhiculer une représentation nouvelle du droit impliquant le rejet ou la transformation de la règle. Selon une seconde hypothèse, la règle manque de clarté quant à son statut et/ou son contenu. Par exemple, le détenteur d'un titre territorial peut donner l'impression qu'il l'a abandonné (en cas d'absence d'effectivité durant une certaine durée) ou le titre peut manquer de précision quant à certaines parties de territoire. Cela peut alors entraîner deux types de difficultés intrinsèquement liées. D'un côté, la distinction entre un comportement interprétatif et un comportement modificatif d'une telle règle apparaît brouillée. De l'autre, l'évaluation de la régularité ou de la contrariété du comportement vis-à-vis de la règle l'est tout autant. La conduite étatique peut simplement consister en une interprétation progressivement déviante de la règle, sans y être manifestement contraire. Dans ce cas, une telle pratique *concrétise* un doute préexistant¹³²⁷. Ainsi, ce n'est pas tant que l'indétermination d'un rapport de droit découle nécessairement du fait qu'une prétention modificative apparaisse non-manifestement (in)fondée¹³²⁸. Voir les choses de cette manière empêche de prendre en compte l'hypothèse d'une éventuelle évolution rapide du droit coutumier du fait de la convergence des intérêts et des positions des États (au moins les plus intéressés). En revanche, ce qui peut être déduit de ce premier facteur relatif à la précision ou l'imprécision du droit est qu'il est plus difficile pour un État de faire naître par son comportement continu une prétention modificative lorsque la règle dont il appelle la transformation est parfaitement claire. La pratique doit apparaître d'autant plus dense.

Le second facteur porte justement sur l'intensité du fait qui génère une tension sur la règle. On a vu que la condition de reconnaissance d'une pratique étatique pertinente au titre du processus normatif réside dans la précision de son objet et sa cohérence globale. En ce

¹³²⁷ La paternité de l'expression selon laquelle le comportement étatique « concrétise un doute » revient à A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 326.

¹³²⁸ C'est ce que soutient A. Marie, *ibid.*, p. 322.

sens, une pratique peu dense, dont il ne ressort aucune position juridique claire de la part de son auteur, ne suffit pas à générer une incertitude sur l'état du droit. En revanche, une pratique continue, claire et cohérente génère ou concrétise un doute sur le droit qui tend à se propager et se multilatéraliser. Dans ces conditions, l'absence de contestation de la part des tiers intéressés accentue le processus en participant (ou, à tout le moins, en ne faisant pas obstacle) à la densification du fait générateur d'une force d'attraction sur le droit.

300. Conséquence : naissance d'une prétention modificative – La consolidation d'une pratique génère deux phénomènes concomitants : la naissance ou la concrétisation d'un doute sur le droit *et* la naissance d'une prétention modificative dont il découle certains effets sur le processus normatif, notamment celui d'appeler la réaction des tiers intéressés¹³²⁹. Ainsi, plus une pratique gagne en intensité, plus elle véhicule une représentation nouvelle de l'état du droit visant à fonder la régularité substitutive potentielle des comportements qui sont en même temps à l'origine de cette pratique.

Pour en revenir à la théorie des actes juridiques, on a dit que le critère d'existence d'un acte résidait dans l'apparence de conformité d'un comportement avec la règle d'habilitation qui le fonde. Or, afin de sauvegarder la cohérence d'une telle représentation théorique dans le cadre de l'analyse de la pratique (dont on a déjà expliqué qu'elle pouvait se voir attribuer la valeur d'une manifestation de volonté¹³³⁰), il est possible de considérer qu'après un temps de remise en cause du statut normatif d'une habilitation, la pratique parvient à opérer un basculement en faveur d'une représentation nouvelle de l'habilitation en vigueur. Du point de vue de leurs auteurs, cette apparence attribue à leur comportement la valeur d'une prétention normative. En conséquence, face à une telle pratique continue, les tiers doivent être réputés avoir compris la valeur qui peut lui être attribuée (sous réserve des éléments qui permettent à ces tiers d'en prendre effectivement connaissance¹³³¹). Ladite pratique leur devient donc opposable en tant que prétention appelant de leur part une réaction s'ils souhaitent en contester le bien-fondé et, par la même occasion, bloquer le processus d'évolution du droit en cours.

¹³²⁹ *Ibid.*, p. 301 : « la volonté prend corps en même temps que le doute se concrétise et, donc, que la charge de réagir s'alourdit ».

¹³³⁰ V. *supra*, §§ 238-239.

¹³³¹ Sur ce point, v. *infra*, §§ 302 et s.

2. La preuve de l'opposabilité présumée d'une prétention modificative

301. Attribution d'une valeur au silence des États intéressés – On a déjà évoqué la valeur attribuée à la pratique modificative des États en droit conventionnel comme à l'égard du droit coutumier. De nombreuses décisions de justice l'évoquent implicitement ou explicitement si bien qu'il ne subsiste aucun doute sur la prise en compte de cette pratique au titre de la transformation du droit international¹³³². Cependant, ces affaires n'apportent pas nécessairement la preuve de l'opposabilité présumée d'une prétention modificative unilatérale. À cet égard, il convient plus particulièrement de s'intéresser à celles qui envisagent l'attribution au silence d'un État de la valeur d'un acquiescement à la pratique d'un pair. En effet, du fait qu'un État soit réputé avoir consenti à la pratique modificative d'un tiers, on doit en déduire que cette pratique avait la valeur d'une prétention normative faisant l'objet d'une présomption d'opposabilité.

Une première illustration émane de la sentence rendue dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord aérien (États-Unis/France)* (1963). Après avoir reconnu explicitement que la pratique subséquente des États parties à un traité pouvait manifester leur accord visant à en modifier la substance, le Tribunal envisagea abstraitement différentes situations :

« [c]e qu'on a surtout en vue ce sont les cas où un consentement ouvert ou implicite a été donné à une certaine prétention ou à l'exercice d'une certaine activité (...). Le Tribunal se réfère notamment à des hypothèses telles que les suivantes : la Partie intéressée n'a pas soulevé en fait une objection qu'elle aurait eu la possibilité de soulever, ou elle a laissé tomber ou n'a pas renouvelé au moment où l'occasion s'en était présentée, l'objection soulevée au début, ou tout en objectant en principe elle a consenti en fait à la poursuite de l'action à l'égard de laquelle elle a exprimé l'objection, ou encore elle a donné un consentement implicite, résultant du consentement exprimé à propos d'une situation liée à l'objet de la contestation »¹³³³.

En l'espèce, le Tribunal ne se réfère pas vraiment au silence ou à l'inaction de la France mais plutôt à son attitude globale qui, selon lui, a permis la naissance d'un accord implicite sur la modification du traité. La France octroya en effet une première autorisation temporaire en vue de la desserte de Téhéran par les avions de la *Panamarican Airlines*. Par la suite, les autorités françaises compétentes consentirent de façon répétée aux horaires de desserte proposées par la compagnie¹³³⁴. Dans ce contexte, entre la pratique de la compagnie et celle de la France, il apparaît difficile d'identifier clairement laquelle a effectivement permis l'émergence d'une

¹³³² V. *supra*, §§ 246 et s. et les affaires citées.

¹³³³ *Interprétation de l'accord aérien du 27 mars 1946 (États-Unis/France)*, SA préc., pp. 249-250.

¹³³⁴ *Ibid.*, pp. 253-254.

prétention. On ne peut que constater, quoi qu'il en soit, que cette pratique a généré un doute sur le sens du traité, ce qui a ouvert la voie à sa modification, et que la France y a consenti par sa conduite.

La prise en compte de la pratique modificative des États est plus fréquente dans le cadre des contentieux territoriaux. Le silence y est toutefois rarement admis comme manifestant un consentement à une prétention modificative pour la simple raison que la valeur d'une telle prétention est rarement attribuée au comportement d'un État. En effet, soit le titre territorial manque de clarté, auquel cas les effectivités exercées par chaque État sont prises en compte au titre d'une pratique interprétative en vue de préciser le sens devant être attribué au titre. Soit le titre reconnu à un État est clair et, dans cette hypothèse, la naissance d'une prétention modificative est délicate. À cette fin, d'un côté, le fait *contra legem* doit apparaître suffisamment intense pour nier l'existence du titre. De l'autre, cela n'est possible que si le détenteur du titre laisse entrevoir la possibilité de son abandon, en n'exerçant plus son autorité effective sur la portion de territoire contestée¹³³⁵. Une telle situation fut expressément envisagée et constatée par la CIJ dans l'affaire *Pedra Branca (Malaisie/Singapour)* (2008) :

« [d]ans certaines circonstances, la souveraineté sur un territoire peut passer à un autre État en l'absence de réaction de celui qui la détenait face au comportement de cet autre État agissant à titre de souverain (...). De telles manifestations peuvent appeler une réponse, en l'absence de laquelle elles deviennent opposables à l'État en question. L'absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement. (...) Autrement dit, un silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse »¹³³⁶.

¹³³⁵ V. par ex., CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante))*, préc., § 223 où la Cour partit du principe que le Cameroun détenait un titre clair sur la presqu'île de Bakassi et posa dès lors la question de son acquiescement face aux effectivités invoquées par le Nigéria. Elle constata cependant que le Cameroun n'avait montré aucun signe d'abandon de son titre et continuait à exercer son autorité, même faiblement. Dans cette mesure, le Nigéria ne pouvait être réputé agir à titre de souverain. Son comportement était insuffisant à faire naître une prétention modificative du titre. V. aussi not. l'opinion individuelle des juges Abraham et Simma dans l'affaire CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, préc., § 13 : « [à] cet égard, une idée se dégage avec certitude de la jurisprudence : lorsqu'il existe un souverain originaire, aucun exercice de l'autorité étatique, aussi continu et effectif soit-il, ne peut entraîner un transfert de souveraineté s'il n'est pas possible d'établir que le souverain originaire a, d'une manière ou d'une autre, consenti à la cession du territoire en cause ou acquiescé à son transfert au profit de l'État ayant exercé *de facto* son autorité. Sans un tel consentement – ou acquiescement – le titre originaire ne peut pas céder, même en présence d'un exercice continu et effectif de l'autorité par un État autre que le titulaire ».

¹³³⁶ CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, préc., § 121.

La Cour considéra que la Malaisie n'avait jamais contesté la possession effective *contra legem* de l'île par Singapour, ce qui lui permit de conclure au transfert du titre¹³³⁷. Or, lorsque la Cour souligne que l'absence de réaction vaut acquiescement « seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse », on peut considérer qu'une telle hypothèse suppose logiquement l'opposabilité présumée de la prétention modificative émanant de la pratique. Autrement dit, compte tenu de la représentation du droit qu'elle véhicule, cette pratique devient opposable en tant que prétention au tiers intéressé en générant dans son chef une obligation de réagir. Cela dit, il convient de noter que l'extrait n'opère pas clairement de séquençage temporel entre deux moments clés du processus : d'une part, la naissance de la prétention et sa reconnaissance en tant que telle et, d'autre part, l'acceptation du contenu de cette prétention, acceptation la rendant définitivement opposable et incontestable. Lorsque la Cour affirme dans la phrase précédente que « [l']absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement », on se doute qu'elle se place du point de vue de l'acceptation du contenu de la prétention. Toutefois, cela suppose de considérer qu'en amont de cet acquiescement, le silence de la Malaisie avait d'abord permis à la prétention modificative d'émerger, d'être comprise comme telle et, ainsi, d'appeler une réponse. Ce n'est qu'une fois cette prétention objectivement reconnue comme telle qu'elle se voit couverte d'une présomption d'opposabilité et commence à générer certains effets¹³³⁸. De là démarre une nouvelle période de temps qui interroge l'acceptation éventuellement définitive de la prétention. Certes, il est souvent délicat de distinguer ces deux étapes lorsqu'une pratique fait face au silence d'un tiers. Néanmoins, la distinction théorique permet d'opérer une séparation claire entre la question de l'opposabilité présumée mais contestable de la prétention et celle de l'opposabilité définitive de la norme qu'elle propose.

Il n'apparaît pas utile de multiplier les exemples. La logique est la même dans d'autres domaines du droit international, qu'une prétention vise la modification d'un traité ou d'une règle coutumière¹³³⁹. Ce qu'il faut retenir, c'est que lorsqu'une pratique est suffisamment dense pour faire émerger une véritable prétention modificative, pareille prétention devient opposable aux tiers intéressés, qui ne peuvent plus ne pas réagir. Leur silence est doublement

¹³³⁷ *Ibid.*, §§ 276-277.

¹³³⁸ La question de la condition de connaissance par les tiers d'une prétention fait l'objet de la section suivante, v. *infra*, §§ 302 et s.

¹³³⁹ A. Marie a largement détaillé d'autres exemples jurisprudentiels démontrant que le silence étatique pouvait se voir attribuer la valeur d'un acquiescement face à une prétention modificative, v. *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 330-331 sur la pratique conventionnelle extinctive, pp. 344-346 pour la modification du droit coutumier et pp. 346-348 pour l'acquisition d'un titre sur des « eaux historiques ».

pris en compte : d'une part, afin de considérer qu'ils ont eu l'opportunité d'évaluer la valeur de la prétention et, d'autre part, pour établir, après une durée raisonnable, leur consentement au contenu de celle-ci et clore le processus d'évolution du droit que la pratique d'un ou plusieurs États était parvenue à déclencher.

* *

La première condition d'opposabilité des prétentions normatives ressortit au caractère objectif de leur existence. De cette existence découle logiquement une présomption réfragable de régularité et d'opposabilité qui se vérifie en pratique par la possibilité qu'un tiers intéressé resté passif soit considéré comme ayant acquiescé au contenu d'une telle prétention. Certes, dans l'ordre international, il revient à chaque État de renverser pareille présomption en soulevant un éventuel motif d'irrégularité. Néanmoins, il peut être souligné que le caractère purement relativiste des relations juridiques interétatiques paraît ainsi pouvoir être partiellement nuancé.

Il demeure toutefois que seules les prétentions dont les tiers ont pu ou aurait dû prendre connaissance peuvent leur être opposées et faire peser sur eux une charge de réagir.

Section 2 – La condition de connaissance des prétentions normatives par les tiers

302. Dans les ordres internes, l'opposabilité des actes juridiques émanant des autorités publiques repose en général sur leur publication. Le droit international non institutionnel, quant à lui, ne connaît aucun mécanisme de cette nature¹³⁴⁰. Par conséquent, l'opposabilité aux tiers des actes étatiques dépend plus généralement d'une condition de connaissance, qui peut être assurée ou démontrée par tout moyen. À la lecture de la doctrine classique sur les actes unilatéraux, la problématique apparaît assez logiquement dépréciée en raison du postulat de l'autonomie : la réduction drastique de la catégorie des actes unilatéraux étatiques dits « autonomes » entraîne nécessairement un certain désintérêt pour les réactions qu'ils suscitent et pour la condition relative à leur connaissance¹³⁴¹. Cela explique également que cette

¹³⁴⁰ Les actes adoptés par les organes de certaines organisations entrent en vigueur et sont opposables à leurs membres, selon les cas, dès leur adoption ou dès leur publication. L'article 297 du TFUE précise par exemple que les actes législatifs comme non législatifs de l'Union entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le vingtième jour suivant leur publication.

¹³⁴¹ La liste des auteurs faisant de la connaissance, la publicité ou la notoriété des actes unilatéraux la condition de leur opposabilité aux tiers correspond à peu près à ceux qui ont traité de la « notification », v. *infra*, §§ 303 et s.

thématique fût peu évoquée dans les travaux de la CDI¹³⁴². Cependant, la condition de connaissance redevient un objet indispensable de l'analyse juridique lorsqu'une vision plus large des actes unilatéraux est adoptée, dans la mesure où pareille approche admet que tout acte ou toute pratique d'un État puisse véhiculer une prétention interprétative ou modificative du droit¹³⁴³.

Dans le cadre de cette étude, la connaissance peut être analysée comme le fait-condition de l'opposabilité à un ou plusieurs tiers donnés d'une prétention normative et, en conséquence, comme la condition du déploiement des effets de cette prétention en tant qu'instrument du processus normatif¹³⁴⁴. Son analyse soulève différents enjeux. D'un point de vue théorique, la doctrine a parfois opposé la connaissance objective reconstruite à la connaissance subjective réelle. Toutefois, de même que la volonté comme condition d'existence d'un acte ne correspond pas nécessairement à l'intention réelle du sujet, de même la connaissance par un État d'une prétention ne peut être purement subjective. Dans la mesure où, on le verra, soit la connaissance est présumée, soit l'ignorance peut dans certains cas être considérée comme invraisemblable ou fautive, c'est toujours le droit qui détermine objectivement la condition de connaissance, quand bien même elle vise malgré tout à assurer une certaine adéquation avec la réalité factuelle. Dans ces conditions, la connaissance réelle, lorsqu'elle est évoquée, n'apparaît que comme l'une des preuves possibles de la connaissance juridique (qui inclut l'hypothèse de l'ignorance illégitime). D'un point de vue pratique, la

¹³⁴² Amputée de la condition de connaissance, la liste des principes directeurs adoptée en 2006 par la CDI n'inclut qu'un Principe 6 selon lequel « [l]es déclarations unilatérales peuvent être adressées à la communauté internationale dans son ensemble, à un ou plusieurs États ou à d'autres entités », v. CDI, « Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 395. Le Principe 6 ne semble donc pas vraiment relever du débat sur l'opposabilité aux tiers mais plutôt de celui sur la possibilité qu'ont les États de s'adresser à différents destinataires. La condition de connaissance fit néanmoins l'objet de quelques discussions, v. not. CDI « Troisième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 13, §§ 78-79.

¹³⁴³ C'est notamment le cas dans l'ouvrage d'A. Marie, qui y consacre de vastes développements pourvus de multiples illustrations dans le contexte de l'analyse des conditions rendant le silence des États juridiquement pertinent et permettant de lui attribuer la valeur d'un acte juridique, v. *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Partie 2, Titre 1, pp. 411-538.

¹³⁴⁴ Sur les effets autonomes de ces prétentions normatives opposables, v. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2. Sur la définition de la connaissance comme « fait-condition » de l'efficacité d'un acte, v. A. Marie, *ibid.*, p. 413. On y retrouve toutefois la contradiction logique que l'on a déjà dénoncée dans ce chapitre, l'auteur affirmant que « [l]a chose reste vraie même lorsque les effets [d'une prétention] ne se mesurent pas en termes d'opposabilité. La prétention unilatérale d'un État n'est pas opposable aux tiers du seul fait de leur connaissance, mais elle pourra modifier leur situation juridique (tel est son effet) s'ils en ont connaissance ». L'auteur considère donc que les prétentions unilatérales des États sont automatiquement inopposables du fait de leur caractère non manifestement (ir)régulier, tout en estimant qu'elles rendent le silence des tiers juridiquement pertinent, ce qui nous apparaît constituer un effet sans cause.

question essentielle est alors celle de la preuve de la connaissance juridique, susceptible d'être apportée par tout moyen.

Compte tenu de ces considérations, l'objectif est ici de dresser une typologie des mécanismes permettant de considérer qu'un État est averti de l'existence de la prétention normative d'un tiers et peut ainsi se la voir opposer. À ce titre, la pratique internationale peut être classée selon deux hypothèses-types. La première est celle où une prétention étatique est portée à la connaissance d'un tiers au moyen d'une notification. Dans ce cas, dès lors, que l'existence de la notification est démontrée, la connaissance fait l'objet d'une présomption irréfragable (§1). La seconde correspond aux situations dans lesquelles une prétention non notifiée mérite, compte tenu du contexte, d'être réputée connue par l'État dont la réaction est interrogée, soit parce que la preuve de sa connaissance réelle est apportée, soit parce que l'ignorance alléguée par ce dernier peut être considérée comme le résultat de son manque de vigilance (§2).

§1. Présomption irréfragable de connaissance en cas de preuve de l'existence d'une notification

303. Une prétention étatique et, plus généralement, un acte de l'État peut être présumé connu des tiers lorsque celui-ci a fait l'objet d'une certaine publicité. Cette « publicité » est le résultat de différentes actions visant à rendre l'information publique, notoire, en vue précisément de la porter à la connaissance des tiers potentiellement intéressés. L'une de ces actions peut consister en une « publication ». Le terme fait néanmoins l'objet de plusieurs définitions. La publication « simple » renvoie de manière générale à l'action qui permet de rendre une chose publique, tandis que la publication dite « authentique » correspond à la formalité spécifiquement prescrite par une règle juridique en vue de la divulgation d'un instrument et à laquelle est subordonnée l'opposabilité de celui-ci à certains sujets¹³⁴⁵. Dans les deux cas, l'acte de l'État fait l'objet d'une certaine publicité. Toutefois, les conséquences juridiques qui en découlent doivent être distinguées. En cas de publication authentique d'un acte juridique, sa connaissance est présumée de manière irréfragable. Rien n'empêche alors

¹³⁴⁵ D. Le Béguec, « Publication », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1274. Sur la « publication » des actes étatiques en droit international, v. le travail approfondi d'A. Marie dont on résume et discute certains aspects, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 458-470.

qu'elle soit totalement fictive, elle est à proprement parler l'effet de la publication¹³⁴⁶. On dit souvent de la publication authentique qu'elle n'existe que dans des ordres juridiques centralisés et que le droit international général ne connaît aucun mécanisme de cette nature à l'exception des déclarations unilatérales de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la CIJ, qui déploient leurs effets dès leur dépôt auprès du Secrétaire général des Nations Unies¹³⁴⁷. L'affirmation doit être nuancée. Le témoignage de la pratique révèle en effet que la preuve de l'existence d'une notification rend impossible la démonstration par son destinataire de l'ignorance de la prétention qu'elle véhicule. Or, l'existence de la notification dépend de la satisfaction des conditions objectives déterminées par le régime général des actes unilatéraux étatiques. Dans ces conditions, on peut en déduire que le droit international pose une présomption irréfragable de connaissance dès lors que l'existence de la notification est démontrée. Cela ne veut pas dire, cependant, que la notification corresponde à un mécanisme de publication authentique dès lors qu'elle n'est ni centralisée, ni obligatoire¹³⁴⁸. Seul son effet y est équivalent, et cela vaut en cas de notification bilatérale comme dans les cas où un acte fait l'objet d'une transmission officielle (B). Mais avant d'en venir à l'effet de la notification, il convient de déterminer sa nature, dont la qualification varie selon les auteurs (A).

¹³⁴⁶ En ce sens, A. Marie, *ibid.*, pp. 459-460.

¹³⁴⁷ V. à ce propos, CIJ, arrêt du 26 novembre 1957, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, *exceptions préliminaires*, *Rec.*, p. 146 : « [l]e rapport contractuel entre les Parties et la juridiction obligatoire de la Cour qui en découle sont établis « de plein droit et sans convention spéciale » du fait du dépôt de la déclaration. En conséquence, tout État faisant une déclaration d'acceptation doit être censé tenir compte du fait qu'en vertu du Statut il peut se trouver à tout moment tenu par des obligations découlant de la disposition facultative vis-à-vis d'un nouveau signataire, par suite du dépôt de la déclaration ». La Cour opère ainsi une interprétation extensive de l'article 36, § 4 de son Statut qui se limite à indiquer que les déclarations unilatérales des États visant à reconnaître sa juridiction obligatoire « seront transmises au Secrétaire général des Nations Unies qui en transmettra copie aux parties au présent Statut ainsi qu'au Greffier de la Cour ». Sur le fait qu'il n'existe en droit international aucun mécanisme de publication équivalent à ceux des ordres juridiques internes, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 460, et sur le cas des déclarations de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la CIJ comme illustration d'un mécanisme de publication authentique, pp. 461-463.

¹³⁴⁸ Certains auteurs ont cherché à mettre en avant le fait que le silence de l'État ne pouvait emporter son acquiescement qu'à la condition qu'une prétention ait été valablement notifiée, laissant supposée que la notification serait obligatoire. L'hypothèse n'a cependant jamais été confirmée par la pratique. V. en ce sens, A. Cavaglieri, « Règles du droit de la paix », *RCADI*, vol. 26, 1929, pp. 513-514 ; du même auteur, *Corso di Diritto Internazionale*, R. Alfredo, Napoli, 1934, 3^{ème} éd., pp. 458-460 ; C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, pp. 170-172. V. aussi les commentaires critiques formulés contre cette approche par A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 445-454 ; du même auteur, « Accords et désaccords sur le rôle de la notification dans la formation du droit international (Arrigo Cavaglieri) », in IHEI, *Grandes pages du droit internationales – Les sources*, Paris, Pedone, 2016, pp. 371-381 ; R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, *op. cit.*, pp. 341-342.

A. La nature juridique des notifications

304. De manière générale, la notification est définie comme une action par laquelle un ou plusieurs États portent « un fait, une situation, une action, un document à la connaissance d'un autre acteur international soit en raison d'une obligation juridique d'information, soit pour que l'objet de cette notification soit considéré comme juridiquement connu de celui à qui elle a été faite, avec les effets juridiques qui découlent de cette connaissance »¹³⁴⁹. L'analyse de la notification a régulièrement occupé une partie des travaux doctrinaux consacrés aux actes unilatéraux des États¹³⁵⁰. Le débat s'est longtemps focalisé sur la question de savoir si la notification méritait la qualification d'acte juridique à part entière, c'est-à-dire en plus de l'acte qu'elle vise à faire connaître. Cependant, son enjeu peut être relativisé dans la mesure où il ne fait qu'illustrer une discussion plus générale, déjà évoquée, sur la nature et les fonctions de la notion d'acte juridique (1). C'est plutôt le rôle et les caractéristiques d'une notification qui diffèrent selon les cas, sans toutefois remettre en cause l'unité de la notion. Il est possible d'en proposer une typologie (2).

1. Exposé et critique de la controverse classique

305. *La notification comme acte juridique ou comme élément formel d'un acte juridique* – Selon une doctrine classique, majoritaire et influencée par la théorie des actes unilatéraux autonomes, la notification ne constitue pas un acte juridique à part entière. L'idée se résume au fait que la notification apparaît simplement comme l'élément formel d'un acte unilatéral, dont elle ne peut être dissociée. En ce sens, qu'elle soit obligatoire ou facultative, la notification ne peut être envisagée indépendamment de l'objet, virtuellement illimité, qu'elle vise à communiquer. Elle est un pur contenant et sa fonction se limite à assurer la publicité de son contenu à l'égard des tiers potentiellement intéressés. Selon G. Venturini, par exemple, la notification a certes une certaine importance juridique indirecte afin de porter

¹³⁴⁹ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 758 ; v. aussi not. E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 82, qui s'appuie sur une définition formulée par D. Anzilotti, *Cours de droit international public*, *op. cit.*, vol. 1, p. 346 ; C. Rousseau, *Droit international public*, *op. cit.*, t. 1, p. 421 ; G. Teboul, « Actes unilatéraux (États) », *op. cit.*, § 42.

¹³⁵⁰ V. les références citées dans la note précédente et dans les trois notes suivantes. Le Rapporteur spécial de la CDI sur les actes unilatéraux des États a quant à lui exclu la notification de ses travaux au motif qu'il ne s'agissait pas d'un acte autonome, v. « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 11-12, §§ 52-54.

un fait à la connaissance des tiers. Cependant, elle ne déploie en elle-même aucun effet juridique dans la mesure où l'effet constaté découle uniquement de la connaissance du contenu de l'acte qu'elle communique¹³⁵¹. De la même façon, E. Suy a souligné que l'effet prêté par certains auteurs à la notification n'est autre que « l'effet logique ou naturel de la connaissance »¹³⁵².

Inversement, les auteurs qui considèrent que la notification mérite d'être qualifiée d'acte juridique invitent à dépasser l'idée selon laquelle elle ne serait que la forme prêtée à un contenu donné. L'action de notifier aurait pour objet propre de porter un fait à la connaissance de son destinataire. Dans cette mesure, la notification constituerait à elle seule un acte juridique, un acte-condition ayant pour effet d'assurer à tout le moins une présomption de connaissance et, *a fortiori*, d'opposabilité de l'acte qu'elle communique¹³⁵³.

306. Remarques critiques – Les termes du débat tels qu'ils ont été posés appellent au moins deux types de remarques permettant d'en relativiser la portée. En premier lieu, affirmer que la notification se limiterait à constituer la forme d'un acte, quel qu'il soit, pose une double difficulté sémantique et théorique. En réalité, dans la plupart des cas (ceux où le droit international ne pose aucune règle de forme), un acte peut naître indépendamment de l'existence d'une notification. La seule condition posée à la naissance d'un tel acte est l'expression claire et non équivoque de la volonté de son auteur. Or, dans ces conditions et pour cette raison même, il peut arriver que l'existence d'une notification serve de preuve concrète à l'existence de la volonté claire et non équivoque donnant naissance à l'acte qu'elle communique. La volonté et la notification tendent alors à se confondre. Pour autant, la notification ne constitue pas « la forme » de l'acte (au sens d'une forme imposée par le droit

¹³⁵¹ G. Venturini, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *op. cit.*, pp. 393-394.

¹³⁵² E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 103. V. également G. Cansacchi, *La notificazione internazionale*, Milano, ISPI, 1943, pp. 118-119 ; J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, *op. cit.*, p. 336 ; A. Miaja de la Muela, « Los actos unilaterales en las relaciones internacionales », *op. cit.*, pp. 434-437 ; V. D. Degan, « Unilateral Act as a Source of Particular International Law », *op. cit.*, p. 159 ; P. Eckart, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, pp. 36-37 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 473, où l'auteur intègre cette conception parmi une typologie de notifications ; P. Saganek, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, *op. cit.*, p. 109 ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 94.

¹³⁵³ En ce sens, C. Kiss, « Les actes unilatéraux dans la pratique française du droit international », *op. cit.*, p. 317 ; F. V. Kramer, « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 140 ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 396 ; G. Teboul, « Actes unilatéraux (États) », *op. cit.*, § 44 : « il convient de prendre conscience du fait que la notification d'un acte unilatéral correspond à la conjonction de deux actes unilatéraux : l'acte de notification (qui est un acte unilatéral) et l'acte unilatéral notifié. Il doit être précisé que la « notification d'un acte de notification (acte unilatéral) » est concevable : il s'agit de notifier le document attestant qu'une notification a été effectuée ».

et non autonome de l'existence de l'acte)¹³⁵⁴. Elle ne demeure que le moyen de communication et d'opposabilité aux tiers de l'acte en cause, qui pourrait toutefois exister sans elle si d'autres preuves de la volonté claire de son auteur sont disponibles. Dans une telle hypothèse, la notification remplit une double fonction, comme preuve de l'existence de la volonté et comme acte juridique à part entière consistant à notifier l'existence de l'acte aux tiers.

En second lieu, affirmer au contraire que les notifications sont nécessairement des actes juridiques pose un autre problème théorique. En réalité, ce n'est pas toujours le cas. Il arrive que la notification d'un acte puisse être imposée par une règle d'habilitation au titre des conditions procédurales de naissance de cet acte (*i.e.* des conditions relatives à l'action). Autrement dit, la notification constitue littéralement la forme ou l'un des éléments formels de l'acte. Inversement, un acte non notifié ne pourrait exister en tant qu'acte juridique, en raison de la non-satisfaction des conditions posées à sa formation. Dans une telle hypothèse, la notification n'a pas d'existence ni de valeur juridiques autonomes de l'acte qu'elle contribue à faire naître *et* à communiquer. Ce n'est qu'en tenant compte de l'ensemble de ces éléments qu'une typologie des notifications apparaît possible.

2. Typologie des notifications

307. *Notifications nécessaires à la naissance d'un acte juridique* – La notification nécessaire est celle qui intègre les conditions relatives à l'action déterminées par une règle d'habilitation spécifique et dont dépend la naissance d'un acte juridique pris sur le fondement de cette règle. Le caractère nécessaire de la notification suppose que la connaissance acquise par un tiers d'une autre façon ne puisse être opposée à ce dernier¹³⁵⁵. Dans une telle hypothèse, parce que l'acte n'a pas été régulièrement formé, il est inexistant et le tiers éventuellement intéressé ne peut, en droit, en prendre connaissance et y réagir. Certaines

¹³⁵⁴ Selon une considération que l'on retrouve chez plusieurs auteurs, « [l]orsqu'un État notifie sa volonté, la notification *est* la manifestation de la volonté. Elle est la forme empruntée par cette manifestation. (...) Dans une telle hypothèse, c'est la *protestation*, la *ratification*, la *reconnaissance*, la *réserve* notifiées qui reçoivent la qualité d'acte juridique et non la *notification* de la protestation, etc. », A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 473, italique de l'auteur. Il nous semble, toutefois, qu'une chose n'empêche pas l'autre. La notification peut jouer comme l'une des preuves possibles de l'existence de la volonté claire et non équivoque de faire naître de tels actes tout en constituant un acte juridique ayant pour objet de les communiquer.

¹³⁵⁵ En ce sens, *ibid.*, pp. 475-476. La paternité de l'expression « notification nécessaire » comme condition d'existence de la volonté revient à l'auteur.

demandes, par exemple, peuvent être considérées comme inexistantes et sans effet si elles n'ont pas été correctement notifiées. En ce sens, l'article 12 de la Convention européenne d'extradition, tel que modifié par le Quatrième protocole additionnel du 20 septembre 2012, impose qu'une requête soit formulée par écrit et adressée par le ministère de la Justice ou toute autre autorité compétente de la partie requérante au ministère de la Justice ou toute autre autorité compétente de la partie requise (la désignation d'une autre autorité compétente devant, le cas échéant, être notifiée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe). De même, l'article 15 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, tel que modifié par le Deuxième protocole additionnel du 8 novembre 2001, pose comme exigence que les demandes soient formulées par écrit ; puis il distingue, selon chaque type de demande, les différentes autorités internes aptes à les envoyer et à les recevoir.

Comme on l'a expliqué, dans ce genre de cas, la notification constitue la forme ou l'un des éléments formels d'un acte juridique. Elle ne peut avoir d'existence autonome par rapport à l'acte qu'elle contribue à faire naître. Cependant, la qualification de la notification comme acte juridique ou comme partie seulement d'un acte dépend en réalité de la représentation théorique privilégiée et de la fonction attribuée au concept d'acte juridique¹³⁵⁶. En ce sens, sans que cela ne remette en cause ni le caractère nécessaire de la notification ni son effet juridique, plusieurs remarques sont possibles. D'un côté, on retrouve une distinction classique entre la forme d'un acte et son contenu, entre l'*instrumentum* (la notification) et le *negocium* (le produit de l'acte notifié). Chacun de ces éléments ne peut exister sans l'autre et c'est à l'opération globale que le droit attribue la valeur d'un acte juridique dont découlent certains effets déterminés. D'un autre côté, rien n'interdit de qualifier dans ce cas la notification d'acte juridique spécifique qui a pour fonction de constituer un élément de formation d'un acte complexe, de la même façon que la signature ou la ratification constituent des actes-conditions participant à l'adoption ou à l'entrée en vigueur de l'acte juridique « traité ». En ce sens, la notification prend simplement part à « l'opération à procédure » (pour reprendre une expression de C. Eisenmann) donnant naissance à un autre acte juridique.

308. Notifications obligatoires non nécessaires à la naissance d'un acte juridique : obligation d'information – Le droit international peut également prévoir des notifications obligatoires sans pour autant que celles-ci soient nécessaires à la formation d'un acte juridique. En la matière, l'une des plus célèbres est celle qui consiste à informer les tiers de la présence

¹³⁵⁶ Sur cet aspect théorique, v. *supra*, § 40.

sur le territoire étatique d'éléments susceptibles de leur causer un préjudice, explicitement envisagée par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (1949)¹³⁵⁷. Il existe bien d'autres obligations de ce type, dans tous les domaines du droit international : s'agissant des épidémies et pandémies dans le cadre de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), à propos de l'invocation de la responsabilité internationale d'un tiers ou l'adoption de contre-mesures en droit de la responsabilité ou encore toutes les notifications prévues par le droit des relations diplomatiques ou le droit international du commerce, *etc.*¹³⁵⁸. Ce genre de notification a pour objet de satisfaire une obligation d'information et, plus largement, un objectif de coopération entre les États. Ces derniers se trouvent donc en situation de pouvoir lié. Cependant, il ne s'agit que d'obligations de nature procédurale. Cela implique qu'un éventuel manquement à celles-ci engage certes la responsabilité internationale de l'État concerné mais n'aboutit pas nécessairement à l'illicéité de son comportement quant aux conditions de fond déterminées par le droit conventionnel ou coutumier¹³⁵⁹. Ainsi, comme on l'a expliqué, ces notifications constituent des actes juridiques unilatéraux à part entière. Elles assurent à ce titre la double fonction de satisfaire une obligation internationale consistant à porter des actes ou faits à la connaissance des tiers et de leur rendre opposable les éventuelles prétentions que ces actes ou faits véhiculent en vue d'appeler les tiers concernés à réagir.

Il existe néanmoins une difficulté à distinguer en pratique les notifications obligatoires au seul titre d'une obligation d'information et celles qui le sont en tant que conditions de naissance d'un acte juridique. Il arrive parfois qu'une règle précise explicitement qu'une notification est obligatoire sans pour autant constituer une condition d'existence d'un acte¹³⁶⁰. Cependant, la plupart du temps, c'est loin d'être le cas. Dans cette hypothèse, il convient alors de distinguer, d'un côté, les cas dans lesquels la notification est obligatoire sans pour autant

¹³⁵⁷ CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, *fond*, préc. p. 22, à propos de la présence de mines placées dans les eaux territoriales de l'Albanie.

¹³⁵⁸ V. les nombreux exemples évoqués par C. Rousseau, *Droit international public*, *op. cit.*, t. 1, p. 421-422. En matière commerciale, v. la section consacrée aux obligations de notification dans l'ouvrage de H. Gherari, *Droit international des échanges*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 75-81.

¹³⁵⁹ Pour un exemple récent, v. CIJ, arrêt du 20 avril 2010, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, *Rec.* §§ 112-122, où la Cour constate le manquement de l'Uruguay à son obligation de notification au titre de l'article 7 de l'accord de 1975, ce qui ne l'empêche pas de considérer par la suite que les différentes activités menées par l'Uruguay n'étaient pas illicites.

¹³⁶⁰ Par exemple, à propos des déclarations de guerre, v. l'article 2 de la Convention III de La Haye de 1907 : « [l']état de guerre devra être notifié sans retard aux Puissances neutres et ne produira effet à leur égard qu'après réception d'une notification qui pourra être faite même par voie télégraphique. Toutefois, les Puissances neutres ne pourraient invoquer l'absence d'une notification, s'il est établi d'une manière non douteuse qu'en fait elles connaissaient effectivement l'état de guerre », cité par A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 478.

préjuger des modes d'acquisition de la connaissance d'un acte par les tiers et, de l'autre, les cas où il est précisé que la connaissance s'acquière uniquement par la « réception » de la notification. Selon A. Marie, seul ce dernier suppose l'existence d'une règle formaliste pouvant être interprétée comme imposant une « notification *ad validitatem* »¹³⁶¹. Lorsqu'une telle règle exige explicitement la réception de la notification, il est en effet permis de considérer que la connaissance acquise par tout autre moyen n'entraîne pas l'opposabilité de l'acte et n'appelle en conséquence aucune réaction. L'exigence de réception est ainsi l'un des critères principaux qui permet de distinguer entre la notification nécessaire au titre de l'existence et de l'opposabilité (les deux relevant dans ce cas d'une même condition) d'un acte véhiculant une prétention et la notification obligatoire au titre d'une simple obligation d'information¹³⁶².

309. *Notifications facultatives* – En l'absence de prescription par le droit international, les États sont libres de notifier ou non leurs actes. Or, bien qu'elles ne soient pas obligatoires, les notifications opérées par les États peuvent néanmoins apparaître utiles pour remplir deux fonctions distinctes, alternativement ou cumulativement. Soit elles constituent l'une des preuves possibles de la connaissance par les tiers d'un acte et de la prétention qu'il véhicule, soit l'une des preuves possibles de l'expression de la volonté étatique. « Possibles », précise-t-on à chaque fois, car dans l'un et l'autre cas le droit international n'impose aucune règle de forme. D'une part, la connaissance peut être prouvée par tout moyen (sachant que la notification elle-même n'est soumise à aucune exigence formelle). D'autre part, la volonté de l'État doit simplement être exprimée de façon suffisamment claire et non équivoque.

Ainsi, en premier lieu, il est permis de décrire la notification facultative comme un acte juridique visant pour les États à « accélérer l'opposabilité de leurs revendications », quelles qu'elles soient¹³⁶³. Dans cette hypothèse, le fait pour un État d'invoquer l'existence d'une notification a pour but de démontrer la connaissance par un tiers d'une prétention, afin que l'éventuelle réaction silencieuse de ce dernier puisse être tenue pour un acquiescement. En

¹³⁶¹ *Ibid.*, pp. 477-478.

¹³⁶² V. en ce sens, CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c Rwanda)*, préc., § 43. La RDC prit connaissance de l'intention du Rwanda de retirer sa réserve à l'article IX de la Convention sur le génocide. Elle en fit part à la Cour en lui présentant un décret-loi publié en 1995 au *Journal Officiel* rwandais. Cependant, la Cour refusa de considérer qu'un tel acte interne puisse suffire à opérer un retrait de la réserve dans le cadre des rapports interétatiques. En s'appuyant sur l'article 22, § 3 a) de la Convention de Vienne de 1969, elle souligna qu'en l'absence de règle contraire, « [p]our produire des effets en droit international, le retrait aurait dû faire l'objet d'une notification reçue au plan international ». Ainsi, selon la Cour, l'acte de retrait devait être considéré comme inexistant.

¹³⁶³ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 396.

second lieu, comme on l'a évoqué, la notification facultative peut dans certains cas se confondre avec l'expression de la volonté de l'État qui en est l'auteur. L'existence ou l'absence de la notification peut permettre de démontrer l'(in)existence de la volonté étatique de s'engager. Inversement, le caractère public et notoire d'un certain acte peut être interprété comme équivalent à une sorte de notification informelle permettant de présumer la connaissance de celui-ci par les tiers. Cette ambivalence de la notification est apparue dans l'affaire des *Essais nucléaires* (1974). D'un côté, la Cour a tenu compte des circonstances dans lesquelles les autorités françaises avaient déclaré cesser les essais nucléaires dans l'atmosphère comme participant à la démonstration qu'elles avaient bien la volonté de s'engager¹³⁶⁴. De l'autre, ces mêmes circonstances ont permis à la Cour de considérer que la France avait « signifié par là à tous les États du monde (...) son intention de mettre effectivement fin à ces essais »¹³⁶⁵.

En définitive, les notifications effectuées par les États peuvent être qualifiées d'actes juridiques selon la représentation théorique adoptée dans cette étude. Toutefois, elles ne remplissent pas les mêmes fonctions selon qu'elles sont nécessaires à la naissance d'un acte, imposées au titre d'une obligation d'information ou simplement facultatives. Cela dit, en toute hypothèse, l'existence d'une notification a pour effet la connaissance par les tiers de la prétention qu'elle véhicule.

B. L'effet des notifications

310. La preuve de l'existence d'une notification génère une présomption irréfragable de connaissance de la prétention qu'elle communique à son destinataire. Il s'agit certes d'un raisonnement peu répandu dans la doctrine internationaliste, car l'ordre juridique international ne connaît aucun mécanisme de publication authentique similaire à ceux des ordres centralisés. Par ailleurs, la preuve de la connaissance peut être apportée par d'autres moyens que l'existence d'une notification¹³⁶⁶. Cela n'empêche pas, cependant, de formuler l'hypothèse suivante. Si un État A allègue que sa prétention a été notifiée à un État B, ce dernier ne peut prouver son ignorance qu'en démontrant l'inexistence objective de la notification. S'il parvient à établir que la notification n'a pas été correctement formée, soit parce qu'elle ne respecte pas les règles de forme prévues par un régime spécial, soit parce

¹³⁶⁴ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, préc., §§ 35-44.

¹³⁶⁵ *Ibid.*, §§ 53.

¹³⁶⁶ V. *infra*, §§ 315 et s.

qu'elle n'a pas été valablement communiquée à une autorité apte à la recevoir et en connaître, alors la notification échoue ; elle est un « acte inexistant ». Or, si l'ignorance par l'État B de la prétention prétendument notifiée par l'État A ne peut être prouvée que par la démonstration que la notification n'existe pas en droit, cela suppose que la preuve de l'existence de la notification suffit à générer une présomption irréfragable de connaissance. En droit international, l'effet objectif de la notification est donc équivalent à celui d'une publication authentique, bien que la notification s'en distingue nettement dès lors qu'elle n'est ni centralisée ni obligatoire. L'hypothèse se vérifie en pratique, qu'une prétention fasse l'objet d'une notification purement bilatérale (1) ou d'une transmission officielle par une autorité habilitée (2).

1. Le cas des notifications bilatérales

311. Valeur de l'accusé de réception comme preuve de la connaissance – Lorsqu'une notification suscite de la part de son destinataire un accusé de réception, la connaissance par ce dernier de l'acte notifié est avérée. L'État qui reçoit une notification n'est en rien tenu de formuler en retour un tel accusé de réception. Cependant, en choisissant de le faire, il reconnaît formellement avoir pris connaissance de l'acte. La notion d'accusé de réception n'a pas fait l'objet de définition juridique précise ni d'analyse approfondie en droit international. Le terme lui-même peut éventuellement prêter à discussion au regard des notions proches qui sont régulièrement employées dans le milieu diplomatique¹³⁶⁷. Cependant, l'appellation apparaît sans réelle importance. Ce qu'il convient de retenir est que l'accusé de réception « se présente formellement comme une notification. Cette notification a pour objet de faire savoir à l'État auteur d'une première notification que cette dernière a bien été reçue et constitue donc, puisqu'elle a pour contenu un fait (la réception), un acte juridique »¹³⁶⁸. Il s'agit de signifier à l'auteur d'une notification que l'État a bien pris connaissance de l'acte notifié. Par ailleurs, il peut aussi être souligné que dans la mesure où en droit international la réception équivaut à la connaissance (ce qui n'est pas nécessairement le cas en droit interne), la personne qui se trouve en position de connaître au nom de l'État peut être considérée, par la même occasion, apte à accuser réception en son nom. Ce sont en réalité les deux faces d'une même pièce. Autrement dit, si une personne est habilitée par le droit interne de l'État à recevoir et

¹³⁶⁷ V. sur ce point les remarques d'A. Marie sur les expressions « accuser réception », « prendre acte » et « donner acte », *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté, op. cit.*, pp. 485-486.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, p. 481.

prendre connaissance pour lui de certains actes émanant de tiers, lorsque cette personne émet un accusé de réception (qui est un acte juridique), elle exerce au nom de son État un pouvoir international¹³⁶⁹. On retrouve là une illustration du principe applicable à l'imputabilité des actes unilatéraux étatiques en l'absence de règle spéciale¹³⁷⁰.

Si la définition de l'accusé de réception et son importance pour l'établissement de la connaissance d'un acte par son auteur génèrent assez peu de débat, certains considèrent toutefois qu'un tel acte constitue un début d'acquiescement au contenu de la prétention reçue¹³⁷¹. Cependant, pareille approche ne paraît pas confirmée par la pratique. Au contraire, celle-ci invite plutôt à opérer une distinction entre l'acte consistant à attester de la connaissance et l'acte exprimant un consentement. Surtout lorsqu'il s'agit de s'appuyer sur le silence d'un État, la jurisprudence tend à faire apparaître un certain séquençage temporel entre le moment de la connaissance et la période durant laquelle se constitue l'acquiescement de l'État réputé averti de l'existence de la prétention d'un pair¹³⁷². L'affaire du *Temple de Préah Vihear* (1962) est à cet égard révélatrice. Alors que la Thaïlande contestait avoir pris connaissance des cartes élaborées par les officiers topographes français, la Cour répondit qu'il ressortait pourtant du comportement des autorités siamoises de l'époque un accusé de réception très clair. Pour autant, elle n'y vit pas, à ce stade de son arrêt, un acquiescement à la prétention véhiculée par les cartes notifiées mais seulement la reconnaissance de la valeur des cartes comme expression du travail de la Commission mixte franco-siamoise de délimitation :

« [q]ue par leur conduite les autorités siamoises aient admis avoir reçu les cartes, reconnaissant le caractère de ces cartes et ce que celles-ci prétendaient représenter, cela ressort du fait que le prince Damrong, ministre de l'Intérieur, a remercié le ministre de France à Bangkok pour les cartes et lui a demandé quinze autres exemplaires de chacune d'elles en vue de les transmettre aux gouverneurs de province siamois »¹³⁷³.

C'est à un stade ultérieur de son raisonnement et uniquement au silence consécutif à la reconnaissance de la prétention véhiculée par ces cartes que la Cour attribua la valeur d'un

¹³⁶⁹ *Contra*, v. *ibid.*, p. 482.

¹³⁷⁰ Sur cette question, v. *supra*, §§ 145 et s.

¹³⁷¹ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 482-483.

¹³⁷² En ce sens, M. Cohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, *op. cit.*, p. 300.

¹³⁷³ CIJ, *Affaire du temple de Préah Vihear (Thaïlande c. Cambodge)*, *fond*, préc., p. 24. L'élaboration des cartes sur la base des travaux de la Commission fut confiée aux officiers français en raison du fait qu'ils disposaient de toutes les compétences techniques nécessaires pour les élaborer. C'est uniquement en se plaçant dans ce contexte que l'on comprend que la Cour fait bien référence uniquement à la reconnaissance de la valeur de ses cartes comme étant l'illustration des travaux de la Commission mixte.

acquiescement¹³⁷⁴. Du point de vue la Cour, l'acquisition de la connaissance d'une part, et la formulation d'un acquiescement d'autre part, constituent bien deux étapes distinctes. Néanmoins, au-delà de cette affaire, cela n'empêche certes pas que, dans le cadre de la seconde étape, les mêmes échanges diplomatiques entre les parties puissent intervenir au titre du contexte et de l'ensemble des éléments de preuve permettant d'identifier une volonté claire et non équivoque de consentir au contenu de la prétention¹³⁷⁵.

312. Valeur de la notification en l'absence d'accusé de réception – Lorsqu'une notification ne suscite de la part de son destinataire aucun accusé de réception, le droit international retient malgré tout une présomption irréfragable de connaissance de l'acte ou du fait notifié du simple fait de l'existence de la notification. Le fondement d'une telle présomption réside dans l'idée qu'il est difficile d'admettre, surtout à l'époque moderne, qu'un message ne parvienne pas à ses destinataires¹³⁷⁶. Elle se justifie aussi pleinement du point de vue de la pratique contentieuse. D'un côté, la non-réception d'une notification par l'État qui s'en prévaudrait apparaît difficilement démontrable ; elle ne peut qu'être alléguée sans pièce permettant d'en attester. De l'autre, retenir un tel argument reviendrait à retirer à l'État auteur de la notification tout moyen de preuve précisément parce qu'il ne dispose de rien d'autre que de la seule preuve de son envoi. Cela générerait alors une certaine imprévisibilité des rapports diplomatiques et juridiques et l'unique moyen de s'en prémunir consisterait à exiger pour tout échange un accusé de réception. C'est la raison pour laquelle si l'argument de la non-réception est soulevé dans un cadre contentieux, l'objet de la preuve porte sur l'existence de la notification plus que sur sa réception effective par son destinataire¹³⁷⁷. Par conséquent, du point de vue de l'État destinataire de la notification, le seul argument restant pour démontrer l'ignorance de l'acte ou du fait notifié n'est pas tant l'absence de réception que la réception par un agent ou un organe inapte à recevoir en son nom. Ainsi, c'est sur le terrain de l'imputabilité de la réception, et *a fortiori* de la connaissance, que la preuve de l'ignorance légitime peut être apportée.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, pp. 30-33. On reviendra sur la distinction entre ces deux étapes, v. *infra*, §§ 337-338.

¹³⁷⁵ Sur l'importance du contexte dans l'évaluation du caractère clair et non équivoque de la volonté étatique, v. *supra*, §§ 163 et s.

¹³⁷⁶ La remarque est formulée par A. Marie mais l'auteur considère qu'il ne s'agit que d'une présomption irréfragable, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 487.

¹³⁷⁷ V. à cet égard, CIJ, *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, préc., § 141, où, selon la Cour, la France n'est pas parvenue à apporter la preuve suffisante de l'envoi d'une lettre que Djibouti alléguait ne jamais avoir reçue. La France ne disposait que d'un bordereau d'envoi, sans aucune autre trace émanant de services postaux, du bureau d'ordre d'un ministère ou des voies diplomatiques traditionnellement utilisées pour ce genre d'échanges.

L'enjeu soulevé par la question de savoir qui est habilité à recevoir au nom de l'État est important dans la mesure où la réception implique la connaissance par l'État et cette connaissance est la condition d'attribution d'une valeur au silence de ce dernier¹³⁷⁸. Elle se résout néanmoins en des termes relativement classiques. Deux hypothèses méritent ainsi d'être distinguées. En premier lieu, lorsqu'une notification est transmise à une autorité habilitée à engager l'État dans ses rapports internationaux vis-à-vis du contenu de la notification, alors cette même autorité peut être réputée apte à recevoir et connaître en son nom. Il en va ainsi pour le chef de l'État, le Premier ministre, le ministre des affaires étrangères ou tout autre membre du gouvernement dans le cadre de ses attributions spécifiques. Il en est de même pour les représentants diplomatiques de l'État accrédités auprès d'États étrangers ou auprès d'organisations internationales dans le cadre de leurs missions ou encore pour tout autre agent ou organe de l'État disposant d'une habilitation spécifique en lien avec la conduite de ses relations internationales¹³⁷⁹.

En second lieu et inversement, dans l'hypothèse où une notification serait transmise à une autorité inapte à agir au nom de l'État, la notification et son contenu ne peuvent être réputées reçues ni connues¹³⁸⁰. Le constat appelle deux séries de remarques mutuellement dépendantes. D'une part, lorsque la notification est destinée à une personne qui ne peut juridiquement la recevoir au nom de l'État, cette notification échoue, en réalité, sur le plan international, au sens où elle ne peut être considérée comme réalisée ou existante. Cette responsabilité incombe à l'auteur de la notification manquée qui n'a pas pris soin de l'adresser aux autorités compétentes du destinataire souhaité. En conséquence, c'est tout le mécanisme de connaissance et d'opposabilité présumée d'une prétention susceptible d'appeler une

¹³⁷⁸ Sur le rapport entre la connaissance et la question de l'imputabilité du silence, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 499-500.

¹³⁷⁹ Sur les principes régissant la question de l'imputabilité des actes unilatéraux étatiques, v. *supra*, §§ 143 et s. A. Marie doute cependant que l'aptitude des représentations diplomatiques de l'État à l'étranger ou auprès d'organisations internationales à recevoir et connaître au nom de l'État constitue le corollaire de leur qualité pour engager l'État dans l'ordre international, v. *ibid.*, pp. 491-493. Selon l'auteur, la première serait générale et impliquerait de pouvoir connaître tout type d'acte ou fait notifié par un autre État, quel qu'en soit le contenu ; tandis que la seconde aptitude serait limitée aux domaines relatifs à leurs fonctions respectives. Toutefois, il nous semble que si la présomption selon laquelle les représentants de l'État peuvent parler en son nom ne vaut que pour les questions qui ont trait aux relations entre l'État qui les accrédite et l'État ou l'organisation auprès de laquelle ils sont chargés de le représenter, la même présomption pourvu du même champ d'application devrait s'appliquer pour la question de la réception/connaissance d'une notification au nom de l'État. Par ailleurs, d'un point de vue pratique, on imagine assez mal que des représentants de l'État à l'étranger ou auprès d'une organisation reçoivent des notifications qui n'ont strictement rien à voir avec le champ de leurs missions. Dans pareil cas, l'État prétendument destinataire de la notification serait certainement légitime à alléguer que la notification n'a pas été correctement réalisée.

¹³⁸⁰ En ce sens, v. not. E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 85.

réponse qui s'effondre. Si l'autorité de réception est inapte à recevoir et à connaître au nom de l'État, alors la notification est inexistante, le destinataire ne peut être réputé avoir pris connaissance de son contenu (en l'absence d'autres preuves de la connaissance) et, *a fortiori*, aucune réaction de sa part ne peut être exigée dans la mesure où il ne fait face à aucune prétention. Son silence ne peut donc être tenu pour juridiquement pertinent. D'autre part, sur le plan interne, il n'existe aucune obligation pesant sur l'autorité incompétente de réception de transmettre l'information à une autorité qui, elle, serait apte à recevoir et connaître au nom de l'État¹³⁸¹. Au niveau international, la notification est considérée comme inaccomplie ; il ne peut en conséquence être exigée de tout agent ou organe de l'État de transmettre les informations reçues. Le devoir de vigilance pèse donc sur l'auteur de la notification et non sur l'administration de l'État destinataire.

En somme, de l'existence d'une notification découle en toute hypothèse une présomption irréfutable de connaissance de son contenu de la part de l'État qui en est le destinataire. La possibilité pour ce dernier d'invoquer l'argument de l'ignorance s'avère en pratique réduite à la preuve de l'inexistence en droit de la notification. Cela vaut également dans le contexte d'une transmission officielle par une autorité désignée à cette fin.

2. Le cas des actes faisant l'objet d'une transmission officielle par une autorité habilitée

313. Enjeux – En dehors du cas particulier de la publication authentique, il est intéressant d'évoquer les hypothèses dans lesquelles les actes unilatéraux étatiques sont centralisés et diffusés par une autorité habilitée, ceci pour au moins trois raisons. En premier lieu, la diffusion officielle constitue une action nécessitant une certaine institutionnalisation des rapports interétatiques. En ce sens, pareille action dépasse le cadre des notifications strictement bilatérales des États en plaçant entre eux un intermédiaire institutionnel. La plupart du temps, il s'agit du depositaire du traité qui les lie qui se voit attribuer le rôle de recevoir et transmettre l'ensemble des actes afférents à ce traité. En second lieu, d'un point de vue sémantique, ce genre d'hypothèses permet de préciser le critère de distinction entre

¹³⁸¹ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 495-498. L'auteur s'appuie notamment sur l'affaire CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, préc., § 139, dont certains faits permettent de déduire que dans la mesure où le fonctionnaire états-unien du *Bureau of Land Management* n'avait pas le pouvoir d'engager son État, il ne pouvait pas non plus prendre connaissance en son nom de la prétention canadienne.

les notions de notification et de publication. Les deux ne peuvent en effet être opposées sur le plan de leur fonction matérielle consistant à rendre un acte opposable aux tiers. Elles ne peuvent pas non plus l'être sur la base d'un critère formel trop variable. En outre, elles n'ont pas nécessairement un caractère général pour l'une et particulier pour l'autre. En réalité, la notification apparaît simplement comme un moyen particulier de publication¹³⁸². À ceci près, cependant, que dans le cadre qui nous intéresse, une distinction pertinente peut être opérée entre, d'une part, les notifications purement bilatérales, mettant directement en relation l'État auteur d'une prétention et le ou les tiers intéressés par celle-ci, et, d'autre part, les actions réalisées par un intermédiaire institutionnel en vue d'assurer la connaissance des prétentions étatiques. Le terme « publication » peut être réservé à cette seconde hypothèse. Or, dans la mesure où, comme on l'a démontré, la preuve de la notification implique une présomption irréfragable de connaissance de la prétention par son destinataire, l'existence d'un intermédiaire institutionnel peut être rapprochée d'un mécanisme de publication authentique¹³⁸³.

314. Cas des notifications assurées par le depositaire d'un traité – La principale illustration de cette hypothèse relève du rôle attribué au depositaire éventuel d'un traité. Lorsque les parties désignent un tel depositaire, le droit conventionnel impose à celui-ci la fonction de recevoir et transmettre à toutes les parties ainsi qu'aux États ayant qualité pour le devenir l'ensemble des actes relatifs au traité (article 77, § 1 c) et e) de la Convention de Vienne de 1969). Cela vaut en particulier pour les réserves et objections à celles-ci ainsi que pour les demandes de nullité, suspension, terminaison ou retrait qui sont les plus à même de véhiculer des prétentions normatives. Or, en la matière, le depositaire ne constitue certes qu'une simple autorité de transmission ; il n'est pas apte à connaître au nom des parties. C'est la *réception* par ces dernières d'une notification qui constitue le critère de l'opposabilité de ces actes. C'est ce qui découle clairement de l'article 78 de la Convention de Vienne qui, selon ses termes clairs et les travaux de la CDI, a un caractère général et supplétif¹³⁸⁴. Le mécanisme

¹³⁸² Les différents arguments sont bien résumés par D. Le Béguec, « Publication », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 1274-1275.

¹³⁸³ A. Marie considère au contraire qu'il s'agit seulement d'une présomption simple renforcée par l'institutionnalisation du mécanisme. Il en déduit qu'elle correspond alors *en fait* à une présomption irréfragable, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 470-471.

¹³⁸⁴ Selon l'article 78, « [s]auf dans les cas où le traité ou la présente Convention en dispose autrement, une notification ou communication qui doit être faite par un État en vertu de la présente Convention : (...) c) si elle est transmise à un depositaire, n'est considérée comme ayant été reçue par l'État auquel elle est destinée qu'à partir du moment où cet État aura reçu du depositaire l'information prévue (...) ». V. not. R. Daoudi, « Article 78 », in O. Corten, P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, op. cit., t. 3, p. 2766 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*,

des « notifications dépositaires » ne constitue donc pas un système de publication réellement centralisé. Pour autant, dès lors que le dépositaire remplit correctement sa fonction en transmettant promptement les actes relatifs au traité, leur ignorance par les parties devient pratiquement impossible à prouver. Encore une fois, la seule preuve de l'existence de la notification dépositaire suffit en réalité à générer une présomption irréfragable de connaissance de l'acte notifié par son destinataire.

Au-delà de cette hypothèse, certains ont en outre cherché à démontrer que les notifications dépositaires n'étaient pas le moyen exclusif de connaissance des actes relatifs à un traité. La publication sur le site internet de l'institution jouant le rôle d'intermédiaire suffirait ainsi à présumer la connaissance par les parties, en particulier si la notification est effectuée tardivement¹³⁸⁵. Cependant, au-delà d'une certaine contradiction avec les prescriptions de l'article 78 de la Convention de Vienne, pareille approche n'a pas été confirmée par la pratique. Surtout, les institutions assurant l'accessibilité des actes concernés considèrent elles-mêmes que les informations publiées n'ont pas la valeur de notifications officielles au sens du droit des traités¹³⁸⁶. Cela dit, il faut reconnaître qu'en dehors du système de centralisation des actes étatiques que suppose l'existence d'un dépositaire, toute prétention unilatérale rendue accessible d'une manière ou d'une autre, via internet ou des revues spécialisées, peut très bien, selon le contexte et l'appréciation des juges éventuellement saisis, être considérée comme connue des tiers intéressés. Il s'agit toutefois d'une question de preuve de la notoriété des prétentions étatiques en l'absence de notification officielle.

§2. La preuve de la connaissance d'une prétention non notifiée

315. En l'absence d'une action visant spécifiquement à porter une prétention normative à la connaissance d'un tiers, il ne peut exister aucune présomption. Il n'en reste pas moins,

op. cit., pp. 464-465. L'article 16, b) de la Convention de Vienne constitue l'une des rares exceptions à ce principe en prévoyant que les actes établissant le consentement des États à être liés par le traité déploient leurs effets au moment de leur dépôt auprès du dépositaire. S'agissant par ailleurs des réserves, le principe posé par l'article 78 est confirmé par l'article 2.1.6, § 2, du « Guide de la pratique sur les réserves aux traités », *op. cit.*, pp. 167-168.

¹³⁸⁵ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 470.

¹³⁸⁶ C'est ce que précise par exemple la Section des traités du Bureau des affaires juridiques des Nations Unies dans un document transmis à la CDI, v. « Guide de la pratique sur les réserves aux traités », *op. cit.*, pp. 171-172, § 14. La même précision a été fournie à la CDI par le secrétariat du Conseil de l'Europe, p. 173, § 17. En outre, le paragraphe 3 de la directive 2.1.6 du Guide précise qu'en cas de transmission d'une réserve par voie électronique ou télécopie, celle-ci doit être confirmée ultérieurement par une notification dépositaire, p. 168.

toutefois, que la preuve de la connaissance d'une prétention puisse être apportée. Dans cette hypothèse, la connaissance demeure quoi qu'il en soit une connaissance juridique, objective, dont la preuve découle de l'existence et de la conjonction éventuelle de différents facteurs qui permettent soit de déduire la connaissance réelle avérée ou supposée de l'État, soit de rejeter l'argument de son ignorance en raison du caractère invraisemblable ou fautif de celle-ci. Dans tous les cas, il s'agit autant de prouver que l'État connaît que d'exiger de lui une vigilance raisonnable face aux prétentions des tiers¹³⁸⁷. À ce titre, tout élément factuel pertinent peut entrer en ligne de compte dans le raisonnement des juges, la charge de la preuve pesant sur celui qui allègue la connaissance (en général, celui qui prétend que l'État resté silencieux a manifesté son acquiescement face à une prétention connue). Certains ont déjà détaillé avec minutie la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux¹³⁸⁸. L'enjeu réside donc ici dans le fait d'en présenter une typologie synthétique et didactique. À ce titre, il est permis de classer, d'un côté, les facteurs relatifs à la situation de l'État face à la prétention non notifiée (A) et, de l'autre, les facteurs démontrant le caractère notoire de celle-ci (B).

A. Les facteurs relatifs à la situation subjective de l'État face à la prétention non notifiée

316. Au regard de la situation de l'État qui allègue son ignorance de la prétention d'un tiers, deux catégories de facteurs sont susceptibles de pousser le juge à conclure au caractère illégitime de celle-ci. Il s'agit, d'une part, de l'existence d'échanges diplomatiques ayant inclus l'objet de la prétention prétendument inconnue (1) et, d'autre part, de l'importance de l'intérêt de l'État au regard de celle-ci (2). Néanmoins, dans certains cas, l'État peut arguer du caractère

¹³⁸⁷ En ce sens, v. R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, op. cit., p. 346 : « il suffit pour que le silence soit imputable à un sujet que celui-ci ait dû connaître les faits selon les standards de diligence raisonnable (*due diligence*). La non-connaissance doit apparaître comme étant coupable », italique de l'auteur. Dans le même sens, C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, op. cit., pp. 177-178, où l'auteur évoque un devoir de vigilance des États dont l'acquiescement peut être retenu face à des prétentions suffisamment notoires. La définition du concept de vigilance ou diligence raisonnable fait appel à un standard de « bon gouvernement », v. T. Koivurova, « Due diligence », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (en ligne), février 2010, § 1 : « [d]ue diligence is a standard of conduct on the part of a subject of law. Normally, the criterion applied in assessing whether a subject has met that obligation is that of the responsible citizen or responsible government ». V. plus généralement, SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale. Journée d'études franco-italienne du Mans*, op. cit.

¹³⁸⁸ V. les illustrations multiples apportées par A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 515-534.

excusable de son ignorance en raison des difficultés administratives, extérieures à sa volonté, qui l'auraient empêché d'en prendre connaissance (3).

1. L'existence d'échanges diplomatiques incluant l'objet de la prétention

317. *Caractère invraisemblable de l'ignorance* – Tout type d'échange entre les États concernés peut servir à rejeter l'argument de l'ignorance d'une prétention non notifiée¹³⁸⁹. Dans la mesure où l'objet de la prétention supposément inconnue y apparaît nettement, les interactions diplomatiques pertinentes jouent comme véritables preuves de la connaissance. Il est possible de citer à titre d'illustration l'affaire de la *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)* (1959). En l'espèce, il ne s'agissait pas d'attribuer une valeur au silence mais de démontrer que l'auteur de la prétention soulevée (les Pays-Bas) avait bien connaissance de la contre-prétention de la partie adverse (la Belgique). Dans un premier temps, la CIJ établit que la Belgique était détentrice d'un titre conventionnel datant de 1843 sur les deux parcelles litigieuses. Les Pays-Bas arguèrent néanmoins que depuis cette date, les actes de souverainetés réalisés sur ces territoires (notamment l'inscription au cadastre ou la perception d'impôts) avaient abouti au transfert du titre. Par conséquent, la Cour s'interrogea dans un deuxième temps sur l'abandon éventuel de son titre par la Belgique à la lumière des effectivités exercées par les Pays-Bas. Dans ce contexte, la Cour constata qu'en 1892, les deux États avaient signé une convention dans laquelle la cession éventuelle des deux parcelles par la Belgique était envisagée. Or, si cette convention ne fut jamais ratifiée, la Cour en tira néanmoins argument pour rejeter l'hypothèse de l'abandon d'une part, la convention véhiculant une contre-prétention claire de la Belgique, et disqualifier l'ensemble de la démarche néerlandaise d'autre part, essentiellement fondée sur des actes de souveraineté déployés entre 1843 et 1892 :

« [s]ans doute, la convention non ratifiée de 1892 n'a créé ni droits ni obligations, mais les termes de la convention elle-même et les événements contemporains montrent qu'à cette époque la Belgique affirmait sa souveraineté sur les deux parcelles et que les Pays-Bas ne l'ignoraient pas »¹³⁹⁰.

La prise en compte des interactions diplomatiques entre les parties joua un rôle d'autant plus important dans l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* (1951) aux fins d'attribution d'une valeur au silence des autorités britanniques. Dans cette affaire, le Royaume-Uni avança que

¹³⁸⁹ En ce sens, *ibid.*, pp. 526-527.

¹³⁹⁰ CIJ, *Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, préc., p. 229.

s'il n'avait pas contesté le système norvégien de délimitation des lignes de base durant près de 60 ans, c'est qu'il en ignorait l'existence ; selon lui, ledit système « manquait ainsi de la notoriété requise pour fonder un titre historique qui lui soit opposable »¹³⁹¹. Toutefois, la Cour souligna que le Royaume-Uni avait nécessairement pris connaissance de la position norvégienne dans le cadre de la négociation de la Convention sur la police de la pêche dans la mer du Nord adoptée en 1882. L'arrêt est sur ce point tout à fait explicite :

« [i]l n'est guère de convention relative aux pêcheries qui eût plus d'importance pour tous les États riverains de la mer du Nord et qui offrît pour la Grande-Bretagne plus d'intérêt. Le refus de la Norvège d'y adhérer posait clairement la question de la délimitation de son domaine maritime et, plus spécialement pour les baies, celle de la délimitation par le moyen de lignes droites, au sujet de laquelle la Norvège contestait la limite maximum adoptée dans la convention. (...) tous les éléments du problème des eaux côtières norvégiennes se trouvaient nettement posés. Les démarches que la Grande-Bretagne a entreprises par la suite pour obtenir l'adhésion de la Norvège à la convention soulignent sa connaissance de la question et l'intérêt qu'elle y portait »¹³⁹².

2. L'évaluation de l'intérêt de l'État au regard de l'objet de la prétention

318. *Caractère fautif de l'ignorance* – C'est toujours dans l'affaire des *Pêcheries anglo-norvégiennes* (1951) que la CIJ tint également compte de la situation subjective du Royaume-Uni pour souligner le caractère illégitime, parce que négligent, de son ignorance prétendue du système de délimitation norvégien. L'appréciation de la Cour concerne cette fois les intérêts stratégiques de l'État dans la région, en particulier à la lumière de son implication traditionnelle et de sa vigilance vis-à-vis des questions d'ordre maritime. Dans la mesure où le Royaume-Uni est un « État riverain de la mer du Nord, hautement intéressé aux pêcheries de ces régions » et, de façon plus générale, dès lors qu'il constitue une « Puissance maritime traditionnellement attentive au droit de la mer et particulièrement attachée à la défense de la liberté des mers », la Cour n'admet pas l'idée qu'il ait pu manquer de prendre connaissance du système norvégien de délimitation. C'est ainsi l'« intérêt propre [du Royaume-Uni] dans la question » que la Cour intègre parmi l'ensemble des éléments d'appréciation de la connaissance par celui-ci de la prétention qu'elle lui oppose, *in fine*, du fait de son silence prolongé¹³⁹³.

¹³⁹¹ CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., pp. 138-139.

¹³⁹² *Ibid.*, p. 139.

¹³⁹³ *Ibid.*, p. 139 pour l'ensemble des citations.

La même démarche fut explicitement reprise par la CIJ dans l'affaire de la *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie c. Libye)* (1985). La Cour souligna la négligence de la Tunisie quant au fait qu'elle ne chercha jamais par elle-même à prendre connaissance des coordonnées exactes de la concession pétrolière accordée par la Libye dans un contexte de négociations relatives à la délimitation du plateau continental entre les deux parties¹³⁹⁴.

3. Les difficultés administratives de l'État à prendre connaissance de la prétention

319. Circonstances atténuant le caractère fautif de l'ignorance – Les facteurs relatifs à la situation subjective de l'État intègrent néanmoins certains éléments de nature à rendre légitime, dans certaines conditions, l'ignorance de la prétention d'un tiers. Cette catégorie d'éléments constitue en quelque sorte l'envers de la précédente, au sens où il peut être admis que dans un contexte particulier l'État puisse se désintéresser d'une question. Ce genre d'interrogation fut soulevée à l'occasion de contentieux territoriaux. À cet égard, plusieurs remarques méritent d'être formulées. D'une part, on pourrait considérer qu'il devrait exister, compte tenu du rapport de l'État à son territoire, une certaine présomption de connaissance des empiètements réalisés par les tiers. D'autre part, il peut apparaître risqué pour un État d'invoquer devant un juge l'ignorance d'un empiètement sur son territoire ; ignorance qui pourrait en même temps être perçue comme une preuve d'ineffectivité de son occupation et, par conséquent, comme une preuve du désintérêt voire d'abandon par cet État du territoire litigieux. Cependant, dans un cas comme dans l'autre, la jurisprudence paraît assez clairement faire la part des choses si bien que l'ignorance d'un empiètement peut parfois être jugée légitime¹³⁹⁵.

Par exemple, dans l'affaire précitée de la *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)* (1959), les Pays-Bas invoquèrent au soutien de leur prétention au transfert du titre belge différents actes de souveraineté : l'incorporation des parcelles au cadastre

¹³⁹⁴ CIJ, arrêt du 10 décembre 1985, *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Libye)* (*Tunisie c. Libye*), Rec., § 27. Dans le même sens, sur la question de la prise en compte de l'intérêt particulier de l'État qui allègue l'ignorance, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 524-525.

¹³⁹⁵ A. Marie développe plus longuement et avec précision ces deux débats, v. *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit. pp. 521-523. V. aussi, R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, op. cit., pp. 346-347.

néerlandais, l'inscription au registre communal des naissances, décès et mariages, la perception d'un impôt foncier ou encore la vente annoncée publiquement en 1853 d'un terrain comprenant une partie des parcelles litigieuses¹³⁹⁶. En réponse, la Belgique admit sobrement qu'elle ignorait l'existence d'un impôt néerlandais dans la mesure où elle ne soumettait pas elle-même les parcelles à un impôt foncier, toutes deux ayant longtemps demeuré en friche et l'une d'elle relevant du domaine de l'État. La Belgique admit également qu'il échappa à sa connaissance le fait que le terrain vendu comprenait une partie des parcelles. Toutefois, la Cour reconnut la légitimité de l'ignorance belge compte tenu, d'une part, du système d'enclaves particuliers dans lequel ces parcelles se trouvaient et, d'autre part, du caractère relativement peu important des actes réalisés par les autorités néerlandaises :

« [L]a valeur à attacher aux actes invoqués par les Pays-Bas doit s'apprécier en tenant compte du système complexe d'enclaves entremêlées qui existait. Les difficultés que rencontrait la Belgique à découvrir les empiètements sur sa souveraineté et à exercer celle-ci sur ces deux parcelles, entourées comme elles l'étaient par le territoire néerlandais, sont manifestes. Dans une large mesure, les actes invoqués sont des actes courants et d'un caractère administratif, accomplis par des fonctionnaires locaux et sont la conséquence de l'inscription par les Pays-Bas des parcelles litigieuses à leur cadastre, contrairement à la Convention de délimitation. Ils sont insuffisants pour déplacer la souveraineté belge établie par cette Convention »¹³⁹⁷.

Au-delà de cette affaire, c'est surtout la situation particulière des États découlant de leur implication dans un conflit armé international ou interne ou de leur récente indépendance qui souleva la question de la légitimité de leur ignorance de la prétention d'un tiers¹³⁹⁸. Dans un contexte de déstabilisation des institutions étatiques, il est difficile de considérer que l'administration d'un État fonctionne normalement et permette aux autorités de prendre pleinement la mesure des empiètements réalisés par des tiers sur son territoire. En la matière, la jurisprudence n'apparaît pas d'une grande précision et les tribunaux internationaux se livrent rarement à des appréciations globales et abstraites de la problématique. Il est néanmoins permis d'évoquer l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime (Guinée/Guinée Bissau)* (1985). Le Tribunal accepta le principe en des termes relativement généraux, en y ajoutant une restriction temporelle selon laquelle l'ignorance ne pourrait apparaître légitime que sur une période relativement courte :

« [c]omme l'a fait la partie adverse, le Tribunal tient à rendre hommage au courage exemplaire avec lequel, dans des conditions d'une extrême difficulté, l'administration guinéenne a dû assumer sa tâche à dater de l'indépendance. Toutefois, s'il est

¹³⁹⁶ CIJ, *Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, préc., p. 228.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p. 229.

¹³⁹⁸ V. les développements d'A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 528-532.

concevable compte tenu de certaines circonstances et s'il peut être sans conséquence qu'une concession étrangère récente passe inaperçue, il ne semble pas possible, en l'état actuel du droit international et des relations internationales, d'opposer à des États tiers l'ignorance, pendant de longues années, d'un traité de frontières largement publié et dont les effets peuvent s'observer sur le terrain »¹³⁹⁹.

De la même façon, dans le cadre du *Différend (Érythrée/Yémen)* (1998), le Yémen invoqua l'absence de réaction du prédécesseur de l'Érythrée, c'est-à-dire l'Éthiopie, face à la publication d'un contrat entre lui et *British Petroleum* s'appliquant aux zones faisant l'objet du litige¹⁴⁰⁰. Cependant, le Tribunal considéra qu'il était déraisonnable d'opposer à l'Érythrée le silence de son prédécesseur alors que ce dernier était en pleine guerre civile et que le régime alors au pouvoir était au bord de l'effondrement¹⁴⁰¹. Cela dit, dès l'année suivant son indépendance l'Érythrée n'était plus fondé, selon le Tribunal, à invoquer son ignorance face aux nouvelles activités du Yémen dans la même zone.

Au-delà des facteurs liés à la situation subjective de chaque État, l'appréciation par le juge de la connaissance par ce dernier de la prétention d'un tiers s'appuie en outre sur tout autre élément de nature à démontrer le caractère notoire de cette dernière.

B. Les facteurs relatifs à la notoriété de la prétention non notifiée

320. Le terme « notoriété » fait l'objet de différentes définitions. Cependant, on ne s'intéresse pas ici à tout ce qui pourrait être qualifié de « fait notoire », dont les parties à un différend seraient dispensées d'apporter la preuve. On se réfère à la notoriété *large sensu* d'une prétention comme synonyme de son caractère « public, manifeste, visible pour qui veut s'en convaincre et donc (...) que l'on est en faute de ne pas avoir pris en considération »¹⁴⁰². En ce sens, les éléments recensés ici amènent surtout le juge à considérer qu'un État raisonnablement vigilant à l'égard de ses relations extérieures aurait dû prendre connaissance de la prétention en cause. Autrement dit, ces éléments traduisent le caractère négligent, sinon impossible, de l'ignorance des autorités étatiques, soit parce que l'information était aisément

¹³⁹⁹ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime (Guinée/Guinée-Bissau)*, SA préc., § 65.

¹⁴⁰⁰ *Affaire du Différend (Érythrée/Yémen)*, SA préc., § 413.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, § 415 : « *Ethiopia was then locked in its final struggle with Eritrean liberation movement, the Mengistu regime was close to collapse, and to suggest that Eritrea today should be taxed with Ethiopia's failure during that period to find and protest the terms of the agreement may be unreasonable* », cité par A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 532. À propos de cette affaire, v. aussi R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, *op. cit.*, p. 347 : « une certaine adaptation du degré de diligence est possible, dans les strictes limites des exigences de sécurité dont le droit international est le garant ».

¹⁴⁰² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 691.

accessible (1), soit en raison du contexte géographique rendant les faits, et la prétention, particulièrement flagrants (2).

1. Les éléments démontrant l'accessibilité des informations pertinentes

321. *Publicité des actes véhiculant la prétention étatique* – La notoriété d'une prétention unilatérale du fait de sa publicité recouvre au moins deux types de situation. La première est celle où le juge envisage la publicité au sens large, c'est-à-dire au sens du caractère connu, manifeste et compréhensible des informations décrivant la prétention étatique d'un tiers, que l'État prétendument ignorant ne peut avoir raisonnablement manquées. La CIJ évoqua cette idée dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* (1962). Parmi l'ensemble des éléments démontrant la connaissance par le Siam de ce que les cartes transmises par les agents français (dont celle concernant la zone du Temple) prétendaient représenter le résultat des travaux de la Commission mixte de délimitation, la Cour souligna que leur publication et communication avaient « constitué un événement d'une certaine importance »¹⁴⁰³. Les cartes ont effet reçu « une large publicité dans tous les milieux scientifiques intéressés, ayant été largement communiquées aux principales sociétés de géographie de grands pays et à d'autres milieux intéressés sur le plan régional » ainsi qu'aux représentants siamois dans différents États et aux membres de la Commission¹⁴⁰⁴. La Cour ajoute à cela, comme on l'a vu auparavant, que les autorités siamoises avaient clairement accusé réception desdites cartes. Cependant, elle conclut explicitement que « même s'il n'en avait pas été ainsi [même en l'absence d'un tel accusé de réception], il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction »¹⁴⁰⁵.

La seconde hypothèse concerne les cas de publicité des informations pertinentes dans un sens plus strict, c'est-à-dire comme découlant d'une publication officielle (sans pour autant qu'elle ait, dans l'ordre international, la valeur d'une publication authentique) ou de publications privées mais aisément accessibles. À cet égard, il convient cependant de souligner au préalable qu'aucun État ne peut être présumé connaître le droit interne des tiers. La CIJ a clairement reconnu, dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)* (2002), qu'« un État n'est pas juridiquement tenu de s'informer des mesures d'ordre législatif ou

¹⁴⁰³ CIJ, *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, p. 22.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*

constitutionnel que prennent d'autres États et qui sont, ou peuvent devenir, importantes pour les relations internationales de ce dernier »¹⁴⁰⁶. Néanmoins, la connaissance ou, à tout le moins, la notoriété de l'activité normative des États tiers est en pratique régulièrement reconnue. Par exemple, dans l'affaire de l'*Anglo-iranian Oil Company (Royaume-Uni c. Iran)* (1952), la CIJ s'est appuyée sur une loi interne iranienne pour confirmer son interprétation de la déclaration unilatérale de reconnaissance de sa juridiction obligatoire. Le Royaume-Uni fit alors valoir qu'il s'agissait d'un texte purement interne, rédigé uniquement en langue persane et qu'il ne pouvait donc en avoir connaissance. La Cour rejeta néanmoins cet argument au motif que la loi en question « a été publiée au Recueil des lois iraniennes votées et ratifiées du 15 janvier 1931 au 15 janvier 1933. Elle a donc été accessible à l'examen des autres gouvernements pendant environ vingt ans »¹⁴⁰⁷. Un autre exemple est fourni par l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)* (1984). À partir de 1964, le Canada délivra des permis d'exploitation d'hydrocarbures sur la partie Nord-Est du banc de Georges. Il alléguait devant la Chambre de la CIJ que ces faits étaient connus des autorités états-uniennes. Les informations relatives à ces concessions furent notamment publiées dans le *Monthly Oil and Gas Report*, ce à quoi les États-Unis d'Amérique répondirent que ces faits n'avaient rien de notoires et qu'il ne s'agissait là que d'activités administratives internes¹⁴⁰⁸. C'est de manière subsidiaire que le Canada invoqua la lettre dite « Hoffman » du *Bureau of Land Management* états-unien datant de mai 1965 pour consolider son allégation¹⁴⁰⁹. Or, comme on l'a vu, la Chambre rejeta l'imputabilité du contenu de cette lettre aux États-Unis d'Amérique dans la mesure où le fonctionnaire Hoffman n'était pas en la matière habilité à parler au nom de l'État (ni à recevoir et connaître en son nom de la prétention canadienne)¹⁴¹⁰. Pour autant, cela n'a pas empêché la Chambre de reconnaître la connaissance de la prétention canadienne par les autorités états-uniennes sur la base de l'accessibilité des informations en raison, notamment (mais elle ne le précise pas explicitement), de leur publication dans une revue spécialisée. Cela peut être déduit du fait que la Chambre pointe l'imprudence des États-Unis d'Amérique à avoir gardé le silence

¹⁴⁰⁶ CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, préc., § 266. V. sur ce point les développements d'A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 515-517.

¹⁴⁰⁷ CIJ, *Anglo-Iranian Oil Company (Royaume-Uni c. Iran)*, exceptions préliminaires, préc., p. 107.

¹⁴⁰⁸ CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, préc., § 131.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, § 132.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, § 139.

après 1964, bien qu'elle ne tira pas de ce silence un acquiescement suffisamment clair en raison de sa durée trop réduite¹⁴¹¹.

322. Connaissance et réactions d'autres sujets comme preuve de l'accessibilité – La connaissance et la prise en compte de la prétention en cause par d'autres sujets peut, en outre, renforcer la conviction du juge que l'État prétendument ignorant n'a pas fait preuve de la vigilance raisonnable pouvant être attendue de lui. Cette connaissance par les tiers constitue un élément qui s'ajoute et corrobore ceux déjà évoqués qui permettent de conclure au caractère inexcusable de l'ignorance¹⁴¹². Dans l'affaire des *Pêcheries anglo-norvégiennes* (1951), lorsque la CIJ énumère les différents facteurs la poussant à conclure à l'ignorance fautive du Royaume-Uni (la notoriété du système de délimitation norvégien, la tolérance générale de la Communauté internationale, *etc.*), elle souligne par ailleurs que « le Royaume-Uni n'a pas pu ignorer le décret de 1869 qui avait aussitôt provoqué une demande d'explications du Gouvernement français »¹⁴¹³. De la même façon, dans l'affaire de la *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie c. Libye)* (1985), lorsque la Cour reprocha à la Tunisie de ne pas avoir cherché à connaître les coordonnées exactes d'une concession libyenne dans un contexte de négociations sur les limites du plateau continental, elle souligna qu'une entreprise privée était parvenue à se les procurer¹⁴¹⁴.

2. Les facteurs géographiques et la flagrance de la prétention

323. Impossibilité de l'ignorance – On a déjà évoqué, avec l'affaire de la *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Royaume-Uni/Pays-Bas)* (1959), l'idée selon laquelle certains éléments géographiques étaient susceptibles de légitimer l'ignorance d'un État face à certains faits, en particulier des actes de souveraineté, réalisés par un tiers. Il peut en être déduit l'absence de toute présomption relative à la connaissance par l'État d'un empiètement éventuel sur son

¹⁴¹¹ *Ibid.*, § 140. Sur la valeur attribuée aux publications officielles internes ou privées, v. aussi A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 517-520, où l'auteur y développe d'autres exemples, not. les affaires du *Différend (Érythrée/Yémen)*, SA préc., § 413, CIJ, *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Libye)* (*Tunisie c. Libye*), préc., § 24 et CIJ, *Différend frontalier (El Salvador/Honduras)*, préc., § 353.

¹⁴¹² En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 527.

¹⁴¹³ CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., p. 139.

¹⁴¹⁴ CIJ, *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Libye)* (*Tunisie c. Libye*), préc., § 25 : « [l]a Libye a démontré, durant la présente instance, qu'une firme indépendante de consultants de l'industrie des pétroles avait ainsi pu se procurer en 1976 les renseignements en question ; la Tunisie n'a ni expliqué pourquoi elle n'aurait pu agir de même – voire s'adresser directement à cette firme de consultants – ni démontré que de telles démarches étaient vouées à l'échec ».

territoire¹⁴¹⁵. Dans la même veine, dès lors que l'occupation effective n'est pas toujours exigée pour l'acquisition et le maintien d'un titre sur un territoire difficilement habitable, il peut être supposé que l'ignorance par l'État d'un empiètement sur une telle portion de son territoire soit considérée comme légitime. Ici, inversement, l'idée est que certains faits, et *a fortiori* la prétention étatique qui en découle, ne peuvent échapper à la vigilance de l'État compte tenu de leur proximité et, surtout, de leur caractère particulièrement flagrant. En un sens, l'ignorance n'est pas simplement fautive, elle est impossible ; la prétention d'un tiers ne peut être ignorée par l'État dans la mesure où celle-ci se déploie sous ses yeux. Par exemple, dans l'arbitrage relatif au *Différend frontalier entre Dubaï et Sharjah (Dubaï/Sharjah)* (1981), le Tribunal souligna que certaines des effectivités invoquées étaient nécessairement connues des autorités de Sharjah : « *[t]hese were peaceful and public acts of authority which the government of Sharjah could not ignore, given the nearness of Al Mamzher and the very limited size of this region* »¹⁴¹⁶. En la matière, comme A. Marie, il est alors permis de faire un parallèle avec l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (1949), bien qu'il s'agît en l'espèce d'établir non pas un acquiescement à une prétention mais la responsabilité de l'Albanie du fait de la présence de mines dans le détroit ayant causé d'importants dommages à la *Royal Navy*. Dans cette affaire, la CIJ alla jusqu'à mandater une équipe d'experts sur le terrain afin d'évaluer si le mouillage de mines (alors qu'il était difficile d'en établir l'État auteur avec certitude) pouvait éventuellement échapper à la connaissance de l'Albanie. La Cour répondit par la négative. Elle tint alors explicitement compte de la configuration géographique de la zone en soulignant qu'une surveillance étroite y était possible par le commandement côtier albanais, qui par ailleurs fut toujours prompt à réagir à l'entrée de navires militaires étrangers dans ses eaux territoriales¹⁴¹⁷.

* *

La seconde condition d'opposabilité des prétentions normatives unilatérales repose sur leur connaissance par les tiers intéressés. En tant que fait-condition, cette connaissance est déterminée par le droit. Il s'agit en toute hypothèse d'une connaissance juridique, si bien que l'ignorance d'une prétention par un État, quand bien même elle serait avérée, pourrait très bien être considérée comme inexcusable. La connaissance découle soit de l'existence d'une

¹⁴¹⁵ V. *supra*, § 319.

¹⁴¹⁶ *Affaire du Différend frontalier entre Dubaï et Sharjah (Dubaï/Sharjah)*, SA préc., p. 622.

¹⁴¹⁷ CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, préc., p. 20, cité par A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 533. L'auteur souligne par ailleurs que la Cour n'a pas recouru à cette méthode dans d'autres affaires, malgré les allégations de connaissance ou d'ignorance par les parties des effectivités invoquées pour établir ou modifier un titre territorial. En ce sens, v. par ex., CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, préc., §§ 247-248.

notification (impliquant une présomption irréfragable), soit de tout élément pertinent permettant de démontrer la connaissance réelle de l'État ou, à défaut, que son ignorance ne peut être tenue pour légitime. Il en ressort que les États sont soumis à une obligation générale de vigilance face à l'activité normative des tiers.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

324. Bien que l'ordre juridique international soit décentralisé, l'opposabilité des prétentions normatives véhiculées par les actes unilatéraux des États dépend de conditions purement objectives. La première condition a trait au statut de ces prétentions. Dès lors qu'elles ont l'apparence d'actes juridiques valablement fondés, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas manifestement (ir)régulières vis-à-vis des règles d'habilitation sur lesquelles elles se fondent, elles ont une existence objective. À ce titre, elles bénéficient d'une présomption de régularité et d'opposabilité à l'égard des tiers liés par les mêmes habilitations. Cependant, il s'agit d'une présomption réfragable. Les tiers intéressés ont la faculté de soulever différents motifs d'irrégularité dans l'hypothèse où ces prétentions leur sembleraient infondées. La formation et l'opposabilité présumée des prétentions normatives unilatérales des États repose donc sur une logique objective qui nuance la nature relativiste du droit international ; celle-ci ne jouant qu'au stade de l'appréciation et de la contestation éventuelle de ces prétentions.

La seconde condition d'opposabilité de ces prétentions relève de la connaissance de celles-ci par les tiers intéressés. Là encore, il s'agit d'une condition objective en ce que la connaissance est déterminée par le droit. À cet égard, deux hypothèses ont été distinguées. En premier lieu, la prétention d'un État peut avoir fait l'objet d'une notification. La notification constitue un acte juridique unilatéral ayant pour effet, si son existence est démontrée, de générer une présomption irréfragable de connaissance dans le chef de ses destinataires. Si, de surcroît, la notification est réalisée par une autorité habilitée, en particulier le dépositaire d'un traité, alors le mécanisme est comparable à un système de publication centralisée entre les États concernés. En second lieu, en l'absence de notification, la preuve de la connaissance d'une prétention peut être apportée par tout moyen. Pareille condition n'en est pas moins objective dans la mesure où la reconstruction par le juge de la connaissance correspond à un modèle rationalisable dont on peut déduire l'existence pour les États d'une obligation de vigilance raisonnable. Une somme de facteurs contextuels, propres à chaque espèce, permet d'établir la connaissance réelle comme l'ignorance invraisemblable ou inexcusable de la prétention par le ou les tiers qu'elle intéresse. On comprend, *in fine*, les raisons pour lesquelles pareille prétention génère sur ces derniers un effet de sommation.

CHAPITRE 2

L'EFFET AUTONOME DES PRETENTIONS NORMATIVES

325. De l'existence objective d'une prétention normative non manifestement infondée et de sa connaissance par les tiers intéressés découlent son opposabilité présumée. Cela dit, la faculté qu'ont les États de peser, par la formulation de telles prétentions, sur la définition et l'évolution de leurs rapports de droit génère une certaine insécurité juridique. Il apparaît en conséquence nécessaire que cette insécurité soit contrebalancée par un effet de sommation impliquant que l'absence éventuelle de réaction de la part des tiers intéressés puisse se voir attribuer, selon les cas, la valeur d'un rejet ou d'un acquiescement. C'est la seule manière de limiter un relativisme total des normes internationales. L'effet de sommation attribué aux prétentions normatives unilatérales des États dépend d'une nécessité structurelle de l'ordre juridique international ; il s'agit d'un effet autonome qui découle, selon la représentation proposée, d'une règle secondaire préétablie.

La répartition du pouvoir normatif et l'exigence de sécurité juridique supposent néanmoins que le processus assure un certain équilibre entre les acteurs concernés : l'auteur d'une prétention d'une part, et les sujets qu'elle intéresse d'autre part. En effet, si, d'un côté, un acte non manifestement irrégulier, présumé opposable, ne peut rester indéfiniment contestable, de l'autre, les tiers avertis doivent disposer d'un délai d'appréciation de la prétention avant d'être réputés réagir à son contenu. Le processus apparaît donc séquencé afin d'assurer une certaine adéquation matérielle et temporelle entre l'objet de la sommation et la réaction requise (**Section 1**). Il s'agit en outre de déterminer avec précision quels sont les sujets soumis à cet effet de sommation. À cet égard, un détour par le droit de la responsabilité offre une certaine cohérence au processus représenté. Le cercle des États sommés de réagir correspond ainsi au cercle des États pouvant s'estimer potentiellement lésés par le contenu d'une prétention (**Section 2**).

Section 1. Le contenu de l'effet de sommation

326. On l'a dit, la protection de la sécurité juridique interdit d'exiger une réaction immédiate de la part des tiers, encore moins silencieuse. Plus qu'un pouvoir de sommation, cela reviendrait à reconnaître aux États un pouvoir de transformation unilatérale du droit sans s'assurer du consentement des tiers intéressés. C'est la raison pour laquelle la connaissance d'une prétention rend celle-ci opposable mais pas définitivement incontestable. Elle ne peut déclencher que l'exigence d'une réaction sans toutefois en déterminer ni le contenu ni, sauf exception, le délai. La connaissance ouvre ainsi un laps de temps consacré, pour les sujets avertis, à l'évaluation de la prétention étatique et de son objet normatif (§1). Cela dit, toutes les prétentions (potentielles) des États ne génèrent pas nécessairement un effet de sommation. Il existe certaines exceptions, des cas-limites dans lesquels la valeur de prétention et l'effet d'injonction à réagir susceptibles d'être attribués à certains actes ou pratiques étatiques se voient neutralisés (§2).

§1. L'identification de l'objet de la sommation

327. L'objet de la sommation dépend de ce qui est prétendu et, plus particulièrement, de ce qui est connu des tiers intéressés. L'hypothèse dégagée par A. Marie dans son étude sur le silence étatique peut être généralisée et précisée de la façon suivante : la connaissance d'une prétention normative *stricto sensu* est la condition d'existence d'un effet de sommation (que l'on préfère à l'expression « charge de réagir ») ; pour autant, elle ne suffit pas à éviter toute erreur ni à exiger de réaction immédiate¹⁴¹⁸. À partir de la connaissance d'une prétention s'ouvre une période de temps revêtant une fonction générale d'adaptation en vue d'assurer la sécurité juridique des rapports de droit (pour l'auteur d'une prétention d'une part, afin qu'elle ne soit pas perpétuellement contestable, et pour les tiers intéressés d'autre part, qui doivent avoir la faculté de l'évaluer et d'y réagir). Durant ce laps de temps, différents facteurs peuvent être pris en compte afin de déterminer si les tiers intéressés ont pu apprécier (ou ont eu l'occasion raisonnable d'apprécier) une prétention à sa juste valeur et se forger une position juridique (A). De façon concomitante, selon qu'il existe ou non une règle spéciale et en

¹⁴¹⁸ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 414 : « [c]ondition *sine qua non* à l'attribution d'un effet à la réaction silencieuse, dans la mesure où un État ne peut réagir face à quelque chose qu'il ignore, la connaissance n'est néanmoins pas, en elle-même, suffisante pour éviter une mauvaise représentation des faits qui suscitent la réaction. Elle en permet néanmoins la prise en compte, puisqu'elle ouvre une période laissant à l'État la possibilité de prendre la mesure de ce à quoi il réagit et donc de son acquiescement ».

fonction du contexte propre à chaque cas, il est possible d'évaluer le délai à l'issue duquel la réaction est exigée (B).

A. Fonctions de l'appréciation de la prétention

328. L'écoulement d'un laps de temps consacré à l'appréciation d'une prétention normative est, en lui-même, sans effet juridique. Le temps demeure neutre et ne constitue en ce sens qu'un cadre, une période durant laquelle les États sont amenés à évaluer le contenu d'une prétention autant que le sens et la portée de leur réaction¹⁴¹⁹. C'est ce laps de temps qui permet d'opérer un séquençage entre la connaissance d'une prétention, son appréciation et la réaction des tiers intéressés. C'est aussi à l'issue de ce temps d'adaptation que l'objet de la réaction exigée peut être considéré conforme à l'objet de la sommation. En pratique, cependant, il est possible que cette période se caractérise par un certain flou quant à la valeur attribuée à la conduite des États intéressés, en particulier lorsqu'ils demeurent silencieux. En la matière, tout est affaire d'espèce. Il n'en demeure pas moins que le juge procède à une reconstruction objective de l'appréciation. Il se fonde sur tout élément probant, tout comportement actif de l'État intéressé, en vue de considérer qu'il a apprécié le contenu de la prétention (et *a fortiori* l'objet de la sommation) (1). À défaut, selon les cas, le juge peut estimer que l'État demeuré passif a au moins eu l'opportunité raisonnable de l'évaluer. Dans ce cas, le délai consacré à l'appréciation d'une prétention joue contre l'État averti : sa passivité apparaît fautive et toute erreur invoquée tardivement sera considérée comme ayant pu être évitée (2).

1. Preuves de l'appréciation du contenu de la prétention

329. *Considérations générales* – La distinction entre le moment de la connaissance d'une prétention par un tiers et le temps réservé à l'appréciation de son contenu est aisée dans les hypothèses où elle fait l'objet d'une notification et lorsque les tiers disposent d'un délai

¹⁴¹⁹ En matière territoriale particulièrement, deux grands courants doctrinaux s'opposent sur la valeur attribuée à l'écoulement du temps. Certains y voient un fait juridique et lui attribuent un effet de droit (qui permet notamment de recevoir dans l'ordre international le concept de prescription), tandis que d'autres le considèrent comme un cadre au sein duquel se produisent des événements auxquels est attribuée une valeur juridique. V. par ex., M. Kohen, « L'influence du temps sur les règlements territoriaux », in SFDI, *Le droit international et le temps*, op. cit., spéc. pp. 135-137. L'auteur opte pour la seconde vision et rejette ainsi le concept de prescription acquisitive, pp. 138-143. Dans le même sens, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 420-427. V. aussi *infra*, §§ 402-403.

prédéterminé pour y réagir¹⁴²⁰. Le régime des réserves aux traités intègre ces deux conditions : selon l'article 20, § 5 de la Convention de Vienne de 1969, les parties à un traité ont 12 mois pour objecter à une réserve qui n'est pas expressément autorisée à compter du moment où ils en ont reçu notification. À l'issue de ce délai, ils sont présumés avoir eu le temps d'en évaluer le contenu en plus d'être réputés y avoir acquiescé. En revanche, en l'absence de notification, les preuves de la connaissance d'une prétention et de son appréciation peuvent être traitées indistinctement. Les juges n'opèrent pas toujours un séquençage temporel parfaitement clair, surtout que, pour l'une comme pour l'autre, tout est affaire d'espèce. Cependant, le témoignage de la jurisprudence permet d'isoler certains comportements positifs démontrant, au-delà de la preuve de la seule connaissance, qu'un État a pris soin d'évaluer la valeur normative comme l'objet précis d'une prétention.

330. Pertinence des échanges diplomatiques – La teneur des relations entre gouvernements permet dans certains cas au juge de considérer que l'objet normatif d'une prétention a clairement été évalué et compris. Par exemple, dans l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* (1951), après avoir déclaré que le Royaume-Uni n'avait pu ignorer ni l'existence ni les motifs du système norvégien de délimitation des lignes de base, la CIJ souligna qu'il avait par ailleurs eu l'occasion d'en apprécier la portée. Le demandeur avait tenté d'infléchir la position norvégienne :

« [L]es démarches que la Grande-Bretagne a entreprises par la suite pour obtenir l'adhésion de la Norvège à la convention [sur la police de la pêche dans la mer du Nord de 1882] soulignent sa connaissance de la question et l'intérêt qu'elle y portait. La Cour constate qu'à l'égard d'une situation qui ne pouvait manquer de se fortifier d'année en année, le Gouvernement du Royaume-Uni s'est abstenu de formuler des réserves ».

La Cour en conclut que « dès avant la naissance du différend, (...) l'attitude des gouvernements attest[ait] que ceux-ci n'[avaient] pas considéré [la méthode norvégienne] comme contraire au droit international »¹⁴²¹.

Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Thaïlande c. Cambodge)* (1962), le contenu des échanges diplomatiques apporta la preuve que les représentants siamois devaient avoir apprécié la valeur de la carte transmise par les autorités françaises. D'abord, la Cour tint

¹⁴²⁰ En ce sens, A. Marie, *ibid.*, p. 430. L'auteur distingue à cet égard la connaissance et la « prise de conscience » au sein d'une analyse de la durée comme cadre de l'appréciation d'une erreur. On considère toutefois qu'il ne s'agit pas d'une « prise de conscience » réelle. Soit il existe des preuves positives d'une appréciation par les autorités d'un État permettant de considérer qu'il a pu prendre position, soit le juge peut considérer que l'État a objectivement eu l'occasion d'apprécier une prétention sans que cela soit nécessairement le cas.

¹⁴²¹ CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., p. 139 pour les deux citations.

compte d'une lettre adressée le 20 août 1908 au ministre des Affaires étrangères à Bangkok par le ministre du Siam à Paris. Celle-ci présentait en termes clairs l'ensemble des cartes transmises, dont celle relative à la région du temple, comme le résultat des travaux de la Commission de délimitation¹⁴²². La Cour s'appuya ensuite sur l'ensemble des réactions siamoises après leur réception : les remerciements du Prince Damrong, ministre de l'intérieur, qui demanda de nouveaux exemplaires afin de les transmettre aux gouverneurs des provinces, la création d'une nouvelle Commission mixte entre les deux États afin de traduire et convertir les cartes en un atlas maniable, dont les travaux n'ont mené à aucune contestation¹⁴²³, ou encore le fait qu'en 1930 (soit près de 20 ans plus tard), le Prince Damrong fut reçu au temple par les autorités françaises agissant selon un protocole officiel, sans qu'il profite de l'occasion pour protester¹⁴²⁴.

331. *L'attitude des autorités étatiques se fondant sur la prétention* – L'affaire du *Temple de Préah Vihéar* illustre également le fait que le juge s'appuie dès que possible sur tout comportement actif des autorités étatiques poussant à considérer qu'elles se sont fondées sur le contenu d'une prétention et, à ce titre, qu'elles ont nécessairement eu l'occasion de l'apprécier. En ce sens, la Cour tint compte d'éléments très variés. Elle souligna d'abord la volonté du Siam de créer un service géographique national en vue de retranscrire le contenu des cartes. Ensuite, en réponse à l'argument thaïlandais selon lequel ces dernières n'avaient été vues que par des fonctionnaires subalternes, elle nota que « le prince Damrong [avait] pris personnellement un vif intérêt aux travaux de délimitation et qu'il avait une connaissance approfondie des monuments archéologiques »¹⁴²⁵. Enfin, quant au comportement ultérieur de la Thaïlande, la Cour s'étonna du fait que malgré ses propres relevés de la zone, elle fit régulièrement usage de la carte de l'annexe I à des fins officielles :

« [a]ucune question n'a même été soulevée après 1934-1935, quand la Thaïlande eut fait faire pour son propre compte un levé de la région (...). Si, à partir de cette date, la Thaïlande a elle-même publié à l'occasion des cartes situant Préah Vihéar en territoire thaïlandais, elle n'en a pas moins continué à employer, même à des fins publiques et officielles, la carte de l'annexe I ou d'autres cartes indiquant Préah Vihéar en territoire cambodgien sans soulever aucune question à ce sujet (...). D'ailleurs, la Cour ne peut guère négliger le fait, par exemple, qu'en 1937, après le levé effectué par la Thaïlande en 1934-1935 et l'année même de la conclusion avec la France d'un traité où les frontières

¹⁴²² CIJ, *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Thaïlande c. Cambodge)*, *fond*, préc., p. 23.

¹⁴²³ *Ibid.*, p. 24.

¹⁴²⁴ *Ibid.*, p. 30.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, p. 25.

communes établies étaient, on le verra, réaffirmées, le Service géographique royal siamois a publié une carte indiquant Préah Vihéar en territoire cambodgien »¹⁴²⁶.

Le Tribunal arbitral réuni dans l'affaire de l'*Aire marine protégée de Chagos (Maurice c. Royaume-Uni)* (2015) s'est également appuyé sur le comportement ultérieur des parties en vue de confirmer la valeur attribuée à l'engagement britannique de « Lancaster House » formulé en 1965, juste avant l'indépendance de Maurice. D'un côté, le Tribunal constata que le Royaume-Uni avait réitéré régulièrement sa position par le biais de différentes déclarations officielles des autorités gouvernementales. Il souligna, en outre, la pratique constante du Royaume-Uni consistant à laisser les navires mauriciens pêcher dans les eaux de l'archipel¹⁴²⁷. De l'autre, le Tribunal considéra « *that Mauritius' entire course of conduct with respect to the Chagos Archipelago was undertaken in reliance on the full package of undertakings given at Lancaster House* ». Dès lors, compte tenu des bonnes relations entre les deux États durant deux décennies, il vit même dans le silence de Maurice une preuve de sa confiance en la valeur des engagements britanniques :

« *[t]he tribunal considers this initial silence, and Mauritius' comparatively restrained assertion of its sovereignty claim thereafter, to have been a result of the undertakings given by the United Kingdom. In so relying, Mauritius forewent the opportunity of asserting its sovereignty claim more aggressively, in particular in the early years following independence* »¹⁴²⁸.

332. L'existence de protestations comme preuve de l'appréciation – Aux éléments sus-évoqués peut être ajouté le fait que l'existence d'une protestation de la part du ou des tiers intéressés permet logiquement, dans l'hypothèse où elle porte bien sur l'objet de la prétention litigieuse, d'assurer la preuve de son appréciation. Dans l'affaire du *Golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)* (1984), environ 4 ans s'étaient écoulés entre la délivrance en 1964 des premiers permis canadiens d'exploration sur le banc de Georges et les premières réactions officielles explicites états-uniennes en 1968. À cet égard, la Chambre de la CIJ distingua clairement entre la connaissance de la prétention canadienne et le temps consacré à son appréciation. Le silence des États-Unis d'Amérique durant une certaine période fut certes interprété comme laissant place à l'incertitude, sinon à une certaine incohérence, mais il demeurerait insuffisamment long, selon la Chambre, pour lui attribuer la valeur d'un acquiescement :

« [c]ertes, au moment où le Canada (...) a énoncé clairement pour la première fois ses prétentions, il aurait pu s'attendre à une réaction du département d'État des États-Unis. Les États-Unis reconnaissent qu'ils étaient ainsi officiellement avisés des vues du

¹⁴²⁶ *Ibid.*, p. 27.

¹⁴²⁷ *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, SA préc., § 439.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, § 442 pour les deux citations.

Canada sur le problème de la délimitation. (...) Avoir attendu le 10 mai 1968 pour suggérer par voie diplomatique l'ouverture de négociations, la question demeurant ouverte, puis encore un an et demi, jusqu'à novembre 1969, pour indiquer clairement qu'aucune autorisation canadienne d'exploration ou d'exploitation des ressources naturelles du plateau continental du banc de Georges ne serait reconnue, ce n'est pas s'être efforcé de tenir le Canada suffisamment au courant de la politique des États-Unis. Il est même possible que le Canada ait pu raisonnablement espérer que les États-Unis se rangeraient pour finir à ses vues. Mais en tirer sur le plan juridique la conclusion que les États-Unis avaient, par ce retard, tacitement acquiescé aux thèses canadiennes ou qu'ils avaient perdu leurs droits, c'est aller au-delà des conditions requises pour qu'on puisse parler, de l'avis de la Chambre, d'acquiescement ou d'*estoppel* »¹⁴²⁹.

L'extrait permet non seulement de distinguer la phase de la connaissance d'une prétention et celle consacrée à son appréciation mais également de constater que la formulation d'une protestation met fin au processus. La protestation constitue en ce sens une preuve de l'appréciation de la valeur normative d'une prétention unilatérale. En conséquence, une fois celle-ci manifestée, on comprend que son renouvellement apparaisse nécessaire autant que de besoin. Dans la mesure où l'appréciation de la prétention est considérée comme réalisée, le non-renouvellement d'une protestation face au maintien de ladite prétention n'entraînerait pas la réouverture d'un délai d'appréciation mais consacrerait, au contraire, l'acquiescement au contenu de la prétention vue comme comprise par l'État concerné¹⁴³⁰.

Les juges envisagent également le laps de temps consacré à son appréciation comme l'occasion pour l'État d'éviter toute erreur sur sa valeur et son objet.

2. Preuves de l'absence d'erreur légitime

333. *Obligation de vigilance raisonnable et notoriété des justifications juridiques* –

Au-delà des comportements positifs qui démontrent qu'une prétention a concrètement été évaluée à sa juste valeur, le juge peut s'appuyer sur les éléments constitutifs de la prétention menant à considérer qu'un État, même resté passif, a eu la possibilité de l'apprécier. En la matière, les preuves de la connaissance et de l'appréciation peuvent de nouveau apparaître plus ou moins entremêlées selon les cas. Toutefois, au-delà du constat initial de la connaissance ou de l'ignorance fautive de la prétention, l'enjeu pour le juge, durant la phase postérieure, est de souligner le caractère invraisemblable d'une erreur sur sa valeur

¹⁴²⁹ CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, préc., § 142.

¹⁴³⁰ Sur ce point, v. *infra* § 379.

normative¹⁴³¹. On voit là une nouvelle illustration de l'obligation de vigilance raisonnable pesant sur les États face à l'activité normative de leurs pairs.

Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* (1962), la CIJ releva différentes preuves de la connaissance comme de la possibilité d'apprécier la valeur de la carte censée refléter les travaux de la Commission franco-siamoise de délimitation. Après avoir noté que la carte fit l'objet d'une large publicité et fut transmise à différents représentants des gouvernements concernés, y compris les membres de la Commission, la Cour souligna surtout que ces derniers ne pouvaient simplement pas manquer d'en apprécier et d'en comprendre le contenu :

« ce ne sont pas seulement les circonstances dans lesquelles cette carte et les autres ont été communiquées qui appelaient du côté siamois une réaction, s'il devait y en avoir une ; il y avait également des indications sur la feuille de la carte qui appelaient une réaction si les autorités siamoises avaient des motifs de soutenir qu'elle ne représentait pas le résultat des travaux de délimitation »¹⁴³².

S'agissant plus particulièrement des membres siamois de la Commission, il semblait « impossible qu'ils aient été trompés par son titre » ; de même, selon la Cour, ils ont nécessairement « dû voir la mention qui figurait au coin supérieur gauche de la feuille de la carte et d'après laquelle les travaux sur le terrain avaient été exécutés par les capitaines Kerler et Oum »¹⁴³³. Pour autant, ils n'ont pas réagi pour indiquer que la carte ne reflétait pas les travaux de la Commission. En outre, en réponse à l'argument de l'erreur sur le contenu de la carte invoqué par la Thaïlande, la Cour considéra que les autorités siamoises de l'époque étaient en mesure de l'éviter. De nombreux représentants haut placés eurent l'occasion d'examiner la carte. Surtout, celle-ci « attirait si nettement l'attention sur la région de Préah Vihéar qu'aucune personne intéressée ou chargée d'examiner cette carte n'aurait pu manquer de remarquer ce qu'elle indiquait dans cette région »¹⁴³⁴. Par ailleurs, les autorités siamoises « savaient qu'elle était l'œuvre d'officiers topographes français à qui elles avaient elles-mêmes confié ce travail cartographique (...) et ne sauraient donc maintenant invoquer une erreur viciant leur consentement »¹⁴³⁵. En définitive, la possibilité d'une erreur de la part du Siam

¹⁴³¹ De manière générale, sur l'identification des erreurs légitimes relatives à la portée du silence de l'État, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., pp. 431-442.

¹⁴³² CIJ, *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Thaïlande c. Cambodge)*, fond, préc., pp. 23-24.

¹⁴³³ *Ibid.*, p. 24 pour les deux citations.

¹⁴³⁴ *Ibid.*, p. 26.

¹⁴³⁵ *Ibid.*, pp. 26-27. On peut également renvoyer à l'arrêt rendu dans l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., p. 138, dans lequel la CIJ considéra que le Royaume-Uni était largement en mesure d'apprécier la portée du système norvégien de délimitation. Elle nota en ce sens que les motifs des décrets de 1869 et 1889 étaient très clairs, tandis que le décret de 1812 avait toujours été interprété de façon à délimiter des lignes de base droites.

apparaissait invraisemblable dans la mesure où ses représentants étaient largement en mesure d'apprécier la prétention française véhiculée par la carte.

De la même façon, dans l'affaire de la *Rémunération des services de recherche fournis par l'Office européen des brevets à l'État belge* (1997), la Belgique refusait de se voir opposer la pratique subséquente de l'Office que les représentants belges au Conseil d'administration pouvaient vraisemblablement être réputés avoir approuvée par leur silence. Elle considérait à cet égard « qu'en raison de la complexité de la matière et de l'opacité du processus de décision appliqué en l'occurrence, [elle] aurait été induit[e] en erreur sur la portée réelle de la modification du régime des taxes intervenue fin 1990 »¹⁴³⁶. Cependant, le Tribunal rejeta l'argument dans la mesure où l'ensemble des données permettant de comprendre le sens de la substitution opérée étaient aisément disponibles et pouvaient être évaluées par les experts de l'administration belge :

« L'analyse qui précède montre en effet que cet accord intérimaire a été atteint en pleine connaissance de cause grâce au travail préparatoire fourni par l'Office et à l'expertise en ces matières des fonctionnaires belges. Dans ces conditions, les données financières du problème étaient parfaitement connues des deux parties »¹⁴³⁷.

L'enjeu est similaire lorsqu'un État fait face aux effectivités territoriales de l'un de ses pairs. Dans l'affaire du *Différend frontalier entre Dubaï et Sharjah* (1981), la question de la valeur de l'absence de réaction de la part de Sharjah à l'égard du comportement de Dubaï revenant sur la délimitation opérée initialement par les autorités britanniques fut soulevée. Dans un premier temps, le Tribunal arbitral opéra une distinction nette entre le moment de la connaissance d'un empiètement sur le territoire et le temps consacré à l'appréciation de sa valeur normative :

« [i]n the opinion of the Court, the State whose rights are threatened by the actions of another State does not necessarily have to make its protest as soon as it learns about the action giving rise to the complaint, but it must be made as soon as the State realises that these actions may be prejudicial to its rights »¹⁴³⁸.

Dans un second temps, cependant, le Tribunal considéra que la protestation de Sharjah était intervenue trop tard pour renverser la valeur attribuée à la présence effective de Dubaï sur le territoire litigieux. Compte tenu de l'intensité et de la flagrance des effectivités en cause, l'appréciation de la prétention devait, semble-t-il, se dérouler dans un temps relativement

¹⁴³⁶ *Affaire relative à la rémunération des services de recherche fournis par l'Office européen des brevets à l'État belge*, SA du 15 décembre 1997, RBDI, 1997, n° 1, p. 388, § 25.

¹⁴³⁷ *Ibid.*, p. 403, § 69.

¹⁴³⁸ *Affaire du Différend frontalier entre Dubaï et Sharjah (Dubaï/Sharjah)*, SA préc., p. 624.

court. Selon le Tribunal, « *Sharjah could not have failed to realize very quickly that the exercise of authority by the Emirate of Dubai was contrary to Mr. Tripp's delimitation* »¹⁴³⁹. On comprend qu'en toute hypothèse, plus une prétention unilatérale apparaît notoire, plus il est aisé de considérer que les tiers intéressés ont la possibilité de l'apprécier. Or, cela joue nécessairement sur la détermination d'un délai raisonnable à l'issue duquel la réaction de ces derniers peut être exigée¹⁴⁴⁰.

334. Valeur du silence comme acquiescement à l'absence d'erreur sur la valeur d'une prétention normative – Dans ces conditions, la notoriété d'une prétention normative unilatérale et de son objet ne constitue pas seulement un motif d'ignorance inexcusable de la part des tiers intéressés¹⁴⁴¹. Elle continue de jouer, une fois la connaissance établie, durant la phase consacrée à l'appréciation de la prétention. Par conséquent, l'invocation tardive de l'erreur par un État tiers qui conteste l'opposabilité de la prétention en cause apparaît comme le résultat d'une négligence fautive. L'État n'a pas agi dans un sens qui lui aurait permis de la découvrir dans un délai raisonnable. En somme, sa passivité se voit attribuer la valeur d'un acquiescement à l'absence d'erreur sur l'objet de la prétention en plus de la valeur d'un acquiescement à l'opposabilité et au caractère incontestable de son contenu¹⁴⁴².

Il apparaît donc, en toute logique, que le laps de temps consacré à l'appréciation de la prétention correspond en même temps au délai à l'issue duquel la sommation déploie tous ses effets ; à défaut de réaction des tiers intéressés, leur silence prend la valeur d'un acte de réaction.

B. Délai(s) consacré(s) à l'appréciation de la prétention

335. Dans l'affaire précitée du *Temple de Préah Vihear* (1962), la Cour indiqua « que les circonstances étaient de nature à appeler *dans un délai raisonnable* une réaction de la part des autorités siamoises, au cas où celles-ci auraient voulu contester la carte ou auraient eu de graves questions à soulever à son égard »¹⁴⁴³. De façon générale, un délai constitue, en droit, une mesure du temps, une durée « qui sépare deux situations juridiques, différentes mais pas

¹⁴³⁹ *Ibid.*, p. 625.

¹⁴⁴⁰ Sur la question du délai consacré à l'appréciation d'une prétention, v. *infra*, §§ 335 et s.

¹⁴⁴¹ Sur les preuves de la connaissance ou de l'ignorance fautive d'une prétention, v. *supra*, §§ 315 et s.

¹⁴⁴² En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 438 : « [d]ès lors que l'acquiescement a été établi à l'issue d'une période « raisonnable » - *i.e.* suffisante pour que l'État silencieux prenne conscience de l'erreur, la dénonce et réagisse activement – la découverte postérieure d'une erreur ne sera en pratique jamais légitime ».

¹⁴⁴³ CIJ, *Affaire du Temple de Préah Vihear (Thaïlande c. Cambodge)*, *fond*, préc., p. 23, italique ajouté.

indépendantes dans la mesure où la seconde est la conséquence différée de la première »¹⁴⁴⁴. Comme on peut l'entrevoir dans les mots de la Cour, l'enjeu derrière la détermination d'un délai donné consiste à assurer au maximum la sécurité des rapports de droit. Il ne doit être ni trop court ni trop long. Du point de vue des tiers intéressés et sommés de réagir par une prétention normative unilatérale, il s'agit de disposer d'un temps suffisant pour l'évaluer et se forger une position juridique. Le délai d'appréciation remplit donc une fonction dilatoire en différant le moment où une prétention devient définitivement opposable à leur égard. Cela vaut tant pour les délais préfixés (1) que dans le cas d'un délai indéterminé dont le caractère « raisonnable » est évalué et adapté à la lumière des circonstances de chaque espèce (2).

1. En présence d'une règle spéciale

336. *Intérêts des délais préfixés* – Les délais conventionnels prédéterminés ont toujours pour fonction d'assurer un certain équilibre entre le temps consacré à l'appréciation d'une prétention (ou des conséquences de la violation d'un droit s'agissant des délais de recours) et l'exigence de sécurité juridique incitant à ne pas laisser la possibilité qu'un acte ou une situation juridiques apparaissent perpétuellement contestables. À ce titre, on peut évoquer la détermination de délais de négociation avant tout recours à un tiers impartial¹⁴⁴⁵ ou l'ensemble des délais spécifiques encadrant la saisine d'un organe juridictionnel¹⁴⁴⁶. Tous manifestent une certaine interprétation concrète du principe selon lequel une prétention doit être évaluée (ou un droit à réclamation exercé) dans un temps raisonnable permettant d'assurer au maximum la sécurité des rapports de droit. L'enjeu fut identique et amplement discuté s'agissant de la détermination du délai à l'issue duquel l'absence d'objection à une réserve par les parties à un traité peut se voir attribuer la valeur d'une acceptation. À cet égard, l'article 20, § 5 de la Convention de Vienne de 1969 (repris en substance par la directive 2.6.12 du Guide de la pratique sur les réserves élaboré par la CDI) prévoit un délai de 12 mois à compter de la notification de la réserve. Pareil délai ne doit rien au hasard. Il est le fruit d'une proposition de Sir. H. Waldock qui, constatant une pratique relativement hétérogène, argua du fait qu'un délai relativement long serait plus aisément accepté par les États lors de la conférence de

¹⁴⁴⁴ J.-M. Thouvenin, « Le délai raisonnable », in SFDI, *Le droit international et le temps*, op. cit., p. 114.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.* L'auteur cite comme exemples l'article 44, alinéa k, de la Convention sur l'aviation civile internationale du 7 décembre 1944 ou les articles 74, § 2 et 83, § 2 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982.

¹⁴⁴⁶ V. les exemples recensés par C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2015, pp. 303-304.

Vienne¹⁴⁴⁷. Il est surtout jugé par beaucoup comme le plus acceptable ou le plus raisonnable afin de concilier les intérêts en présence¹⁴⁴⁸. Sa justification apparaît très clairement dans les propos de F. Horn, repris par le commentaire de la directive 2.6.12 :

« [a] too long period could not be admitted, because this would result in a protracted period of uncertainty as to the legal relations between the reserving State and the confronted parties. Nor should the period be too short. That again would not leave enough time for the confronted State to undertake the necessary analysis of the possible effects a reservation may have for them »¹⁴⁴⁹.

On le voit, le souci fut de permettre aux États parties à un traité de disposer d'un temps suffisant d'évaluation et d'adaptation sans que cela ne génère une insécurité juridique trop pesante. Cependant, il peut être également souligné que l'instauration d'un délai de droit commun implique d'exiger de tous les États le même degré de vigilance, alors que tous n'ont pas les mêmes moyens financiers et humains en vue d'apprécier les prétentions normatives véhiculées par les réserves émises par leurs pairs. Les délais préfixés n'offrent ainsi aucune flexibilité susceptible de tenir compte de la situation de chaque État. Il en va tout autrement lorsqu'est simplement exigé un « délai raisonnable », qui doit être évalué à la lumière des circonstances de chaque espèce.

2. En l'absence de règle spéciale : appréciation du délai « raisonnable »

337. Fondement et intérêt du délai raisonnable – Le caractère raisonnable d'un délai vise à remplir la même fonction qu'un délai prédéterminé. Elle consiste à offrir un temps d'adaptation aux sujets concernés par les effets d'une prétention normative. Pareil délai s'impose, par exemple, lorsque le retrait d'un acte unilatéral étatique est possible mais qu'aucune condition précise ne l'encadre¹⁴⁵⁰. À cet égard, on a vu que dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (1984), la CIJ affirma que le retrait d'une déclaration de reconnaissance de sa juridiction obligatoire ne pouvait, en principe, avoir un effet immédiat : « [l']exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit un délai raisonnable (...) »¹⁴⁵¹. Dans l'*Affaire de la frontière*

¹⁴⁴⁷ CDI, « Guide de la pratique sur les réserves aux traités et commentaires », *op. cit.*, p. 288, § 4.

¹⁴⁴⁸ P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 107 ; D. W. Greig, « Reservations: Equity as a Balancing Factor? », *Australian Yearbook of International Law*, 1995, p. 128. V. aussi A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 428.

¹⁴⁴⁹ F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Stockholm, TMC Asser Institut, 1988, p. 126.

¹⁴⁵⁰ Sur le(s) régime(s) du retrait de actes unilatéraux étatiques, v. *supra*, §§ 216 et s.

¹⁴⁵¹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *exceptions préliminaires*, préc., § 63.

terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (1998), la Cour souligna la raison d'être d'un tel délai : celui-ci répond à une exigence de sécurité juridique dans la mesure où le retrait revient sur des droits acquis par les tiers, contrairement à la remise d'une déclaration de reconnaissance de la compétence de la Cour qui, elle, crée des droits nouveaux et peut bénéficier, de ce fait, d'une opposabilité immédiate :

« [L]a Cour estime que cette solution relative au retrait des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire n'est pas transposable au cas de la remise de ces déclarations. En effet, le retrait met fin à des liens consensuels existants alors que la remise établit de tels liens. Par suite, le retrait a pour conséquence de priver purement et simplement les autres États ayant antérieurement accepté la compétence de la Cour du droit qu'ils avaient de saisir cette dernière d'un différend les opposant à l'État ayant retiré sa déclaration. À l'inverse, la remise d'une déclaration ne prive ces mêmes États d'aucun droit acquis. À la suite d'une telle remise, aucun délai n'est dès lors requis pour l'établissement d'un lien consensuel »¹⁴⁵².

Le respect d'un délai raisonnable a donc pour but d'éviter que la situation juridique ne soit modifiée au détriment des tiers¹⁴⁵³. En l'occurrence, les États disposent d'un droit de retirer leur déclaration unilatérale de reconnaissance, si bien que les tiers peuvent difficilement en contester l'exercice. Cependant, quel que soit le type de prétention à laquelle ces derniers font face, la logique demeure identique. Les tiers disposent d'un délai d'appréciation leur permettant de s'adapter à une altération de leurs rapports de droit et pour exercer, le cas échéant, leur faculté de protestation.

L'intérêt du caractère « raisonnable » du délai réside dans la possibilité pour le juge de l'ajuster en fonction du contexte propre à chaque affaire¹⁴⁵⁴. Comme l'a indiqué la CIJ, « ce qui est raisonnable et équitable dans un cas donné dépend nécessairement des circonstances de l'espèce »¹⁴⁵⁵. Il s'agit en ce sens d'une « notion à contenu variable » ou d'un « standard » consistant à attribuer au juge une marge d'appréciation dans l'application de la règle qui l'incorpore¹⁴⁵⁶. Cela n'empêche pas, cependant, que l'appréciation du délai raisonnable repose

¹⁴⁵² CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), *exceptions préliminaires*, préc., § 34.

¹⁴⁵³ En ce sens, v. J.-M. Thouvenin, « Le délai raisonnable », in SFDI, *Le droit international et le temps*, op. cit., p. 115.

¹⁴⁵⁴ V. la définition du terme « raisonnable », J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 923 : « Sens général : adjectif qualifiant un acte ou un comportement approprié à toutes les circonstances pertinentes de l'espèce ».

¹⁴⁵⁵ CIJ, avis consultatif du 20 décembre 1980, *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, Rec., p. 93. Dans le même sens, CEDH, 27 juin 1968, *Wemhoff c. Allemagne*, n° 2122/64, § 10.

¹⁴⁵⁶ V. not. J. Salmon, « Les notions à contenu variable en droit international public », in C. Perelman, R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 251-268 ; S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, xxii-564 p. Il faut aussi renvoyer aux travaux d'O. Corten sur le raisonnable : *L'utilisation du raisonnable par le juge international : discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, xxiii-

sur un modèle rationnel¹⁴⁵⁷. Le juge ne se prononce pas uniquement sur ce qui lui paraît juste mais, plus généralement, sur un état de fait. Autrement dit, son raisonnement tient compte de différents éléments pertinents susceptibles d'être isolés. D'abord, le juge porte son attention sur la condition de connaissance d'une prétention. À ce stade, certains éléments factuels (existence d'une notification et/ou d'échanges diplomatiques, notoriété de la prétention, intérêts de l'État tiers dans la cause de la prétention, *etc.*¹⁴⁵⁸) peuvent déjà donner des indications sur l'appréciation effective ou possible de la prétention, surtout lorsque le moment de la connaissance et celui de l'appréciation ne peuvent pas être clairement distingués (en cas d'absence de notification). Ensuite, tous les éléments probants relatifs à l'appréciation de la prétention sont utilisés par le juge, explicitement ou implicitement, aux fins de détermination du délai raisonnable consacré à cette appréciation : la flagrance de la prétention et les intérêts de l'État tiers relatifs à sa cause, la notoriété de ses justifications juridiques, les réactions implicites ou explicites susceptibles de montrer l'existence d'une appréciation et le caractère illégitime de l'erreur en cas de silence gardé face à l'ensemble de ces éléments¹⁴⁵⁹. En conséquence, le délai peut apparaître relativement court en cas d'échanges diplomatiques explicites ou de protestations de la part des tiers intéressés (qui constituent, on l'a dit, une preuve d'appréciation). Il peut être plus long lorsque l'État ne réagit pas face à une prétention non notifiée, le juge adaptant alors le délai selon la flagrance de la prétention et/ou la notoriété de ses motifs. Dès lors, comme l'a souligné R. Kolb, en matière d'acquiescement, « un critère important pour la détermination du temps requis aux fins d'une modification de la situation juridique sera l'intensité avec laquelle des actes positifs auront accompagné le comportement passif »¹⁴⁶⁰. On retrouve par ailleurs le même raisonnement relatif à la détermination d'un délai raisonnable chez les auteurs qui envisagent l'application en droit international du concept de

696 p. ; « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du raisonnable », *AFDI*, vol. 44, 1998, 187-208.

¹⁴⁵⁷ Selon M. Virally, « on peut définir le modèle comme une représentation schématisée d'un objet quelconque (...). Comme la grille apposée sur un message secret, il permet de déchiffrer une réalité complexe, en éliminant tous les éléments inutiles (non significatifs) pour laisser apparaître les seuls qui soient porteurs d'un sens pour celui qui l'utilise », « Le phénomène juridique », in *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, p. 38, cité par O. Corten, « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du raisonnable », *op. cit.*, p. 189.

¹⁴⁵⁸ Sur l'ensemble des éléments aptes à démontrer la connaissance d'une prétention, v. *supra*, §§ 315 et s.

¹⁴⁵⁹ Sur l'appréciation et l'absence d'erreur légitime, v. les éléments recensés *supra*, §§ 328 et s.

¹⁴⁶⁰ *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 343. L'auteur précise également les éléments pertinents à prendre en compte : « [l]a durée requise varie en relation avec une série de facteurs, tels que : la fréquence et l'intensité des comportements en question ; la nature du rapport juridique et le degré du besoin de sécurité juridique qui lui correspond ; l'importance des intérêts et droits respectifs qui sont en cause ; la situation respective des parties dans une perspective concrète ; la connaissance effective des faits en question plutôt que la connaissance imputée ; etc. (...) En pratique comportements actifs et omissions seront le plus souvent inextricablement liés ».

prescription acquisitive. R. Kolb semble lui-même admettre le paradoxe, en prétextant qu'en la matière le temps n'a rien d'isomorphe, qu'il s'agit d'un « temps social »¹⁴⁶¹. Toutefois, pareil argument revient à reconnaître implicitement que les éléments véritablement pertinents dans l'évaluation du délai découlent du comportement des parties en litige durant un certain laps de temps, sans que celui-ci n'intervienne comme une condition en tant que telle dont découlerait un effet de prescription¹⁴⁶².

338. Illustrations de l'appréciation du délai raisonnable – Plusieurs exemples jurisprudentiels permettent de mettre en lumière la relativité du délai d'appréciation raisonnable d'une prétention. Dans l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* (1951), la CIJ, d'une part, constata que le système norvégien de délimitation des lignes de base, dont les motifs apparaissaient en outre notoires, avait fait l'objet d'une application « suivie et constante depuis 1869 ». D'autre part, elle souligna que la position norvégienne ne fut jamais contestée « durant une période de plus de soixante ans », sachant, comme on l'a évoqué, que le comportement du Royaume-Uni dès la fin du 19^{ème} siècle laissait penser qu'il avait clairement pris conscience de sa portée normative¹⁴⁶³.

Le raisonnement de la Cour dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Thaïlande c. Cambodge)* (1962) offre plus de détails et fait apparaître trois étapes distinctes. D'abord, elle souligna l'ensemble des éléments démontrant que le Siam avait pris connaissance du fait que la carte transmise par les autorités françaises représentait les travaux de la Commission mixte de délimitation et constituait à ce titre une prétention interprétative¹⁴⁶⁴. Ensuite, elle se focalisa sur l'argument de l'erreur invoqué par la Thaïlande. Elle le rejeta fermement au motif que les autorités siamoises de l'époque étaient en mesure de l'éviter. À cet égard, la Cour rappela que la carte attirait nettement l'attention sur la région du Temple et que le Siam savait que la confection de la carte avait été confiée par les membres de la Commission aux officiers topographes français¹⁴⁶⁵. À ce stade, dans la mesure où l'erreur pouvait déjà être considérée

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, pp. 413-415 ainsi que les nombreuses références bibliographiques.

¹⁴⁶² V. en particulier M. Kohen, « L'influence du temps sur les règlements territoriaux », *op. cit.*, p. 141 : « [I]es auteurs qui affirment l'existence de la prescription acquisitive en droit international (...) sont aussi obligés d'établir une casuistique très alambiquée lorsqu'ils souhaitent expliquer le délai requis pour pouvoir prescrire sans tomber sur l'explication banale selon laquelle « tout est affaire d'espèce ». Ainsi, si les actes de contrôle effectif sont sporadiques, ils affirment qu'il faudra plus de temps (...). Par contre, le laps de temps requis sera plus bref (...) si l'on constate une reconnaissance généralisée de la situation de fait (...) ou si l'acquiescement du souverain peut aisément être établi. Toutes ces considérations avouent implicitement que le temps en tant que tel n'opère pas le transfert de souveraineté ».

¹⁴⁶³ CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., p. 138 pour les deux citations.

¹⁴⁶⁴ CIJ, *Affaire du Temple de Préah Vihear (Thaïlande c. Cambodge)*, fond, préc., pp. 23-25.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, pp. 26-27.

comme fautive, et ce dans un délai relativement court d'environ cinq ans (la Cour s'intéressant à la période allant de 1904 à 1909), l'appréciation de la prétention et dès lors l'acquiescement siamois pouvaient être considérés comme établis¹⁴⁶⁶. Enfin, les comportements ultérieurs recensés dans les pages suivantes de l'arrêt ne firent que confirmer la valeur du silence siamois. La Cour considéra par exemple qu'il fallait « en déduire – notamment en ce qui concerne les circonstances de 1937 – qu[e la Thaïlande] acceptait ou qu'elle acceptait encore la carte de l'annexe I et la frontière qui y est indiquée (...) »¹⁴⁶⁷.

Il est également intéressant d'évoquer l'affaire du *Différend frontalier entre Dubaï et Sharjah* (1981), dans laquelle le Tribunal arbitral distingua différents délais d'appréciation selon les prétentions envisagées. Citant l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, il souligna d'abord que le délai raisonnable d'appréciation devait être adapté selon les circonstances et la conduite des parties relativement à chacune des zones en litige :

*« it has never been specified what is meant by a "certain duration" nor by "a reasonable period of time". The Court has noted that there are no rules in international law specifying the length of such a duration or period of time. This will vary in each case according to the circumstances, and will be dependent, for example, on the remoteness of the territory in question, or on the kind of acts manifesting authority which have been employed »*¹⁴⁶⁸.

Ensuite, la sentence traite séparément les cas de la péninsule d'Al Mamzer et de la zone de Nahada Amair. S'agissant de la première, le Tribunal nota que les parties n'avaient jamais suivi la décision de délimitation britannique datant de 1956. Durant deux décennies environ, c'est-à-dire jusqu'au début des années 1970, Sharjah ne réagit pas à la présence effective des autorités de Dubaï dans la zone, si bien que le Tribunal en conclut qu'il y avait acquiescé¹⁴⁶⁹. Concernant la zone de Nahada Amair, un délai beaucoup plus court fut envisagé au détriment cette fois de Dubaï. Le Tribunal s'appuya sur le fait que ce dernier contesta très promptement la décision britannique de délimitation à propos de la péninsule d'Al Mamzer mais pas pour la zone de Nahada Amair :

*« [t]he Court has noted that Dubai did not protest against the placing of the boundary at Nahada Amair in the months following the decision of Mr Tripp, whereas Dubai did protest, only two months after the relevant decision, against the boundary in the region of Al Mamzer (...). The Court has thus arrived at the conclusion that the Government of Dubai must be taken to have acquiesced in this part of the second decision of Mr Tripp »*¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁶ En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 437.

¹⁴⁶⁷ CIJ, *Affaire du Temple de Préah Vihear (Thaïlande c. Cambodge)*, fond, préc., p. 28.

¹⁴⁶⁸ *Affaire du Différend frontalier entre Dubaï et Sharjah (Dubaï/ Sharjah)*, SA préc., p. 624.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 625.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 627.

La protestation de Dubaï à l'égard de la péninsule d'Al Mamzer assura la preuve de l'intérêt qu'il portait aux questions de délimitation. Un délai de quelques mois fut donc considéré comme suffisant pour que Dubaï apprécie et acquiesce à la présence effective de Sharjah dans la zone.

Au-delà des exemples cités, qui concernent tous des différends de délimitation territoriale ou maritime, il peut être souligné que la méthode d'appréciation du délai raisonnable est parfaitement similaire lorsqu'il s'agit pour un juge de déterminer si un État a acquiescé à l'abandon de son droit à réclamation. L'hypothèse prévue par l'article 45, alinéa b) des articles de la CDI de 2001 sur la responsabilité internationale des États a déjà été évoquée. En la matière, les tribunaux internationaux se refusent à considérer que l'écoulement du temps constitue en lui-même une condition prescriptive. Ils ne retiennent donc aucune durée prédéterminée et adaptent le délai en fonction de différents facteurs propres à chaque espèce : l'existence d'échanges diplomatiques et de négociations établissant la connaissance du préjudice et/ou de la réclamation, la disponibilité d'un recours juridictionnel ou encore le préjudice éventuel subi par le défendeur du fait du retard¹⁴⁷¹.

*

La période de temps ouverte après qu'un État a pris connaissance de la prétention normative de l'un de ses pairs revêt une fonction d'adaptation découlant d'une exigence de sécurité juridique. Elle permet à l'État sommé de réagir de disposer d'un délai d'appréciation de l'objet de la prétention. En l'absence de règle spéciale, un délai « raisonnable » est établi selon les circonstances de chaque espèce. À cet égard, le juge ne cherche pas à s'appuyer sur l'appréciation réelle de la prétention par les autorités de l'État ; il procède à une reconstruction objective de l'appréciation ou de la possibilité pour cet État présumé vigilant d'apprécier la prétention. La démarche permet de s'assurer de l'adéquation entre l'objet de la prétention d'un côté et l'objet de la réaction requise de l'autre, ce qui permet, *in fine*, de circonscrire l'effet de la sommation découlant d'une prétention normative unilatérale. Il existe néanmoins certains cas dans lesquels la valeur de prétention et l'effet de sommation susceptibles d'être attribués à un acte ou une pratique étatique peuvent être neutralisés.

¹⁴⁷¹ Sur cette question, v. *supra*, §§ 337-338. V. aussi le commentaire de l'article 45. CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 332-335, §§ 6-11 ; C. J. Tams, « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », *op. cit.*, pp. 1045-1047 ; R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, pp. 425-426 ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 301-302 avec de multiples exemples.

§2. Les exceptions à l'effet de sommation

339. L'attribution à certains comportements étatiques de la valeur de prétentions normatives unilatérales *stricto sensu* peut parfois être empêchée. Par conséquent, il n'en découle logiquement aucun effet de sommation. Sur le plan strictement normatif, les tiers intéressés ne sont pas appelés à réagir quand bien même les comportements en question existent et peuvent engendrer, en tant qu'actes ou faits juridiques, d'autres effets que ceux reconnus à des prétentions *stricto sensu*. En la matière, deux mécanismes principaux existent. Soit les États s'accordent entre eux sur le fait que leurs conduites ultérieures à l'égard d'un certain objet ne se verront attribuer aucune valeur normative (A). Soit la formation d'une prétention est neutralisée en raison de la violation d'une règle impérative. Dans cette hypothèse, le caractère indérogeable de la règle empêche tout comportement, y compris toute pratique continue, de faire naître une prétention normative sommant les tiers de réagir. Cela n'empêche pas, cependant, que ces derniers soient soumis à diverses obligations de non-reconnaissance et de non-coopération (B).

A. La neutralisation volontaire de l'effet de sommation

340. Accords empêchant la formation de nouvelles prétentions normatives – Il est des cas dans lesquels les États s'accordent en vue de prévenir toute évolution de leurs rapports de droit. Il s'agit en général d'éviter l'apparition future d'une situation litigieuse ou de maintenir un *statu quo* dans l'attente du règlement d'un différend. Dans ces conditions, leurs conduites unilatérales ultérieures ne peuvent se voir attribuer la valeur de prétentions normatives. Il n'en découle alors aucun effet de sommation. Les États concernés n'ont pas à protester contre le comportement de l'autre ou des autres parties, dont l'éventuelle valeur normative est neutralisée par avance. Leur accord apparaît dérogame aux règles secondaires sur la production du droit, *i.e.* au régime général des actes unilatéraux étatiques susceptibles, dans les conditions présentées dans cette étude, de véhiculer des prétentions sommant les tiers de réagir¹⁴⁷².

¹⁴⁷² Dans le même sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 349, où l'auteur y voit « des autorisations d'exercer un pouvoir (...) tout en neutralisant [leur] signification légale potentielle ». Cependant, ces dispositions ne constituent pas toujours des autorisations. Il peut s'agir par exemple de préserver une délimitation clairement établie, auquel cas l'effectivité *contra legem* de l'une des parties est quoi qu'il en soit interdite. L'accord vise simplement à ajouter l'impossibilité pour de telles effectivités, au cas où elles seraient exercées de façon continue, de se voir reconnaître la valeur de prétentions modificatives.

Les exemples les plus fréquents concernent des situations territoriales. Une première catégorie de dispositions visent à renforcer la stabilité des délimitations préétablies (ou de l'absence de délimitation en mer). C'est le cas de l'article 241 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui dispose que « [l]a recherche scientifique marine ne constitue le fondement d'aucune revendication sur une partie quelconque du milieu marin ou de ses ressources ». La catégorie « recherche scientifique marine » a cependant fait l'objet d'une interprétation restrictive. Dans l'affaire du *Différend (Érythrée/Yémen)* (1998), le Tribunal arbitral en a exclu les recherches sismiques et les activités de prospection pétrolière à des fins commerciales¹⁴⁷³. Peut également être évoqué l'article VI du traité du 23 juillet 1881 entre l'Argentine et le Chili, qui prévoit que la frontière établie entre les deux États « restera immuable ». En conséquence, dans l'affaire du *Canal de Beagle* (1977), l'arbitre souligna que la pratique ultérieure des deux États ne pouvait être retenue qu'à des fins interprétatives. Autrement dit, dans ce genre d'hypothèses, toute modification d'un tracé frontalier ne peut être opérée que par l'adoption en bonne et due forme d'un nouvel accord¹⁴⁷⁴.

Une seconde catégorie d'accords a pour objet le maintien d'un *statu quo* provisoire à l'égard d'une situation territoriale litigieuse en prévenant le renforcement des effectivités des États impliqués ou l'apparition de revendications nouvelles. Ces accords peuvent être explicites. Par exemple, selon l'article IV, § 2 du Traité de 1959 sur l'Antarctique :

« [a]ucun acte ou activité intervenant pendant la durée du présent Traité ne constituera une base permettant de faire valoir, de soutenir ou de contester une revendication de souveraineté territoriale dans l'Antarctique, ni ne créera des droits de souveraineté dans cette région (...) ».

Dans ce genre de cas, les activités d'exploration ou d'exploitation menées par les États ne sont pas illicites et peuvent perdurer. Simplement, leur valeur normative potentielle est neutralisée, si bien que les tiers intéressés n'ont pas à protester pour préserver leurs intérêts¹⁴⁷⁵. D'autres

¹⁴⁷³ *Affaire du Différend (Érythrée/Yémen)*, tribunal arbitral dans la première étape de la procédure (souveraineté territoriale et champ du différend), SA préc., § 408.

¹⁴⁷⁴ *Affaire relative au Canal de Beagle (Argentine/Chili)*, SA préc., § 174. Sur ce point, v. M. Kohen, « L'influence du temps sur les règlements territoriaux », *op. cit.*, p. 153, qui évoque par ailleurs l'accord de 1990 entre l'Allemagne et la Pologne ainsi que l'accord de 1994 entre Israël et la Jordanie. Plus généralement, aux pp. 151-153, l'auteur propose une typologie des accords ayant vocation à « geler » une situation territoriale.

¹⁴⁷⁵ En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 350. Pour des exemples d'accords bilatéraux ayant un objet similaire, v. not. CIJ, arrêt du 1^{er} juillet 1994, *Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, compétence et recevabilité, Rec., §§ 16-17, les parties ayant adopté deux accords en 1983 et 1987 avec les bons offices du Roi d'Arabie Saoudite en vue du maintien d'un *statu quo* tout en envisageant de nouvelles pistes de négociations et le recours à la Cour mondiale ; CIJ, arrêt du 17 décembre 2002, *Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, Rec., § 128, où la Cour établit la date critique en fonction d'un échange de lettres entre les deux parties, datant de 1969, dans lesquelles elles s'engageaient à ne pas modifier le *statu quo*.

accords de ce genre peuvent être informels ou tacites. Il arrive aux tribunaux internationaux de reconnaître entre les parties à un différend l'existence d'un *modus vivendi* ayant pour objet de définir provisoirement leurs obligations à l'égard d'une zone litigieuse¹⁴⁷⁶. Par exemple, dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Libye)* (1982), la CIJ constata l'existence d'un tel *modus vivendi* tacite entre la France et l'Italie. Or, la longue pratique confirmative des deux États successeurs, explicitement constatée par la Cour, aurait pu lui permettre de considérer qu'il s'en dégageait une délimitation définitive. Toutefois, tel n'a pas été le cas compte tenu de l'instrument dont l'objet consistait précisément à geler une situation en attente de son règlement. À cela s'ajoute le fait que la Cour fut saisie par compromis dans le seul but de déterminer le droit applicable entre les parties en vue d'opérer la délimitation de leur plateau continental. Elle se borna donc à n'y voir qu'« une justification historique dans le choix de la méthode de délimitation »¹⁴⁷⁷.

341. Phénomènes d'anticipation préventive à l'égard du processus coutumier –

Suivant une logique relativement similaire, certains États cherchent parfois à faire obstacle à l'attribution potentielle de la valeur d'un précédent coutumier à leur comportement¹⁴⁷⁸. Ils tentent ainsi de concilier des objectifs susceptibles d'apparaître contradictoires : d'un côté, l'adoption d'un comportement soit inédit, soit difficilement justifiable sur le plan juridique (soit les deux) et, de l'autre, éviter toute dérive normative qui n'irait pas dans le sens de leurs intérêts, ce qui revient généralement à empêcher le fait que d'autres États puissent faire de même à l'égard de situations potentiellement litigieuses. En la matière, G. Cahin a distingué plusieurs types d'attitudes plus ou moins radicales¹⁴⁷⁹. La première consiste pour un État à s'abstenir d'agir, de crainte que les tiers voient dans son comportement un précédent. La deuxième repose sur le fait de minimiser la portée d'un comportement en se référant au droit établi. Il s'agit en général d'invoquer l'existence d'une habilitation interprétée plus ou moins largement¹⁴⁸⁰. La troisième consiste pour l'État à affirmer explicitement que son comportement ne peut et ne doit pas se voir reconnaître la valeur d'un précédent en raison du caractère unique de la situation. Seule cette dernière hypothèse pose question du point de

¹⁴⁷⁶ Selon une définition restrictive, le *modus vivendi* constitue un « arrangement établissant, de façon provisoire, certains rapports entre sujets de droit ou les conditions dans lesquelles ils entendent négocier à leur sujet », J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 713.

¹⁴⁷⁷ CIJ, *Affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriyi arabe libyenne)*, préc., § 95.

¹⁴⁷⁸ Sur les caractéristiques du précédent et les stratégies d'anticipation constructive des États, v. *supra*, §§ 70 et s.

¹⁴⁷⁹ G. Cahin, « Le comportement des États et des organisations internationales comme précédent », *op. cit.*, pp. 65-66.

¹⁴⁸⁰ V. par ex. les prétentions des États à la mise en œuvre unilatérale des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, *supra*, § 114.

vue des exceptions à l'effet de sommation généré en principe par une prétention normative unilatérale.

Pareille pratique peut intervenir dans tout domaine du droit international. L'Albanie s'est par exemple présentée devant la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (1948) en soulignant que « son acceptation de la juridiction de la Cour dans l'affaire présente ne [pouvait] constituer un précédent pour l'avenir »¹⁴⁸¹. En l'occurrence, la précision était peut-être superflue dans la mesure où elle ne faisait que rappeler un droit de chaque État d'accepter ou non la compétence de la Cour en vertu de son Statut. Certains auteurs évoquent par ailleurs la pratique des indemnisations *ex gratia*. Les États-Unis d'Amérique, notamment, indemnèrent *via* un don au gouvernement japonais les personnes touchées par les radiations émises par les essais nucléaires réalisés dans les îles Marshall. Afin d'éviter l'émergence d'une règle de droit en ce domaine ainsi que toute conséquence potentielle relative à la reconnaissance de leur responsabilité, ils prirent soin de préciser que cela ne pouvait constituer un précédent¹⁴⁸². La pratique au sein des organisations internationales est également prolifique, que ce soit pour des questions procédurales ou de droit international général. Les organes des organisations, en particulier l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies, sont coutumiers du fait¹⁴⁸³. Au-delà de la pratique des organes, les États membres prennent eux-mêmes soin, dans certains cas, que leurs attitudes et notamment leurs votes ne puissent être réutilisés dans le cadre du processus de détermination d'une coutume. Ils n'hésitent donc pas à faire inclure certaines réserves dans les procès-verbaux des séances¹⁴⁸⁴.

Qu'il s'agisse de la pratique d'une organisation internationale, des États au sein d'une organisation ou d'États agissant individuellement, le motif invoqué réside généralement dans le caractère « unique » ou « inédit » de la situation et, dès lors, du comportement visant à y répondre. L'argument a été largement éprouvé à l'égard du Kosovo, d'abord à propos de

¹⁴⁸¹ CIJ, *Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, exceptions préliminaires, préc., p. 19.

¹⁴⁸² V. G. Cahin, « Le comportement des États et des organisations internationales comme précédent », *op. cit.*, p. 66 ; A. Hamann, « L'autorité du précédent », *op. cit.*, p. 177, qui renvoie plus largement à l'étude de C. Caubet, « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », *AFDI*, vol. 29, 1983, pp. 99-120.

¹⁴⁸³ V. G. Cahin, « Le comportement des États et des organisations internationales comme précédent », *op. cit.*, pp. 66-67 et les nombreux exemples cités.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 68 : « [a]verti par une jurisprudence internationale bien établie des conséquences pouvant découler d'une absence de réaction de sa part au comportement de ses pairs, l'État redouble encore de vigilance au sein des organisations internationales où la prise quotidienne de décisions dans les domaines les plus divers et la production incessantes d'instruments normatifs à la portée juridique incertaine le contraignent à tout instant de vérifier que « du droit n'est pas en train de sourdre à son insu » de ces multiples manifestations de la pratique, et de faire connaître à chacune de leurs occurrences sa position « fautive, sinon, de se voir bientôt opposer l'éloquente autorité de son silence » » (note de bas de page omise).

l'intervention militaire de l'OTAN, ensuite dans le cadre de son accession à l'indépendance¹⁴⁸⁵. De nombreux États ont ainsi reconnu le Kosovo tout en indiquant que leur attitude ne pouvait servir au développement d'un droit de faire sécession¹⁴⁸⁶.

La question se pose néanmoins de savoir si le fait pour un ou plusieurs États de dénier explicitement à leurs comportements la qualité de précédents emporte réellement l'effet d'empêcher la formation d'une pratique coutumière. La réponse nécessite de tenir compte de différents facteurs. En premier lieu, les États peuvent l'affirmer collectivement et dans le cadre de leurs relations mutuelles. Dans cette hypothèse, la position commune adoptée par les États peut effectivement bloquer un éventuel processus coutumier. Soit ils le décident par la voie d'un accord ; on se rapproche alors des cas déjà évoqués avec, notamment, les traités gelant des situations territoriales visant à empêcher la formation de nouvelles prétentions normatives. Soit il leur est possible de l'affirmer *via* l'adoption d'actes d'organisations internationales dont ils sont membres. On sait, par exemple, que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, bien que non contraignantes, peuvent avoir une « valeur normative » et constituer notamment la preuve d'une *opinio juris*¹⁴⁸⁷. Rien n'empêche alors les États de voter une résolution précisant qu'elle n'a pas vocation à se voir reconnaître une telle qualité. Le Conseil de sécurité fait de même, quitte à préciser à chaque nouvelle occasion qu'il agit à l'égard d'une situation inédite. L'enjeu pour ces organes, surtout ce dernier, réside dans le fait de ne pas se trouver liés pour l'avenir et de préserver en ce sens les marges d'appréciation dont ils disposent. Quitte à ce que la rhétorique de l'*unicum* ne constitue en réalité qu'un maquillage juridique, les situations traitées pouvant apparaître comparables, elle tend malgré tout à bloquer l'apparition d'une *opinio juris*.

En second lieu, il en va différemment lorsqu'un ou plusieurs États adoptent un comportement unilatéral tout en précisant, de manière tout aussi unilatérale, que celui-ci ne constitue pas un précédent. D'une part, si ledit comportement constitue un fait manifestement illicite, rien ne change sur le plan du droit de la responsabilité. Un tiers lésé peut toujours engager la responsabilité de son auteur ; s'il ne le fait pas, son silence peut valoir acquiescement à l'abandon de son droit à réclamation. Sur le plan normatif, on a dit qu'un fait manifestement illicite isolé ne peut, à lui seul, former une prétention modificative. Il n'emporte donc aucun

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 70, où l'auteur détaille la position de différents États dont la France.

¹⁴⁸⁶ De manière générale, v. not. R. Falk, « The *Kosovo* Advisory Opinion: Conflict Resolution and Precedent », *AJIL*, vol. 105, 2005, pp. 50-60 et les différentes contributions à l'ouvrage de J. Summers, *Kosovo: a Precedent? The Declaration of Independence, the Advisory Opinion and Implications for Statehood, Self-determination and Minority Rights*, Leiden, Nijhoff, 2011, xvi-455 p.

¹⁴⁸⁷ Sur ce point, v. *supra*, § 76.

effet de sommation. D'autre part, si le comportement de l'État auquel il dénie la valeur de précédent apparaît non manifestement (il)licite, cela n'empêche pas non plus que ce comportement véhicule une prétention normative. Lui refuser unilatéralement la valeur d'un précédent n'empêche pas que l'État prétend agir dans le cadre d'une habilitation plus ou moins déterminée. Dès lors, les tiers intéressés doivent réagir s'ils considèrent tel comportement comme entaché de motifs d'irrégularité. S'ils ne le font pas, ils reconnaissent par défaut que l'État auteur a agi dans le cadre des marges d'appréciation lui étant reconnues. En outre, si le comportement de l'État devait s'inscrire dans une pratique déviante et potentiellement modificative, on voit mal comment son auteur pourrait de bonne foi maintenir sa position visant à nier la valeur de précédent à ses comportements successifs. Enfin, qu'un État rejette explicitement l'attribution d'une telle valeur à son comportement n'empêche pas les tiers de s'appuyer, eux, sur ce même comportement en cherchant à lui attribuer la valeur d'un précédent. La position de l'auteur du premier comportement ne lie pas les tiers et demeure sans effet¹⁴⁸⁸. Le cas du Kosovo apparaît à cet égard symptomatique. Exceptionnels pour certains, d'autres ont cherché à s'en servir comme précédent. Ce fut particulièrement le cas de la Russie dans le contexte de l'annexion de la Crimée¹⁴⁸⁹.

Au final, la technique de l'anticipation préventive n'apparaît pas nécessairement efficace et une pratique peut s'installer au détriment de l'auteur du premier comportement. Celui-ci se retrouve alors lui-même en position de protester. Dans ce genre de cas, en particulier celui de la Crimée, seule la violation d'une règle impérative peut véritablement bloquer tout processus de modification du droit en vigueur.

B. La neutralisation normative de l'effet de sommation : conséquences de la violation d'une règle impérative

342. L'obligation de non-reconnaissance est progressivement apparue en droit international général en réaction à la naissance d'États contestés ou l'annexion de territoires en violation de

¹⁴⁸⁸ En ce sens, N. Aloupi, C. Kleiner, « Rapport introductif. Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », *op. cit.*, p. 36 ; G. Cahin, « Le comportement des États et des organisations internationales comme précédent », *op. cit.*, p. 79, qui renvoie par ailleurs à T. Fleiner, « The Unilateral Secession of Kosovo as a Precedent in International Law », in *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, *op. cit.*, pp. 883-884 et M. Kohen, « Le Kosovo entre le droit et la puissance (les questions négligées par l'avis consultatif de la Cour) », in *L'Afrique et le droit international : variations sur l'organisation internationale. Liber Amicorum Raymond Ranjeva*, Paris, Pedone, 2013, pp. 545-546.

¹⁴⁸⁹ V. les déclarations du ministre des Affaires étrangères S. Lavrov du 14 mars 2014 et du Président V. Poutine du 18 mars 2014 citées par G. Cahin, *ibid.*, p. 79.

l'interdiction de recourir à la force ou du droit des peuples à l'autodétermination¹⁴⁹⁰. Elle est consacrée par de nombreux instruments, surtout onusiens, et par la jurisprudence internationale, si bien que son caractère coutumier ne fait plus réellement débat¹⁴⁹¹. En outre, elle intégra en 2001 le droit de la responsabilité internationale des États. Selon l'article 41, § 2 des articles de la CDI, « [a]ucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation » (l'article 40 traitant des manquements flagrants et systématiques aux obligations découlant de normes impératives)¹⁴⁹². L'objet de la règle vise à éviter la consolidation, notamment du fait de l'écoulement du temps, d'une situation manifestement contraire à une règle de *jus cogens*, prohibant en ce sens non seulement la reconnaissance explicite de celle-ci mais également tout acte qui pourrait impliquer pareille reconnaissance¹⁴⁹³. Au-delà de cette affirmation de principe, la signification et le contenu de l'obligation font débat.

Les perspectives envisagées soulèvent différents enjeux vis-à-vis du processus décrit dans cette étude à l'égard de l'effet (ou de l'absence d'effet) de sommation pesant sur les tiers intéressés dans l'hypothèse de la violation continue d'une règle impérative. D'un point de vue théorique, il s'agit de mettre en cohérence le processus normatif tel qu'il est ici représenté et la portée de l'obligation de non-reconnaissance. La violation grave d'une règle de *jus cogens* constitue un comportement manifestement illicite. On l'a dit, en raison de son caractère infondé (n'ayant même pas l'apparence d'un acte pris sur la base d'une habilitation), pareil comportement ne donne naissance à aucune prétention normative *stricto sensu*¹⁴⁹⁴. De plus,

¹⁴⁹⁰ Au-delà des manuels généraux, pour un détail des exemples historiques, v. not. M. Dawidowicz, « The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation », in J. Crawford, S. Olleson, A. Pellet (eds), *The Law of International Responsibility*, *op. cit.*, spéc., pp. 679-682 ; T. Christakis, « L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales », in J.-M. Thouvenin, C. Tomuschat (eds), *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden-Boston, Nijhoff, 2006, spéc. pp. 137-142.

¹⁴⁹¹ Parmi les instruments cités par les auteurs, v. en particulier les résolutions 2625 du 24 octobre 1970 et 3314 du 14 décembre 1974 de l'Assemblée générale des Nations Unies ; CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec. §§ 119-125 ; CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis préc., § 159 ; CEDH, *Loizidou c. Turquie*, préc., §§ 42-44.

¹⁴⁹² CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 308. L'article 41, § 1 prévoit quant à lui une obligation de coopération en vue de mettre fin à toute violation grave.

¹⁴⁹³ *Ibid.*, p. 309, § 5. Selon M. Dawidowicz, « [a]s a minimum, the rationale of the obligation of non recognition is to prevent, in so far as possible, the validation of an unlawful situation by seeking to ensure that a fait accompli resulting from serious illegalities do not consolidate and crystallize over time into situations recognized by the international legal order », « The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation », *op. cit.*, p. 678.

¹⁴⁹⁴ Sur ce point, v. *supra*, §§ 232 et s.

tout acte (ou tentative d'acte) contraire à une règle impérative est frappé de nullité absolue¹⁴⁹⁵. Un tel comportement ne génère donc aucun effet de sommation sur les tiers intéressés. Or, il découle de ce constat logique un apparent paradoxe entre le fait de ne requérir des tiers aucune réaction et le maintien dans le temps de la violation grave d'une règle impérative et de ses effets. Cela peut même paraître contraire à la pratique. Cependant, l'explication réside dans le fait que la représentation proposée est cantonnée au monde du droit d'une part (elle ne préjuge pas du besoin de réactions politiques ou morales) et se situe sur le plan de la production normative d'autre part (sans préjudice des droits et obligations des tiers en conséquence de la violation d'une règle impérative). On se limite à dire que les tiers ne sont pas sommés de réagir dans la mesure où ils ne font face à aucune prétention normative *stricto sensu*.

D'un point de vue pratique, malgré la remarque précédente, il n'empêche que la situation illicite perdure et tend à générer certains effets de droit. L'obligation de non-reconnaissance s'étend alors à l'ensemble de la situation et des effets qu'elle génère (ou la plupart). Par ailleurs, elle est doublée d'une obligation de ne prêter ni aide ni assistance à son maintien. Tout est donc fait pour qu'elle ne trouve aucune forme de consécration juridique (*ex injuria jus non oritur*)¹⁴⁹⁶. Le problème étant toutefois de pouvoir déterminer quelle attitude les États tiers doivent adopter face à l'ensemble de ces faits. Peuvent-ils se contenter de ne pas réagir ? La réponse diffère selon les conceptions privilégiées de l'obligation de non-reconnaissance. Selon une approche minimaliste, elle ne constitue qu'une obligation d'abstention, si bien que l'absence de réaction suffit en toute hypothèse à la satisfaire (1). À l'inverse, selon la conception maximaliste, même si les États ne sont pas appelés à réagir sur le plan normatif (absence d'effet de sommation), il peut découler de la situation illicite une obligation d'agir positivement en vue de faire respecter le droit international (2).

¹⁴⁹⁵ Pour rappel, en s'inspirant de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le Principe directeur 8 de la CDI sur les actes unilatéraux prévoit qu'« [u]ne déclaration unilatérale en conflit avec une norme impérative du droit international général est nulle ». Sur ce point, v. *supra*, § 213.

¹⁴⁹⁶ Sur la signification de cette maxime reflétant l'esprit de l'obligation de non-reconnaissance, v. A. Lagerwall, « L'agression et l'annexion de la Crimée par la Fédération de Russie : quels enseignements au sujet du droit international ? », *Questions of International Law*, vol. 1, 2014, pp. 67-68. Et plus généralement, il convient de renvoyer à son ouvrage *Le principe ex injuria jus non oritur en droit international*, *op. cit.*

1. La conception minimaliste de l'obligation de non-reconnaissance : obligation d'abstention

343. *Perspective « normativiste »* – Dans son avis sur la *Namibie* (1971), la CIJ souligna que les États membres des Nations Unies étaient tenus de ne pas reconnaître les conséquences de la présence de l'Afrique du Sud et de n'y prêter aucune aide ni aucune assistance quelle qu'en soit la forme¹⁴⁹⁷. Elle nota par ailleurs que certains comportements pouvant « impliquer une reconnaissance » devaient être considérés comme incompatibles avec le caractère illicite de la situation¹⁴⁹⁸. Elle évoqua à cet égard le fait d'entretenir avec l'Afrique du Sud des relations conventionnelles impliquant la Namibie (à l'exception des conventions de caractère humanitaire), le fait d'entretenir des relations diplomatiques et consulaires ou encore des relations « de caractère économique ou autre qui seraient de nature à affermir l'autorité de l'Afrique du Sud dans le territoire »¹⁴⁹⁹. La Cour détermina *in fine* une exception : afin de ne pas « priver le peuple namibien des avantages qu'il peut tirer de la coopération internationale », la nullité des actes du gouvernement sud-africain à l'égard de la Namibie ne devrait pas s'étendre aux « actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants »¹⁵⁰⁰. Certains auteurs adoptent une interprétation particulièrement minimaliste de la position de la Cour. D'une part, ils s'attachent généralement à pointer l'inutilité de l'obligation de non-reconnaissance compte tenu de l'illicéité objective de la situation à laquelle elle vise à s'appliquer. Selon J. Verhoeven, par exemple :

« [t]out cela n'a plus de sens aujourd'hui. L'interdiction du recours à la force est en effet indiscutée, sa violation sanctionnant de nullité le titre de souveraineté que l'on prétendrait fonder sur sa méconnaissance. Il n'est nul besoin à cette fin d'une non-reconnaissance. Si difficulté il y a, elle tient seulement à la possibilité de reconnaître, c'est-à-dire de couvrir la nullité »¹⁵⁰¹.

De la même façon, R. Rivier souligne que :

« (...) cette « obligation » de non reconnaissance ne se borne pas à affirmer une impossibilité légale de reconnaître qui existe de toutes manières en dehors d'elle. Il s'agit de l'« interdire » en traitant toute reconnaissance, quoique inefficace par ailleurs, comme

¹⁴⁹⁷ CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis préc., § 119.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, § 121.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, §§ 122-124.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, § 125.

¹⁵⁰¹ « La reconnaissance internationale : déclin ou renouveau ? », *AFDI*, vol. 39, 1993, p. 34 ; il en critiquait déjà l'inefficacité dans sa monographie, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, par ex., p. 767.

un fait internationalement illicite propre à engager la responsabilité internationale de son auteur »¹⁵⁰².

On trouve encore une expression de cette position chez A. Marie :

« [L]a qualification de l'interdiction du recours à la force en « obligation découlant d'une norme impérative » n'ajoute en cela rien à l'irrégularité d'une manifestation de la volonté par ailleurs illicite. La prétention d'acquisition d'un titre territorial par annexion relève sans conteste des actes manifestement irréguliers, si bien qu'il ne nous paraît pas que le silence, pour scandaleux qu'il soit, puisse ici être pertinent »¹⁵⁰³.

D'autre part, la conséquence logique, implicite ou explicite, d'une telle approche consiste, à défaut de s'y intéresser, à limiter le contenu de l'obligation de non-reconnaissance. Elle ne constituerait en ce sens qu'une simple obligation d'abstention. Selon J. Verhoeven, « ne pas reconnaître, c'est refuser de prêter aucune forme d'assistance à l'auteur d'une agression, c'est-à-dire de se rendre complice de la violation d'une règle de droit élémentaire » ; c'est là le « minimum qu'on est en droit d'attendre de chacun » ajoute-t-il, dans un système où les sanctions institutionnelles sont déficientes¹⁵⁰⁴. A. Marie indique, quant à lui, que l'intérêt essentiel de l'obligation de non-reconnaissance réside, en raison du caractère impératif de la règle violée, dans le fait d'empêcher tout accord dérogatoire, traitant ainsi la reconnaissance comme un fait illicite¹⁵⁰⁵.

344. L'absence de réaction suffit à remplir l'obligation de non-reconnaissance –

Dans les conditions prévues par cette approche, l'abstention des États suffit à remplir leur obligation. Il convient malgré tout d'en préciser l'objet. Il s'agit de ne pas reconnaître la situation d'une part, ni ses conséquences juridiques d'autre part. La raison en est que la situation découlant de la violation d'une norme impérative et en particulier de l'interdiction de recourir à la force peut s'inscrire dans le temps long et que certains États et acteurs privés (surtout économiques) peuvent s'en accommoder, d'où l'intérêt des précisions apportées par la CIJ, largement confirmées par la pratique. Chaque situation de cette nature constitue une

¹⁵⁰² *Droit international public, op. cit.*, p. 255. On peut en outre noter que la version 2012 de son manuel présentait une position d'autant plus radicale, p. 239 : [c]ette pratique est moins l'expression d'une interdiction de reconnaître (et encore moins d'une « obligation » de non-reconnaissance) que l'affirmation d'une impossibilité légale de reconnaître. La pratique de non-reconnaissance est un jugement de validité, opéré à partir de la valeur impérative de la règle qui limite l'usage de la force : une reconnaissance est inefficace à consolider une acquisition territoriale illégale ».

¹⁵⁰³ *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté, op. cit.*, p. 73. Pour une présentation succincte de l'approche « normativiste », v. not. E. Milano, « The Non-Recognition of Russia's Annexation of Crimea: Three Different Legal Approaches and one Unanswered Question », *Questions of International Law*, vol. 1, 2014, spéc., pp 39-42.

¹⁵⁰⁴ J. Verhoeven, « La reconnaissance internationale : déclin ou renouveau ? », *op. cit.*, p. 35.

¹⁵⁰⁵ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté, op. cit.*, p. 73. C'est aussi ce qui semble ressortir des propos de R. Rivier précités, p. 255.

occasion pour les États et organisations internationales de rappeler les principes adoptés par la Cour et par la CDI en 2001. Pour évoquer un exemple récent, on doit pouvoir affirmer que le transfert par les États-Unis d'Amérique de leur ambassade dans la ville de Jérusalem considérée comme capitale d'Israël viole l'obligation de s'abstenir de tout acte impliquant la reconnaissance d'une situation illicite¹⁵⁰⁶.

Ainsi, si l'inaction de l'État porte tant sur la situation que sur ses conséquences y compris à long terme, alors il peut être considéré qu'elle suffit à satisfaire l'obligation de non-reconnaissance. C'est la conséquence logique de l'approche limitative adoptée par certains, dont on trouve une expression très nette encore une fois chez A. Marie :

« dans la mesure où cette obligation consiste en une obligation d'abstention, il n'est pas certain qu'elle apporte une quelconque valeur ajoutée quant à la question de la pertinence du silence. Elle ne consiste pas en un devoir d'agir aux fins de dénoncer une illicéité mais en une *interdiction* de certains liens noués entre l'État qui exerce un contrôle effectif et les autres États ; liens qui pourrait *impliquer* une validation de la situation. Ce faisant elle n'érige pas le silence en une omission, *i.e.* en un fait illicite. Dans un tel contexte, le silence pourrait tout au plus apparaître comme le respect de l'interdiction en cause. En résumé, là où le silence était sans pertinence, l'existence de cette obligation conduit à y voir un comportement manifestant son respect et sa positivité »¹⁵⁰⁷.

Toutefois, la perspective s'inverse si l'on adopte une conception large de l'obligation de non-reconnaissance qui tend à exiger des États certains comportements positifs en vue d'éviter tout renforcement de la situation.

2. La conception maximaliste de l'obligation de non-reconnaissance : obligation de « faire respecter » le droit international

345. *Perspective « communautaire »* – L'intégration de l'obligation de non-reconnaissance aux articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États a permis deux avancées importantes. D'une part, en reprenant en substance la jurisprudence de la CIJ, elle consacra le fait de faire peser certaines obligations sur les tiers (lésés comme autres que lésés) et non seulement sur l'État auteur du fait illicite, d'où une certaine

¹⁵⁰⁶ En ce sens, A. Lagerwall, « Non-Recognition of Jerusalem as Israel's Capital: a Condition for International Law to Remain a Relevant Framework? », *Questions of International Law*, vol. 5, juillet 2018, pp. 33-46. V. aussi au même numéro D. Hughes, « The United States Embassy in Jerusalem: Does Location Matter? », pp. 15-32 et au numéro de mai 2018, M. Arcari, « The Relocation of the US Embassy to Jerusalem and the Obligation of Non-Recognition in International Law », pp. 1-13.

¹⁵⁰⁷ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 76, italique de l'auteur.

« communautarisation » du régime des violations graves de normes impératives¹⁵⁰⁸. D'autre part, le choix de la CDI fut de dépasser les hypothèses connues en pratique (l'annexion du fait d'un recours illicite à la force et l'atteinte au droit des peuples à l'autodétermination). En généralisant la règle à toute norme de *jus cogens*, elle fait de leur violation une question d'intérêt public international. La CDI note dans son commentaire que même l'attitude de l'État directement lésé ne peut remettre en cause l'intérêt de la Communauté internationale à trouver une solution juste et appropriée¹⁵⁰⁹. Certains auteurs en tirent une interprétation large de l'obligation de non-reconnaissance. Elle porte d'abord sur son but, au sens où il ne s'agit pas seulement de ne pas reconnaître mais également d'empêcher toute consolidation de la situation et de ses effets, voire de contribuer à sa cessation. Ensuite, ces auteurs adoptent une vision large du contenu de l'obligation, qui ne consiste pas seulement en une obligation d'abstention mais aussi en un devoir d'agir en vue de faire respecter le droit international. Pour T. Christakis, par exemple, l'obligation ne constitue pas « une coquille vide dépourvue de contenu concret » ; elle peut être vue comme un moyen de pression, de coercition, en vue de faire cesser la violation du droit. Il en déduit une véritable « obligation d'isolation » de l'autorité responsable¹⁵¹⁰. De la même façon, F. Dubuisson et I. Moulier plaident pour une lecture conjointe des règles du droit international général, du droit de la responsabilité et même du droit international humanitaire. Selon cette dernière, faisant écho aux propos du premier :

« c'est en lisant et en interprétant les obligations de non-reconnaissance et de non-assistance à l'aune de l'obligation faite aux États tiers de « respecter et de faire respecter le droit international humanitaire » qu'elles sont réellement susceptibles de déployer tous leurs effets, pour se traduire en des obligations d'agir pour les États tiers »¹⁵¹¹.

À cette fin, en déduit-elle, il ne faut pas distinguer de manière trop formelle l'obligation de s'abstenir – manifestation première de l'obligation de non-reconnaissance – et les obligations positives d'agir découlant de l'interdiction de prêter aide ou assistance au maintien de la

¹⁵⁰⁸ En ce sens, E. Milano, « The Non-Recognition of Russia's Annexation of Crimea: Three Different Legal Approaches and One Unanswered Question », *op. cit.*, p. 46. L'auteur présente une troisième approche : « non-recognition as a sanction », pp. 49-51. On n'y voit cependant qu'un prolongement possible de la deuxième.

¹⁵⁰⁹ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 311, § 9.

¹⁵¹⁰ T. Christakis, « L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales », *op. cit.*, respectivement p 144 et p. 146.

¹⁵¹¹ I. Moulier, « Les implications des obligations de non-reconnaissance et de non-assistance au maintien de la situation illicite issue de la politique de colonisation d'Israël pour les États tiers », *RBDI*, 2013, n° 2, p. 492. L'auteur s'appuie sur l'article très détaillé de F. Dubuisson au même numéro de la revue, « Les obligations internationales de l'Union européenne et de ses États membres concernant les relations économiques avec les colonies israéliennes », pp. 408-489. L'expression « respecter et faire respecter » provient de l'article 1 commun aux conventions de Genève du 12 août 1949.

situation. À cet égard, selon F. Dubuisson, « [l']aide et l'assistance visées dans ce contexte ne concernent pas la commission de l'acte illicite lui-même, mais de manière beaucoup plus large tout ce qui est de nature à contribuer à la continuation de la situation illégale »¹⁵¹².

346. *L'absence de réaction ne remplit que partiellement l'obligation de non-reconnaissance* – Selon cette approche, l'abstention d'un État tiers face à la situation découlant de la violation d'une règle impérative constitue un minimum. Sur le plan strictement normatif, il ne découle de la situation aucun effet de sommation. Certes, aucune réaction n'est donc attendue. Cependant, au-delà de cet aspect, l'obligation de ne prêter ni aide ni assistance au maintien de la situation (corollaire de l'obligation de non-reconnaissance) prend une large place. L'interprétation qui en est faite suppose alors que l'inaction ou le manque de vigilance d'un État peut parfois permettre des actes qui impliqueraient la reconnaissance potentielle des effets de la situation illicite. La pratique de certains États, en particulier européens, et des organisations internationales tend à confirmer cette approche en incitant à l'adoption de comportements actifs visant à empêcher la consolidation de la situation, sinon à en sanctionner les responsables. À la suite de l'annexion par la Russie de la Crimée, par exemple, l'UE a adopté un certain nombre de mesures restrictives (sur les marchandises en provenance de la région juridiquement ukrainienne) fondées explicitement sur une « politique de non-reconnaissance »¹⁵¹³. La réaction des États à l'égard de l'occupation israélienne des territoires palestiniens est d'autant plus probante. La pratique se révèle néanmoins relativement hétérogène. D'un côté, F. Dubuisson a noté que l'UE avait par le passé reconnu et contribué à légitimer l'établissement de certaines colonies israéliennes dans la mesure où certaines entreprises avaient bénéficié de fonds européens (en matière de recherche scientifique notamment)¹⁵¹⁴. De l'autre, depuis l'avis de la CIJ sur les *Conséquences juridiques de l'édification*

¹⁵¹² F. Dubuisson, *ibid.*, p. 435. Par ex., à la suite de la déclaration d'indépendance du Transkei en 1976, l'Assemblée générale de l'ONU demanda aux États membres, en vertu de l'obligation de non-reconnaissance, de « prendre des mesures efficaces pour interdire à toutes les personnes physiques, sociétés et autres institutions placées sous leur juridiction d'avoir des rapports, quels qu'ils soient, avec le Transkei prétendument indépendant ou d'autres bantoustans », résolution 31/6 du 26 octobre 1976, § 4. Selon I. Moulier, « ce passage de la résolution met en relief le fait que l'obligation de non-reconnaissance ne consiste pas en une seule obligation d'abstention au plan international », « Les implications des obligations de non-reconnaissance et de non-assistance au maintien de la situation illicite issue de la politique de colonisation d'Israël pour les États tiers », *op. cit.*, p. 494.

¹⁵¹³ V. Décision (PESC) 2018/880 du Conseil du 18 juin 2018, modifiant la décision 2014/386/PESC concernant des mesures restrictives en réponse à l'annexion illégale de la Crimée et de Sébastopol, § 2 du préambule. Sur les réactions des États et organisations internationales, v. par ex. E. Milano, « The Non-Recognition of Russia's Annexation of Crimea: Three Different Legal Approaches and one Unanswered Question », *op. cit.*, spéc. pp. 36-38.

¹⁵¹⁴ F. Dubuisson, « Les obligations internationales de l'Union européenne et de ses États membres concernant les relations économiques avec les colonies israéliennes », *op. cit.*, p. 447 et pour une

d'un mur dans le territoire palestinien occupé (2004), la pratique de certains États vise clairement à éviter toute forme de complicité à l'égard des violations du droit international commises par Israël. Par exemple, un certain nombre d'entreprises israéliennes ayant participé à la construction du mur ont été exclues par des fonds de pensions gouvernementaux (en Norvège, Suède ou Nouvelle-Zélande)¹⁵¹⁵. À cela s'ajoute la modification ou précision en 2012-2013 par l'UE du cadre des relations économiques qu'elle entretient avec les entreprises israéliennes. Dans les « Lignes directrices relatives à l'éligibilité des entités israéliennes établies dans les territoires occupés par Israël depuis juin 1967 et des activités qu'elles y déploient aux subventions, prix et instruments financiers financés par l'UE », la Commission indique clairement qu'il s'agit de garantir le respect des engagements de l'UE « en conformité avec le droit international en ce qui concerne la non-reconnaissance par l'Union de la souveraineté d'Israël sur les territoires occupés »¹⁵¹⁶. Dans la même veine, l'Union a également précisé en 2015 que le droit en vigueur relatif à l'information des consommateurs exigeait d'indiquer la provenance précise des produits issus des territoires palestiniens occupés¹⁵¹⁷. Pour F. Dubuisson, cependant, la mesure demeure quoi qu'il en soit illicite dès lors qu'elle consacre l'autorisation d'importation des produits issus de la colonisation en toute connaissance de cause¹⁵¹⁸. En somme, la pratique paraît relativement variable, si bien qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer le contenu exact de l'obligation de non-reconnaissance ni de l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation illicite. Par ailleurs, il faut noter que les moyens à la disposition des États ne sont pas les mêmes, d'où le fait que la pratique provient essentiellement d'États occidentaux développés et prompts à défendre les valeurs sous-tendues par les règles de *jus cogens*. Toutefois, il ne faut pas oublier que les autres États, au-delà de leur obligation minimale d'abstention, sont à tout le moins soumis à une obligation de coopération en vertu de l'article 41, § 1 des articles de la CDI sur la responsabilité des États, dont elle ne précise néanmoins pas la teneur.

Quant à ce qui intéresse précisément cette étude, on peut retenir que la violation grave d'une norme de *jus cogens* dont découlerait une situation perdurant dans le temps ne génère aucun effet de sommation appelant les tiers à réagir dans la mesure où les règles violées, en

présentation des enjeux plus généraux relatifs au rôle des activités des entreprises israéliennes au sein des colonies en faveur du maintien de la situation illicite, v. pp. 446-450.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, pp. 451-454.

¹⁵¹⁶ V. JOUE n° C 205 du 19 juillet 2013, p. 9, § 1.

¹⁵¹⁷ V. Commission, « Communication interprétative relative à l'indication de l'origine des marchandises issues des territoires occupés par Israël depuis juin 1967 », JOUE n° C 375 du 12 novembre 2015, p. 4.

¹⁵¹⁸ F. Dubuisson, « Les obligations internationales de l'Union européenne et de ses États membres concernant les relations économiques avec les colonies israéliennes », *op. cit.*, p. 450.

vertu de leur qualité, bénéficient d'une présomption irréfragable en faveur de leur maintien. Comme on l'a expliqué dans un autre contexte, cette présomption en faveur du maintien du droit limite la liberté des États et constitue une condition extrinsèque de régularité de leurs actes juridiques en la matière¹⁵¹⁹. Autrement dit, tout acte contraire susceptible d'impliquer une reconnaissance éventuelle (y compris, selon la conception large, toute abstention potentiellement fautive) constituerait en ce sens un fait illicite.

* *

Le contenu des effets autonomes des prétentions normatives unilatérales des États peut être résumé de la manière suivante. D'une part, la réaction des tiers intéressés est requise dès lors que leur connaissance (objective) de la prétention d'un ou plusieurs États est établie. Pour des raisons de sécurité juridique, cependant, aucune réaction immédiate ne peut être exigée. Les tiers intéressés disposent d'un certain laps de temps leur permettant d'apprécier la prétention. À défaut d'un délai préfixé (comme celui de 12 mois prévu dans le cas des réserves aux traités), l'appréciation doit s'effectuer dans un délai « raisonnable » qui varie selon différents facteurs susceptibles d'être isolés (en particulier l'intérêt des tiers intéressés, leur attitude face à la prétention et la notoriété de celle-ci et de ses motifs juridiques). D'autre part, un effet de sommation est attaché à toute prétention normative unilatérale *stricto sensu* répondant aux conditions dégagées dans cette étude. Il existe néanmoins deux exceptions : lorsque les États s'accordent entre eux sur le fait que leurs conduites futures ne pourront se voir attribuer pareille valeur (dérogation au régime général des prétentions qui ne vaut évidemment qu'entre eux) et lorsque le comportement d'un État constitue une violation grave d'une norme impérative. Dans ce dernier cas, aucune réaction n'est nécessaire d'un point de vue strictement normatif. Les tiers sont cependant soumis à l'obligation de ne pas reconnaître la situation ni les effets qui en découlent et de ne prêter ni aide ni assistance à son maintien.

Il reste alors à déterminer quels sont les États sommés de réagir face à une prétention normative unilatérale.

¹⁵¹⁹ Sur les limitations extrinsèques de la portée des règles d'habilitation y compris et surtout la liberté résiduelle des États, v. *supra*, §§ 202 et s.

Section 2. L'identification des États sommés de réagir

347. Indépendamment de l'intérêt de tout État à voir le droit international respecté et donc à réagir à sa violation potentielle en communiquant sa position, les catégories d'États « sommés » de réagir sont fonction de la définition stricte des « prétentions normatives unilatérales » adoptée dans cette étude. Parce qu'elles correspondent à l'exercice d'un pouvoir donné (celui d'adopter des actes unilatéraux véhiculant des prétentions sommant certains tiers de réagir) et, à ce titre, parce qu'elles prétendent être fondées sur une habilitation (existante ou au moins estimée en formation), le(s) cercle(s) des tiers sommés de réagir se confond(ent) avec ce que le droit de la responsabilité nomme comme étant des sujets potentiellement « lésés »¹⁵²⁰. Deux perspectives paraissent entremêlées selon la position des acteurs concernés par le processus. D'un côté, l'État auteur d'une prétention *stricto sensu* estime de bonne foi respecter l'habilitation sur laquelle il se fonde ; son comportement implique alors, explicitement ou implicitement, de contribuer à l'interprétation ou l'évolution du droit en vigueur. De l'autre, les tiers sommés de réagir et susceptibles de contester le bien-fondé de la prétention peuvent s'estimer potentiellement lésés par son contenu. Ainsi, les États dits « intéressés » (dans un sens strict, synonyme d'États « sommés de réagir ») le sont à un double titre : d'une part, dans la mesure où sous l'angle du droit de la responsabilité ils peuvent se voir reconnaître la qualité d'États potentiellement lésés et, d'autre part, car ils sont considérés comme participant, de ce fait, au processus de définition de leurs rapports normatifs. En conséquence, dans le cadre de la représentation proposée, le régime relatif au mode de production unilatéral du droit international apparaît comme le revers du régime de la responsabilité pour fait illicite et notamment de ces conditions de mise en œuvre¹⁵²¹.

Par conséquent, qu'il s'agisse d'une prétention isolée (nécessairement interprétative) ou résultant d'une pratique continue (interprétative ou modificative), les États sommés de réagir sont au premier chef ceux susceptibles d'être vus comme directement lésés dans leurs droits subjectifs (§1). Il reste néanmoins possible qu'une pratique se généralise et que la prétention

¹⁵²⁰ Le champ du raisonnement peut valoir, *mutatis mutandis*, pour tout sujet tirant du droit international des droits et obligations et susceptibles de participer au processus normatif, en particulier les organisations internationales lorsque des obligations leur étant dues sont en cause. À cet égard, la CDI a adopté en 2011 un projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, largement calqué sur celui relatif aux États, v. AGNU, résolution 66/100 du 9 décembre 2011. Si certains des éléments de ce projet sont discutables, on ne se référera ici qu'au régime de la responsabilité des États.

¹⁵²¹ La logique est en outre la même lorsqu'il s'agit d'identifier, au titre des conditions de recevabilité, l'intérêt à agir d'un État en vue de porter une réclamation devant une juridiction internationale, si tant est qu'il existe un fondement de compétence pour ce faire. V. sur ce point, C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 238-263.

soit propagée vers un second cercle d'États liés par la règle qui en fait l'objet. Dans cette hypothèse, sont alors sommés de réagir les États qui, sans avoir subi aucun préjudice autre que juridique, apparaissent à tout le moins lésés dans leur droit au maintien du droit positif (§2).

§1. Premier cercle : les États lésés dans leurs droits subjectifs

348. Assimiler automatiquement le cercle des États sommés de réagir au cercle des États liés par un rapport de droit serait, dans certains cas, contraire aux exigences de la sécurité juridique. Afin d'être sommés de réagir (impliquant que l'absence de réaction se voie attribuer la valeur d'une manifestation de volonté), les États doivent détenir plus qu'un simple intérêt au respect du droit. Ils doivent souffrir (« potentiellement », cas ils font face à une prétention non manifestement (ir)régulière) d'une lésion individuelle. Or, la qualité d'État potentiellement lésé dépend de la nature du rapport de droit sur lequel porte la prétention. Dans le cadre d'obligations purement réciproques, un ou certains États seulement peuvent s'estimer potentiellement lésés et, de ce fait, sommés de réagir (A). Dans le cadre de rapports de droit interdépendants ou non réciproques, le cercle des États lésés par une violation correspond au cercle des États liés dans la mesure où l'obligation est due à tous les États en vue de la protection de l'intérêt collectif du groupe (B).

A. Dans le cadre d'obligations réciproques

349. *Distinction de l'intérêt à réagir et de la sommation de réagir* – Les États tirent certes de leur seule qualité de sujets liés par une obligation conventionnelle ou coutumière un intérêt à voir le droit international respecté¹⁵²². À ce titre et dans la mesure où chacun apprécie pour lui-même le bien-fondé du comportement des tiers, il leur est loisible de réagir, en l'approuvant ou en le contestant, à la survenance d'un fait prétendument illicite. Pour autant, leur reconnaître un tel intérêt objectif n'implique en rien de leur permettre d'exercer en toute hypothèse un droit à réclamation, en dehors, comme cela sera vu ensuite, des cas de violation d'une norme *erga omnes*. La CDI prit soin de le préciser dans son commentaire de l'article 42 des articles sur la responsabilité des États de 2001 :

¹⁵²² En ce sens, v. par ex., P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, pp. 881-882 ; C. Lalay-Chevalier, *La violation du traité, op. cit.*, p. 183.

« [u]n État qui souhaite protester contre la violation du droit international par un autre État, ou rappeler à celui-ci ses responsabilités internationales découlant d'un traité ou une autre obligation par laquelle ils sont liés, n'est généralement pas tenu d'établir un titre ou intérêt particulier pour le faire. De tels contacts diplomatiques informels n'équivalent pas à invoquer la responsabilité (...). Pour prendre de telles mesures, c'est-à-dire pour invoquer la responsabilité au sens du projet d'articles, il faut un droit plus spécifique »¹⁵²³.

Autrement dit, pour invoquer la responsabilité d'un tiers dans le cadre de rapports de droit réciproques, un État doit s'estimer potentiellement « lésé » selon les conditions prévues à l'article 42. Pour se voir sommé de réagir, il doit faire face à une prétention susceptible de le léser dans ses droits subjectifs. On comprend dès lors que si ce n'est pas le cas, l'absence de réaction de l'État ne puisse se voir attribuer aucune valeur juridique¹⁵²⁴.

350. Identification du cercle des États potentiellement lésés et sommés de réagir –

L'article 42 des articles de la CDI sur la responsabilité des États de 2001 identifie les États « lésés » par la violation du droit international. Le paragraphe a) traite des hypothèses dans lesquelles la violation porte sur une obligation réciproque : « [u]n État est en droit en tant qu'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due : a) À cet État individuellement (...) ». Une obligation est due à un État individuellement, lorsqu'elle découle d'un engagement unilatéral d'un État A vers un État B ou d'un traité bilatéral entre ces deux mêmes États¹⁵²⁵. Cela peut également être le cas lorsque sur la base d'un traité multilatéral ou d'une coutume, une obligation doit être exécutée entre deux États parties dans le cadre de leurs rapports réciproques. Le commentaire de la CDI évoque à ce titre l'exemple de l'article 22 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques dont il découle l'obligation pour l'État accréditaire de protéger les locaux de la mission de l'État accréditant¹⁵²⁶. La logique est la même, par exemple, en matière d'immunités, d'extradition ou

¹⁵²³ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 317, § 2 et dans le même sens p. 321, § 9.

¹⁵²⁴ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 63 : « [L]es appréciations sur la régularité ou non d'une conduite n'ont pas d'autres effets juridiques que de faire connaître l'interprétation en cause. La connaissance d'une attitude qu'un État juge illicite conditionne certes sa possibilité de réagir mais cette réaction (qu'il s'agisse d'une « approbation » ou d'une « dénonciation ») équivaut dans ses effets à une simple notification. (...) On ne saurait ainsi prétendre que l'absence de réaction des États envisagés en cette qualité objective « d'État lié » soit légalement pertinente ».

¹⁵²⁵ Sur l'identification des obligations créant des relations bilatérales ou « bilatéralisables », v. not. L.-A. Sicilianos, « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale », in P.-M. Dupuy (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003, spéc., p. 64.

¹⁵²⁶ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 320, § 6.

lorsqu'il s'agit d'appliquer les dispositions d'un traité régissant les relations commerciales dans les rapports entretenus par les parties les unes avec les autres¹⁵²⁷.

À ce stade et dans le cadre de ce type d'obligations, le cercle des États potentiellement lésés par une prétention normative unilatérale (*i.e.* un fait potentiellement illicite du point de vue des États s'estimant lésés) apparaît relativement restreint. La conclusion paraît évidente dans le cas d'une relation fondée sur un traité bilatéral. Mais cela vaut également dans le cadre d'un régime multilatéral dont les obligations sont exécutées dans des rapports réciproques. Dans ce cas, la lésion potentielle subie par un ou plusieurs États permet d'identifier le cercle des États sommés de réagir. Si une prétention normative découle d'un acte ne valant que dans des rapports réciproques, elle n'a pas à sommer de réagir l'ensemble des États liés, quand bien même ceux-ci disposent d'un intérêt global au respect du droit et ont à ce titre, on l'a dit, la faculté de réagir également. Le processus décrit ne vaut que dans la relation opposant l'auteur de l'exécution de l'obligation dont il découle une prétention normative et le ou les États à l'égard desquels elle est exécutée. Sommer tous les États liés de réagir entraînerait des conséquences exagérées. D'un côté, cela octroierait une influence bien trop importante à l'auteur d'une prétention unilatérale sur la définition et l'évolution des rapports de droit. De l'autre, cela reviendrait à exiger un degré déraisonnable de vigilance de la part des États à l'égard de l'activité normative de leurs pairs, alors qu'ils n'ont pas nécessairement un intérêt immédiat dans la portée revendiquée par la mise en œuvre d'un droit ou d'une obligation. Une autre raison réside dans le fait que les États peuvent, dans le cadre de ce type de relations réciproques, procéder à des interprétations ou dérogations *inter se* aux règles qui les lient.

351. Limitation du champ personnel de la sommation de réagir et possibilité d'accords inter se – L'une des causes de l'assimilation entre le cercle des États potentiellement lésés au titre de l'article 42, a), et le cercle des États sommés de réagir réside en effet dans la possibilité d'accords interprétatifs ou modificatifs *inter se*. Dans ces conditions, une prétention normative unilatérale peut avoir une portée limitée au cadre des relations réciproques entre son auteur et un ou plusieurs autres États liés par un régime multilatéral. On imagine qu'un État A puisse prétendre interpréter (ou modifier par sa pratique) l'une des dispositions d'un traité d'une certaine manière dans les rapports qu'il entretient avec un État

¹⁵²⁷ Il peut néanmoins être difficile, selon les cas, d'identifier si une obligation est due à un État individuellement, v. not., G. Gaja, « The Concept of an Injured State », in J. Crawford, S. Olleson, A. Pellet (eds), *The Law of International Responsibility*, *op. cit.*, pp. 943-944.

B et d'une autre manière dans les rapports qu'il entretient avec un État C. Or, la prétention valant à l'égard de l'État B n'enjoint pas à l'État C de réagir.

En matière conventionnelle, l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969 reconnaît la possibilité pour certaines parties seulement de modifier les termes d'un traité multilatéral. Soit le traité le prévoit explicitement (article 41, § 1, a) ; soit il ne l'interdit pas, auquel cas la modification *inter se* est possible si elle « ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations » (article 41, § 1, b, i), et si elle « ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité » (article 41, § 1, b, ii). Le texte de l'article 41 ne paraît pas rejeter l'hypothèse d'une modification *inter se* informelle du fait de la pratique des parties concernées¹⁵²⁸. À cela s'ajoute le fait que malgré le rejet lors de la conférence de Vienne du projet d'article 38 relatif aux pratiques subséquentes modificatives proposé par la CDI, la jurisprudence en a largement consacré la portée¹⁵²⁹. Autrement dit, la reconnaissance des pratiques conventionnelles modificatives combinées à une lecture souple de l'article 41, § 1, b, laisse penser qu'un accord *inter se* modificatif informel est possible.

De même, l'hypothèse des pratiques ultérieures interprétatives *inter se* fit débat au sein de la CDI, qui préféra finalement se référer à l'accord de toutes les parties afin de ne pas risquer de porter atteinte à l'intégrité des traités multilatéraux. Néanmoins, la pratique comme une partie de la doctrine admettent cette possibilité¹⁵³⁰.

¹⁵²⁸ En ce sens, M. E. Villiger, *Commentary of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston, Nijhoff, 2009, p. 533.

¹⁵²⁹ Sur ce point, v. *supra*, §§ 247-248 et l'ensemble des exemples cités.

¹⁵³⁰ V. par ex. l'affaire *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés*, rapport de l'Organe d'appel du 12 septembre 2005, WT/DS269/AB/R, § 259 : « une pratique suivie par certaines parties, mais pas toutes, n'est évidemment pas du même ordre qu'une pratique suivie par une partie seulement, ou par un très petit nombre de parties. À notre avis, il serait difficile de « discerner une attitude concordante et commune » sur la base d'actes ou de déclarations d'une partie, ou d'un très petit nombre de parties, à un traité multilatéral, tel que l'*Accord sur l'OMC* ». En l'espèce, l'Organe d'appel s'est alors appuyé sur le silence du Brésil et de la Thaïlande qui ont alors « accept[é] la pratique de classement des importations sous la position 02.10 suivi par les Communautés européennes », § 272. Sur la possibilité d'accords *inter se* en matière conventionnelle, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 368-371. Les travaux de G. Nolte, Rapporteur spécial de la CDI sur les pratiques conventionnelles subséquentes, demeurent jusqu'à présent muets sur cette question. Celui-ci ayant déjà une position particulièrement restrictive sur la possibilité d'accords modificatifs informels, il est peu probable qu'il admette celle d'accords *inter se*. Sur la valeur des pratiques ultérieures conventionnelles, v. *supra*, §§ 246 et s.

Enfin, il est permis de rappeler que le droit international reconnaît aux États la faculté de déroger à une coutume générale¹⁵³¹. Dans le cadre des rapports réciproques qu'il entretient avec l'un ou plusieurs de ses pairs, la prétention d'un État peut pousser ces derniers à s'y conformer ou, à tout le moins, ne pas la contester, donnant alors naissance à une coutume bilatérale ou régionale. La question de la preuve de la pratique des États concernés (et *a fortiori* de la délimitation du champ d'application personnelle de ladite coutume) fait néanmoins débat, certains auteurs exigeant l'unanimité ou une participation « active » de leur part, sans pour autant que la possibilité d'un acquiescement silencieux puisse être exclue¹⁵³².

Il en va tout autrement dans le cadre d'obligations non réciproques, le cercle des États sommés de réagir à une prétention normative unilatérale pouvant être assimilé au cercle des États liés.

B. Dans le cadre d'obligations interdépendantes ou non réciproques

352. *Relativisation de la distinction entre « États lésés » et « États autres que lésés »* – Dans les hypothèses où certaines obligations génèrent des relations multilatérales et non strictement réciproques, la CDI a entendu permettre à tous les États liés d'invoquer la responsabilité de l'auteur d'un fait illicite sans toutefois leur reconnaître à tous la même qualité ni le même intérêt. Dès lors, elle introduisit dans son projet de 2001 la distinction entre les États lésés (article 42) et les États autres que lésés (article 48). Aux termes de l'article 42, b), ii) :

« [u]n État est en droit en tant qu'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due : (...) b) À un groupe d'États dont il fait partie ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation : (...) ii) Est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres États auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation ».

L'alinéa ii) traite ainsi du cas des obligations dites « interdépendantes ». Celles-ci ont la particularité de reposer sur une logique de « réciprocité globale »¹⁵³³. En ce sens, leur violation

¹⁵³¹ CIJ, *Affaire du Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, préc., p. 276 ; CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, préc., p. 39.

¹⁵³² En ce sens, P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 361. Sur le fait que la position de la CIJ relative à la question de la preuve n'exclut pas la prise en compte éventuelle du silence étatique, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 372-373. V. en outre les remarques et références citées par M. Wood sur les « coutumes particulières », CDI, « Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier », *op. cit.*, pp. 57-61, §§ 80-84, où le Rapporteur spécial adopte une position relativement flexible quant aux moyens de preuve.

¹⁵³³ L.-A. Sicilianos, « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale », *op. cit.*, p. 66. V. aussi sur la distinction entre obligations interdépendantes et obligations intégrales, P.-M. Dupuy, « Bilan général des rencontres de la dimension multilatérale des obligations avec

« doit être considérée comme affectant, en tant que telle, tous les autres États auxquels l'obligation est due », dans la mesure où leur « exécution par chacune des parties dépend effectivement de son exécution par chacune des autres parties, et exige cette exécution »¹⁵³⁴. Le commentaire donne à cet égard l'exemple des traités de désarmement. Chaque État lié peut en conséquence être considéré comme individuellement lésé¹⁵³⁵. L'hypothèse peut être rapprochée de celles prévues à l'article 48 qui traite du cas des obligations dites « intégrales ». Celui-ci prévoit que :

« (...) tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si : a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ; ou b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble ».

Selon le commentaire de la CDI, l'article 48 « complète l'article 42 » en prévoyant l'invocation de la responsabilité « par des États autres que l'État lésé qui agissent pour défendre un intérêt collectif ». Elle souligne par ailleurs que ces derniers n'agissent pas « en [leur] qualité individuelle en raison d'un préjudice qu'il[s] aurai[en]t subi mais en [leur] qualité de membre[s] d'un groupe d'États auquel l'obligation est due, ou même de membre de la communauté internationale dans son ensemble »¹⁵³⁶. Traduisant les propos de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (1970), l'enjeu résidait dans le fait de dépasser la sphère des rapports de droit réciproques en vue de la protection de l'intérêt commun à tous les États liés : « [v]u l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* »¹⁵³⁷.

La distinction opérée par la CDI dénote une évolution conceptuelle considérable en ce qu'elle consacre une certaine objectivation du droit de la responsabilité internationale (déjà engagée avec l'abandon du critère du dommage), sinon plus généralement des rapports

la codification du droit de la responsabilité », in P.-M. Dupuy (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, *op. cit.*, pp. 228-229.

¹⁵³⁴ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 323, § 13.

¹⁵³⁵ G. Gaja, « The Concept of an Injured State », *op. cit.*, pp. 944-946, qui considère par ailleurs que le critère de l'alinéa ii) est mal choisi dans la mesure où il est complexe, sinon illogique, d'opérer une distinction qualitative des violations et intérêts atteints.

¹⁵³⁶ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 343, § 1.

¹⁵³⁷ CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, préc., § 33. V. aussi sur la définition des obligations intégrales, L.-A. Sicilianos, « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale », *op. cit.*, p. 66. Contrairement aux obligations interdépendantes, celles-ci « tendent à promouvoir des intérêts extra-étatiques, elles ne sont pas de nature synallagmatique et elles échappent au jeu de la réciprocité.

normatifs internationaux. Adoptant une vision communautariste du droit international, certains y voient la consécration d'un droit à réclamation fondé sur la protection de l'intérêt public ou d'un droit objectif à voir certaines normes fondamentales respectées : « *[i]n effect this is public interest standing, not the exercise of a subjective right* », a souligné J. Crawford¹⁵³⁸. Au contraire, selon une vision plus atomiste et relativiste du droit international, d'autres soulignent qu'en cas de violation d'une norme *erga omnes* (partes), chaque État dispose quoi qu'il en soit d'un droit subjectif propre à voir celle-ci respectée¹⁵³⁹.

Il n'apparaît pas utile, cependant, de préjuger de la nature de la société internationale ni des obligations internationales pour considérer que la distinction entre les États lésés et les États autres que lésés n'est pas d'une clarté évidente. Dans son projet de 1996, la CDI rassemblait l'ensemble des États habilités à invoquer la responsabilité sous une catégorie unique d'« États lésés »¹⁵⁴⁰. Elle distinguait alors les États spécialement atteints, subissant un préjudice matériel ou moral, et les autres n'étant lésés que dans leurs intérêts juridiques. Toutefois, sous la pression politique des gouvernements et par crainte d'un élargissement trop important des conséquences de la mise en œuvre du régime (notamment à l'égard du recours aux contre-mesures), la CDI opta pour une distinction en apparence plus radicale, tout en reconnaissant néanmoins que tous les États (« lésés » comme « autres que lésés ») avaient un « intérêt juridique »¹⁵⁴¹. Toutefois, les mots ne dissimulent pas la chose. Comme l'a soutenu B. Stern, « il paraît à tout le moins curieux que certains États puissent invoquer la responsabilité d'un État s'ils ne sont pas lésés ». Dans la mesure où un sujet est fondé à réagir à la violation d'une obligation dont il est l'un des bénéficiaires, il est difficile de voir comment

¹⁵³⁸ J. Crawford, « Overview of Part Three of the Articles on State Responsibility », in J. Crawford, S. Olleson, A. Pellet (eds), *The Law of International Responsibility*, *op. cit.*, p. 934. V. aussi dans un sens similaire, B. Simma, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *RCADI*, vol. 250, 1994, p. 234 ; A. Pellet, « Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États », *AFDI*, vol. 42, 1997, p. 10 ; P.-M. Dupuy, « Responsabilité et légalité », in SFDI, *La responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1991, pp. 289-290.

¹⁵³⁹ V. par ex., R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 804 : « [l]a violation d'une obligation *erga omnes* fait naître une relation de responsabilité entre l'auteur de la violation et tous les éléments de la communauté internationale. L'existence d'obligations *erga omnes* n'aboutit donc aucunement à la reconnaissance d'un droit pour chaque membre de cette collectivité d'intenter une action pour la défense de l'intérêt public. Chacun d'eux détient un intérêt subjectif propre à ce que les droits dus au titre d'obligations *erga omnes* soient respectés. Les obligations *erga omnes* élargissent le cercle des titulaires d'un intérêt pour agir sans modifier l'exigence d'un intérêt spécial (...) ».

¹⁵⁴⁰ L'article 40 de l'ancien projet est reproduit par J. Crawford, « Overview of Part Three of the Articles on State Responsibility », *op. cit.*, p. 933. Il est également discuté not. par B. Stern, « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États », *AFDI*, vol. 47, 2001, spéc. pp. 19-21.

¹⁵⁴¹ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 344, § 2.

on pourrait considérer qu'il n'est pas lésé. Malgré le vocabulaire adopté en 2001, l'extension du cercle des États aptes à invoquer la responsabilité repose donc toujours sur un critère subjectif. Certes, les États dits « autres que lésés » ne subissent pas nécessairement de préjudice matériel ou moral. Ils apparaissent néanmoins touchés par un « préjudice juridique » : ces États sont lésés dans leur droit subjectif au respect du droit objectif protecteur de l'intérêt collectif¹⁵⁴².

353. Cercle des États aptes à invoquer la responsabilité et identification des États sommés de réagir – La reconnaissance d'une lésion potentielle (matérielle, morale ou simplement juridique) dans le chef des États liés par un rapport de droit non réciproque entraîne différentes conséquences. D'abord, ils sont en droit d'invoquer la responsabilité éventuelle de l'auteur du fait illicite prétendu, bien que les conséquences de cette invocation puissent varier selon le type de lésion subie (quant à la forme de la réparation demandée ou au droit de recourir à des contre-mesures). Ensuite, si une lésion potentielle découle d'un acte pouvant être vu comme ayant la valeur d'une prétention normative unilatérale, alors on comprend que cet acte puisse sommer les sujets potentiellement lésés de réagir. Il convient toutefois de rappeler qu'un tel raisonnement ne vaut que lorsqu'un tel acte véhicule une prétention normative *stricto sensu*. Cela exclut donc les comportements isolés manifestement illicites, qui ne font en eux-mêmes naître aucune prétention sommant de réagir. Cela exclut également les violations, y compris continues, de règles impératives. À leur caractère indérogeable s'ajoute en effet une obligation de non-reconnaissance des situations qui en découlent¹⁵⁴³. L'hypothèse présentée ici ne correspond donc qu'à des cas restreints d'obligations non réciproques non impératives à l'égard desquelles un ou plusieurs États émettent des prétentions interprétatives (pouvant être isolées) ou modificatives (nécessitant une pratique répétée). Dans ces cas seulement, ces dernières peuvent entraîner un effet de sommation. Le cercle des États sommés de réagir correspond alors au cercle des États

¹⁵⁴² B. Stern, « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États », *op. cit.*, p. 13 : « [c]ette garantie du droit objectif est assurée par la défense du droit subjectif de chaque État au respect du droit et non par une défense du droit objectif qui serait assurée par des organes centralisés de la Communauté internationale », l'auteur s'appuie par ailleurs sur G. Perrin, « La détermination de l'État lésé. Les régimes dissociables et les régimes indissociables », in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honor of Krzysztof Skubiszewski*, *op. cit.*, p. 246. V. aussi pour une critique de la distinction États et autres que lésés, P.-M. Dupuy, « Back to the Future of a Multilateral Dimension of the Law of State Responsibility for Breaches of 'Obligations Owed to the International Community as a Whole' », *EJIL*, vol. 23, 2012, n° 3, pp. 1059-1069.

¹⁵⁴³ Le régime des violations de normes de *jus cogens* constitue ainsi une exception à l'effet de sommation susceptible de découler d'un comportement continu auquel serait attribué la valeur d'une prétention normative, v. *supra*, §§ 342 et s.

habilités à invoquer la responsabilité de l'auteur de la prétention s'ils s'estiment potentiellement lésés par celle-ci. Autrement dit, en matière d'obligation non réciproques, la prétention émise par l'un des États liés s'adresse nécessairement à tous les autres, quand bien même certains pourraient s'estimer plus directement lésés que d'autres. Cela découle du fait que l'obligation est due à l'ensemble des États (obligation *erga omnes*) ou à l'ensemble des États parties à un traité (obligation *erga omnes partes*) ; son exécution par l'un des États liés (et, *a fortiori*, la prétention qu'elle véhicule) intéresse de ce fait l'ensemble des autres États susceptibles de s'estimer potentiellement lésés. Cela dit, il est vrai que le processus n'aboutit que dans la mesure de la connaissance de la prétention par les autres sujets liés. Par ailleurs, compte tenu du contexte, en particulier du nombre d'États concernés et de leur intérêt à l'égard de l'objet de la règle, le temps d'appréciation de la prétention peut être adapté en conséquence¹⁵⁴⁴. Le fait que tous les États liés soient sommés de réagir peut encore être expliqué par l'impossibilité pour les États, dans le cadre d'obligations non réciproques, d'adopter des accords interprétatifs ou modificatifs *inter se*. Dans la mesure où l'obligation est due à tous les sujets liés et qu'elle protège leur intérêt collectif, c'est toujours l'accord unanime de ces derniers qui est exigé¹⁵⁴⁵.

In fine, dans le cas d'obligations réciproques comme non réciproques, le cercle des États sommés de réagir correspond au cercle des États potentiellement lésés dans leurs droits subjectifs par la prétention unilatérale d'un de leurs pairs. Néanmoins, dans certains cas, il se peut que la pratique des États du premier cercle se généralise. Elle entraîne alors la propagation de la prétention initiale vers un second cercle d'États qui s'en trouveront de ce fait sommés de réagir à leur tour.

§2. Second cercle : les États lésés dans leur droit au respect de la légalité

354. Représentation du phénomène : la propagation d'une prétention – On a dit que tout État lié par une règle conventionnelle ou coutumière peut très bien évaluer pour lui-même la régularité du comportement d'un tiers, et même communiquer sa position, dans la mesure où il dispose d'un intérêt *largo sensu* à voir le droit respecté. Cependant, à moins que ledit comportement porte sur une obligation *erga omnes (partes)*, cet intérêt à voir le droit

¹⁵⁴⁴ Sur le caractère adaptable du délai consacré à l'appréciation d'une prétention et à l'issue duquel les tiers intéressés sont sommés de réagir, v. *supra*, §§ 337-338.

¹⁵⁴⁵ Ce qui n'exclut pas l'éventuelle prise en compte de leur silence, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 366-368.

respecté n'en fait pas pour autant un État habilité à invoquer la responsabilité de son auteur (s'il ne supporte pas un préjudice direct) ni *a fortiori* un État sommé de réagir (face à une prétention normative n'impliquant pour lui aucune lésion potentielle). Afin d'être sommé de réagir, un État doit avoir pris connaissance d'une prétention susceptible de porter atteinte à ses droits subjectifs. C'est pourquoi le premier cercle des États dont la réaction est requise est généralement restreint : dans le cadre de rapports de droit réciproques, celui-ci n'inclut pas les États non individuellement lésés, surtout qu'une prétention peut se limiter à faire naître entre son auteur et les États sommés de réagir des accords interprétatifs ou modificatifs *inter se*. Toutefois, cela n'empêche pas que les États du premier cercle, concernés par une prétention au champ personnel limité, puissent endosser son contenu et la colporter explicitement ou dans leur pratique vers d'autres États ou l'ensemble des États liés. Dans ces conditions, comme l'a clairement souligné A. Marie, « l'indétermination d'un rapport de droit peut s'étendre d'un cadre strictement bilatéral à l'ensemble du rapport de droit multilatéral à mesure que celui-ci est remis en cause de manière générale »¹⁵⁴⁶. L'auteur évoque un phénomène de « propagation du doute » mettant en cause la sécurité juridique. En pratique, ce doute découle de l'extension du champ personnel de la prétention initiale. Or, le fait de propager une prétention normative unilatérale renvoie à la question de savoir comment une pratique interprétative ou modificative tend à se généraliser parmi les États liés par la règle faisant l'objet de la prétention. À cet égard, toujours selon A. Marie :

« [q]u'il s'agisse des États lésés dans leurs droits propres, ou simplement dans leur intérêt à voir la légalité respectée, leur intérêt à réagir deviendra une charge lorsque le contenu ou l'existence du rapport de droit devient incertain du fait d'une interprétation ou d'une violation qu'ils subissent directement ou parce qu'elles sont le fait d'un nombre suffisant d'États, ou suffisamment représentatifs, pour pouvoir être considérées comme étant générales. Le doute dépassera alors la sphère des seuls États à l'égard desquels la règle est appliquée, ou de ceux qui en subissent la violation, pour se propager à l'ensemble des États liés »¹⁵⁴⁷.

La réflexion renvoie dès lors à des considérations relatives au rôle des « États particulièrement intéressés » par le processus. En matière de détermination des règles coutumières, on sait que la jurisprudence tient largement compte de la position des États particulièrement intéressés, notamment lorsqu'une pratique s'est développée dans un laps de temps réduit¹⁵⁴⁸. Or, au-delà de la problématique de la formation des règles coutumières, la pratique des États

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 357.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 360.

¹⁵⁴⁸ V. en particulier, CIJ, *Affaire du plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark et Pays-Bas)*, préc., § 74.

particulièrement intéressés constitue sans aucun doute un facteur important de propagation d'une prétention normative vers l'ensemble des États liés par un rapport de droit. Cela paraît cohérent avec nos développements antérieurs sur les conditions de connaissance d'une prétention d'une part, et sur les conditions et le délai d'appréciation de celle-ci d'autre part¹⁵⁴⁹. À ces deux égards, les États considérés comme ayant un intérêt particulier dans l'objet de la prétention de l'un de leur pair voient peser sur eux une obligation de vigilance raisonnable impliquant qu'ils ne peuvent ni ignorer une prétention suffisamment notoire ni manquer de l'apprécier. C'est la raison pour laquelle il peut être affirmé qu'ils sont les premiers sur qui pèse un effet de sommation. Dans ces conditions, soit ils protestent et par là ils s'opposent, dans leurs rapports réciproques, à l'effet de la prétention *et* à la propagation de celle-ci. Soit leur inaction ou leur pratique concordante participent de la propagation éventuelle de la prétention et permet, le cas échéant, d'étendre l'effet de sommation vers d'autres États liés qui ne pouvaient pas nécessairement s'estimer lésés par la prétention initiale. C'est dans ce dernier cas que le silence de ces derniers peut se voir attribuer la valeur d'un acquiescement¹⁵⁵⁰.

355. Assimilation des États sommés de réagir et des États potentiellement lésés par la propagation de la prétention – La propagation d'une prétention vers d'autres sujets que ceux du premier cercle implique logiquement l'extension concomitante de son effet de sommation. Or, on l'a dit, la sommation apparaît comme la conséquence d'une lésion potentielle (matérielle, morale ou simplement juridique). En l'occurrence, l'extension du champ personnel de la prétention vers d'autres États liés par la règle qu'elle prend pour objet implique donc l'extension du cercle des États potentiellement lésés par son contenu et sommés en conséquence de réagir. Si ces États n'étaient certes pas directement lésés par la prétention initiale (du moins dans un rapport de droit réciproque), ils peuvent, à ce stade, être considérés comme supportant un préjudice au moins juridique. La propagation de la prétention porte en effet atteinte à leur droit au maintien du droit en vigueur ; autrement dit, ils sont fondés à s'estimer potentiellement lésés par son contenu et par le fait qu'elle a pour objet d'interpréter ou faire évoluer un droit ou une obligation leur étant dus. En conséquence, si l'on approuve la description du phénomène de « propagation du doute » proposée par

¹⁵⁴⁹ Sur ces points, v. *supra*, §§ 315 et s. et §§ 335 et s.

¹⁵⁵⁰ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 365 : « [c]ette propagation du doute place l'ensemble des États liés dans la position d'accepter ou de se désolidariser de la modification prétendue et explique donc la possibilité d'une modification générale du rapport de droit violé même à l'égard des États qui n'ont pas participé à la « pratique active » et même à l'égard des États non lésés dans leurs droits propres. En effet, la généralisation du doute sur le contenu et l'existence d'un rapport de droit fait peser une charge de réagir sur l'ensemble des États et le droit attribue alors à leur silence la signification d'un acquiescement ».

A. Marie, le rejet par celui-ci de l'idée selon laquelle le critère de pertinence du silence (*i.e.* de l'existence d'une « charge de réagir » pour reprendre son expression) résiderait dans l'atteinte à un droit subjectif ne paraît pas justifié¹⁵⁵¹. Il semble en effet que le « doute » constitué par la remise en cause d'un droit constitue en soi une lésion potentielle. Surtout, l'auteur a lui-même admis plus tôt l'intérêt de la notion de préjudice juridique en vue d'élargir la catégorie des « États lésés » adoptée par la CDI dans son projet de 2001. Dès lors, pourquoi considérer qu'un État chargé de réagir par une prétention interprétative ou modificative d'une obligation lui étant due et qu'il estime entachée d'éventuels motifs d'irrégularité ne serait pas, par définition, potentiellement lésé par celle-ci ? En réalité, la propagation de la prétention vers un second cercle d'États liés implique nécessairement qu'ils puissent s'estimer potentiellement lésés dans leur droit au respect et au maintien du droit en vigueur. La lésion (potentielle) apparaît ainsi comme le critère de délimitation du champ personnel de la sommation.

* *

En conclusion, face à une prétention normative unilatérale *stricto sensu*, le cercle des États sommés de réagir correspond au cercle des États potentiellement lésés par son contenu non manifestement (ir)régulier. Qu'une prétention porte sur un rapport de droit réciproque ou non réciproque, le premier cercle inclut les États susceptibles de s'estimer lésés dans leurs droits subjectifs. Cependant, dans le cadre de rapports réciproques, tous les États liés ne sont pas nécessairement lésés ni, *a fortiori*, sommés de réagir. Ce n'est que si la prétention initiale se propage (notamment du fait de la pratique des États particulièrement intéressés) parmi l'ensemble des États liés que l'interprétation ou la modification du droit qu'elle véhicule lèse potentiellement ces derniers dans leur droit au maintien du droit établi. Dans ce cas, ils constituent alors un second cercle d'États sommés de réagir. Dans ces conditions, le régime de la production unilatérale du droit international et le régime de la mise en œuvre de la responsabilité des États apparaissent intriqués comme les deux faces d'une même pièce.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, en particulier, pp. 357-359.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

356. L'effet de sommation découlant des prétentions normatives unilatérales des États trouve sa cause dans la nature de l'ordre juridique international. Il s'agit en effet de s'assurer du consentement des acteurs dans l'exercice d'un pouvoir normatif qu'ils partagent. L'analyse de cet effet permet d'en déterminer les champs matériel, temporel et personnel. D'une part, le contenu de la sommation est dicté par le contenu de la prétention connue des tiers. D'autre part, ces derniers disposent d'un certain laps de temps pour apprécier l'objet de la prétention. C'est à l'issue de ce délai que leur réaction est exigée. Ce délai peut être préalablement fixé (comme dans le cadre du régime des réserves aux traités). À défaut, un délai raisonnable peut être évalué à la lumière des circonstances pertinentes propres à chaque espèce. Enfin, si tous les États peuvent réagir face à la prétention d'un pair, tous ne sont pas nécessairement sommés de réagir au sens du processus normatif décrit. Le champ personnel de l'effet de sommation trouve son critère logique dans le droit de la responsabilité internationale. Les États sommés de réagir correspondent ainsi au cercle des États pouvant s'estimer lésés par le contenu d'une prétention qu'ils considèrent comme infondée.

CONCLUSION DU TITRE 1

357. D'un point de vue théorique, on a vu que l'existence d'une prétention normative *stricto sensu* dépend d'une condition objective qui réside dans le respect au moins apparent des conditions déterminées par une règle d'habilitation. Le raisonnement vaudrait pour tout acte et dans tout ordre juridique ; que le droit international soit décentralisé et composé de sujets souverains n'y fait rien. En outre, l'hypothèse se vérifie en pratique. La valeur attribuée au silence des tiers intéressés en est la preuve : le mécanisme met en lumière le présupposé selon lequel le comportement auquel le silence faisait face avait bien la valeur d'une prétention présumée opposable. La condition de connaissance est tout aussi objective en ce qu'elle est déterminée par le droit. Une prétention est ainsi réputée connue des tiers dès lors que la preuve d'une notification est apportée ou, en l'absence de notification, si le contexte permet de conclure au caractère invraisemblable ou inexcusable de son ignorance.

L'opposabilité (présumée) objective des prétentions normatives unilatérales des États est donc la cause de l'effet de sommation qu'elles génèrent sur les tiers intéressés, *i.e.* les États pouvant s'estimer potentiellement lésés par leur contenu. Toutefois, si la connaissance constitue le fait-condition qui déclenche la sommation, les tiers disposent d'un certain laps de temps (préfixé ou, à défaut, raisonnable), pour apprécier le contenu de la prétention avant que leur silence, le cas échéant, ne soit interprété comme équivalent à leur consentement.

Les raisons d'être d'un tel mécanisme résident dans la répartition entre les États du pouvoir normatif et dans l'exigence de sécurité de leurs rapports de droit. D'un côté, les États ont le droit d'agir unilatéralement sur la base des habilitations qu'ils s'octroient ou se reconnaissent mutuellement. Mais l'exercice de leurs pouvoir véhiculent divers types de prétentions normatives. De l'autre, l'effet de sommation qui en découle permet d'équilibrer les rapports entre souverains en exigeant des tiers intéressés par ces prétentions leurs réactions ; leur inaction éventuelle impliquant le rétablissement de la sécurité juridique au profit de la consécration définitive des prétentions émises. En somme, l'interprétation et la production du droit international par les actes unilatéraux des États est le fruit d'un système de confrontation entre leurs prétentions et leurs réactions. L'opposabilité présumée des prétentions normatives en tant qu'actes juridiques repose sur une logique objective qui a pour fonction de pousser les acteurs à interagir, tandis que l'opposabilité définitive de leur contenu normatif est fonction du résultat de cette interaction, autrement dit d'un mécanisme subjectif.

TITRE 2

L'OPPOSABILITE RELATIVE DU CONTENU DES PRETENTIONS NORMATIVES

358. Au dernier stade du processus décrit dans cette étude, il ne s'agit plus de s'intéresser à l'opposabilité présumée ni à l'effet autonome des prétentions normatives unilatérales des États comme actes juridiques. L'objectif est de déterminer les conditions d'opposabilité du contenu de ces prétentions, autrement dit, des effets normatifs recherchés par leurs auteurs tels qu'ils ont été identifiés en première partie (*i.e.* leurs causes objectives¹⁵⁵²). Or, l'opposabilité du contenu normatif des prétentions étatiques dépend d'une condition hétéronome : l'effet de sommation qu'elles génèrent à l'égard des tiers intéressés appelle une interaction dont la fonction est de préciser le statut de leurs différents objets normatifs. On retrouve à cet égard le caractère décentralisé et relativiste de l'ordre juridique international. D'un côté, le concept proposé de prétention normative *stricto sensu* permet de mettre en lumière tout le poids de l'unilatéralisme sur la définition et l'évolution du droit international ; la sécurité juridique des rapports de droit exige à ce propos que les prétentions des États, présumées opposables, ne soient pas indéfiniment contestables, d'où leur effet de sommation. D'un autre côté, la sécurité juridique requiert également que les tiers intéressés soient au moins réputés avoir manifesté leur position. Il en va de l'égalité souveraine des États et de leur capacité à agir conjointement sur le processus normatif ; égalité en droit et non en fait, les États puissants étant les plus à même d'en tirer profit en ralliant les plus faibles à leurs positions.

En pratique, l'enjeu consiste alors à déterminer et systématiser les modalités de réaction des tiers et leurs effets à l'égard du processus décrit. Lorsqu'une prétention leur enjoint de réagir, ces derniers se trouvent devant l'alternative suivante : protester contre son bien-fondé (**Chapitre 1**) ou en accepter le contenu, y compris par leur silence (**Chapitre 2**).

¹⁵⁵² V. *supra*, Partie 1, Titre 3.

CHAPITRE 1

LES ACTES DE PROTESTATION

359. Les actes de protestation par lesquels les États manifestent leur désapprobation face au comportement d'un pair sont nombreux dans la pratique internationale¹⁵⁵³. Leur identification constitue néanmoins un enjeu à part entière. Les définitions doctrinales des actes de protestation varient en fonction des effets que les auteurs leur attribuent : faire échec à la présomption selon laquelle le silence équivaut à un consentement, ne pas reconnaître la validité ou l'opposabilité d'un acte ou d'une situation ou encore se rendre inopposables les comportements des tiers¹⁵⁵⁴. Cependant, la détermination des effets des protestations dépend de la qualité objective reconnue aux comportements auxquels elles s'opposent. Face à une prétention *largo sensu* (comme une offre d'adhérer à un traité ou le rejet d'une règle existante découlant d'un comportement manifestement illicite), la protestation constate ou confirme simplement son inopposabilité objective. Il s'agit par ailleurs d'un rejet de pure opportunité, tout comme peut l'être l'éventuelle acceptation expresse des mêmes comportements (en raison du caractère supplétif du droit international). Inversement, face à une prétention normative *stricto sensu*, que son auteur estime fondée sur une règle d'habilitation préexistante, la protestation est nécessairement motivée juridiquement. Que l'exposé de ses motifs soit précis ou non, sa fonction est d'en contester le bien-fondé. Dans ces conditions, deux prétentions d'égale valeur se font face. La protestation ne peut à elle seule renverser l'opposabilité présumée de la prétention *stricto sensu* initiale. Elle se limite à notifier à son auteur un jugement relatif d'irrégularité. Elle empêche ainsi la formation d'un acquiescement au caractère définitivement incontestable de son contenu. Par ailleurs, en tant qu'elle constitue, elle aussi, une prétention sur le respect du droit, la protestation renvoie la sommation de réagir

¹⁵⁵³ Comme l'a affirmé E. Suy, « il suffit de jeter un coup d'œil à la presse pour se rendre compte que les États émettent très souvent des protestations contre une violation de leurs droits ou les agissements de tiers qu'ils considèrent comme une ingérence inadmissible dans leurs intérêts », *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵⁵⁴ Pour un catalogue des définitions proposées par la doctrine, v. P. Saganek, *Unilateral Acts in Public International Law*, *op. cit.*, pp. 603-606. La définition générale proposée par le *Dictionnaire de droit international public* est la suivante : « [a]cte par lequel un ou plusieurs sujets de droit international manifestent leur volonté de ne pas reconnaître la validité ou l'opposabilité d'actes, de conduites ou de prétentions émanant de tiers », J. Salmon (dir.), p. 907.

vers l'auteur de la prétention contestée. Pareil effet appelle deux conséquences possibles : soit une interaction nouvelle entre les acteurs concernés en vue de la précision de leurs rapports de droit, soit, en cas de rejet, la cristallisation d'un différend.

La protestation tient ainsi une place essentielle dans l'ordre international et en particulier à l'égard du processus normatif représenté dans cette étude. D'une part, elle apparaît comme la seule réaction possible dans des situations où le silence du sujet sommé de réagir par la prétention non manifestement (ir)régulière d'un État peut être interprété comme un acquiescement. D'autre part, l'effet de la protestation est une preuve de l'égalité souveraine des États et du caractère relativiste du droit international. Si, comme on l'a vu, il est permis d'affirmer que les prétentions *stricto sensu* ont une existence objective (dans la mesure où elles ont l'apparence d'actes valides sur la base des habilitations qu'elles prennent pour fondements), l'existence d'un désaccord sur la signification d'une prétention non manifestement (ir)régulière laisse place, dans une société dépourvue d'autorité centralisée, à la confrontation d'appréciations relatives. La protestation fait alors obstacle à l'opposabilité définitive d'une prétention (*i.e.* à la consécration de son caractère définitivement incontestable), dans l'attente d'une interaction nouvelle entre les acteurs concernés. Dans ce contexte, la protestation suffit en outre à manifester l'opposition de son auteur sur un plan purement normatif. Il n'est aucunement nécessaire pour ce dernier d'empêcher en fait la réalisation des effets matériels de la prétention qu'il conteste. Cela est parfois impossible compte tenu du déséquilibre des rapports de puissance. La protestation suffit à éviter la formation d'un acquiescement, si bien que tout État apparaît en principe apte à contrecarrer la prétention unilatérale d'un pair, aussi effective soit-elle.

Pour ce qui nous concerne, l'enjeu consiste alors à proposer une approche cohérente des actes de protestation faisant face à des prétentions normatives *stricto sensu* telles qu'identifiées dans cette étude. C'est en effet dans le cadre et en fonction du processus interactionnel auquel ces actes contribuent que l'on peut en définir les causes (§1), les modalités de formation (§2) et la portée (§3).

§1. Les causes des actes de protestation

360. Dans la mesure où les actes de protestation juridiquement motivés peuvent être qualifiés de contre-prétentions s'opposant aux prétentions normatives unilatérales telles qu'identifiées en première partie, il est utile, comme cela a été fait pour ces dernières, d'en

détailler les causes subjectives (A) et objectives (B). L'intérêt d'une telle distinction est qu'elle permet de faire clairement le départ entre les objectifs politico-normatifs poursuivis par les sujets protestataires (*i.e.* leurs intentions à l'égard d'une prétention contestée) et les effets de droit proprement dits découlant d'un acte de protestation (*i.e.* ce que les protestataires ont le pouvoir de faire en s'opposant à une prétention non manifestement (ir)régulière)¹⁵⁵⁵. En ce sens, si chaque État protestataire peut souhaiter le retrait ou la modification de la prétention qu'il conteste ou encore obtenir réparation, la protestation se limite, sur un plan strictement normatif, à communiquer l'appréciation de son auteur sur l'irrégularité du comportement contesté.

A. Les causes subjectives des actes de protestation

361. Les protestations contre des prétentions normatives unilatérales poursuivent différentes causes subjectives. De façon générale, il s'agit pour les sujets protestataires s'estimant potentiellement lésés de préserver l'intégrité de la norme et souligner qu'elle n'est pas tombée en désuétude (1). De manière subsidiaire, ces actes visent en outre à pousser les auteurs de telles prétentions à modifier leur position afin qu'ils les retirent ou qu'ils en modifient le contenu (2).

1. La préservation de la norme objet de la prétention

362. *Manifestation de l'appréciation et de l'opposition au contenu de la prétention* – La cause subjective principale d'un acte de protestation consiste à préserver le droit de son auteur (ou du groupe auquel il appartient en cas de rapport de droit interdépendant ou non réciproque) face à la prétention normative émise par un pair. L'État protestataire considère ainsi que le comportement auquel il s'oppose ne va pas dans le sens de ses intérêts juridiquement protégés ; il entend dès lors rappeler l'État auteur à ses obligations. Cet aspect conservatoire des actes de protestation est souvent inclus dans les définitions classiques proposées par la doctrine. Cependant, les auteurs ne distinguent pas nécessairement leurs causes subjectives et objectives. La préservation de la norme objet de la prétention constitue l'objectif poursuivi par l'auteur d'une protestation (*i.e.* sa cause politico-normative) sans en être l'effet juridique à proprement parler. On lit ainsi dans l'ouvrage d'E. Suy qu'un État :

¹⁵⁵⁵ Sur la définition des causes subjectives et objectives, v. *supra*, § 65.

« peut protester contre un acte ou contre un état de choses donné parce qu'il considère cet acte ou cette situation nouvelle comme non conforme à ses intérêts. Il évite ainsi que cet état de choses ne soit légalisé par son silence, que cet état de choses ne soit reconnu comme étant le droit. Nous pouvons par conséquent définir provisoirement la protestation comme un acte unilatéral par lequel un sujet de droit manifeste son intention de ne pas considérer comme étant le droit un état de fait donné et entend par là sauvegarder ses droits violés ou menacés »¹⁵⁵⁶.

De même, dans les travaux du Rapporteur spécial de la CDI sur les actes unilatéraux des États, il est indiqué qu'une protestation « cherche à réaffirmer un droit afin d'empêcher qu'un autre État ne puisse s'en prévaloir »¹⁵⁵⁷ ; ou encore que « [l]a caractéristique primordiale de cet acte unilatéral réside dans le fait qu'il vise à préserver les droits de l'État qui formule cette protestation »¹⁵⁵⁸. On peut encore évoquer C. Eick, selon qui « *[t]he main function of a protest is the preservation of rights, or of making it known that the protestor does not acquiesce in, and does not recognize certain acts* »¹⁵⁵⁹. R. Rivier, quant à elle, souligne la fonction des actes de protestation en évoquant la signification du déploiement par les États-Unis d'Amérique de leurs forces navales et aériennes en mer de Chine depuis l'automne 2015 en ces termes :

« [p]rise au titre du *Freedom of Navigation Program* lancé par le Pentagone en 1979 pour préserver le droit à la liberté de navigation et de survol des États-Unis, cette manœuvre unilatérale exprime en droit l'opposition des États-Unis à ce qu'ils tiennent pour des revendications maritimes excessives de l'État chinois. Par ces mesures de non reconnaissance, les États-Unis s'assurent que les prétentions chinoises ne se consolident pas en conséquence de l'inaction des tiers »¹⁵⁶⁰.

Par ce type de réactions, les États entendent donc préserver leurs droits et leurs intérêts en communiquant le fait qu'ils ont pris soin d'apprécier la valeur normative du comportement de leur pair. C'est la raison pour laquelle a été souligné le fait que l'existence d'une protestation tend à mettre fin au délai raisonnable consacré à l'évaluation du contenu d'une prétention¹⁵⁶¹. Or, si de telles protestations constituent des appréciations des prétentions normatives auxquelles elles s'opposent, elles constituent elles-mêmes des « contre-prétentions ». Les qualifier ainsi ne revient pas, à ce stade, à préjuger ni de leur effet ni de leur réussite en tant que telles. Il s'agit simplement de noter que la cause subjective, politico-normative, de ce type d'actes consiste à émettre une « prétention interprétative de la prétention d'un tiers » et de la règle que cette dernière prend pour objet. Pareille contre-prétention vise alors à assurer le

¹⁵⁵⁶ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, pp. 47-48.

¹⁵⁵⁷ CDI, « Quatrième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 22, § 94.

¹⁵⁵⁸ CDI, « Septième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 50, § 93.

¹⁵⁵⁹ C. Eick, « Protest », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (en ligne), juillet 2006, § 1.

¹⁵⁶⁰ R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 208.

¹⁵⁶¹ Sur la protestation comme preuve de l'appréciation d'une prétention, v. *supra*, § 332.

maintien par son auteur de sa propre appréciation du droit présentée comme la conservation d'un état de choses, ou autrement dit comme « ce qui est déjà établi ». Le comportement auquel la protestation réagit est alors qualifié de violation du droit. Les illustrations reposant sur ce genre d'argumentaire sont légion et peuvent concerner tout domaine du droit international. Ainsi, les États protestent souvent contre les délimitations maritimes qu'ils estiment infondées. En ce sens, par exemple, le 11 octobre 1957, la France signifia par une note diplomatique à la Russie son opposition à la délimitation opérée dans la baie de Vladivostok dans la mesure où elle l'estimait contraire aux règles coutumières applicables à l'époque¹⁵⁶². Des protestations peuvent également viser des législations internes de pays tiers dont les effets extraterritoriaux sont considérés comme contraires au droit international. À cet égard, il est possible de citer le célèbre règlement européen n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 visant à réagir à l'adoption par les États-Unis d'Amérique des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy. Selon son préambule :

« par leur application extraterritoriale, ces lois, règlements et autres instruments législatifs violent le droit international (...) dans ces circonstances exceptionnelles, il est nécessaire d'entreprendre une action au niveau de la Communauté afin de protéger l'ordre juridique établi, ainsi que les intérêts de la Communauté et ceux desdites personnes physiques ou morales, notamment en éliminant, en neutralisant, en bloquant ou en contrecarrant de toute autre manière les effets de la législation étrangère en cause »¹⁵⁶³.

De la même façon, certains États réagirent très vivement en dénonçant diverses violations du droit international après la décision de l'Union européenne en 2011 d'intégrer l'aviation civile (y compris les portions de trajet réalisées hors du territoire de l'Union) à son système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. La Chine, notamment, considéra, d'une part, que l'UE ne disposait d'aucun titre juridique lui permettant de taxer les compagnies aériennes étrangères pour leurs émissions de gaz à effet de serre en dehors du territoire des États membres et, d'autre part, que cela constituait une violation de différents instruments internationaux (incluant notamment le principe de responsabilité commune mais différenciée

¹⁵⁶² A.-C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, *op. cit.*, t. 1, p. 21. L'exemple est cité dans CDI, « Septième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 64, § 149. Ce rapport compile un très grand nombre d'exemples de protestations en tout domaine (sans nécessairement distinguer les protestations purement politiques et les protestations juridiquement motivées). Sur les questions de délimitation maritimes, v. en particulier, pp. 63-67, §§ 148-167. On trouve également de nombreux exemples dans la chronique de l'*Annuaire de droit de la mer* consacrée aux « Actes unilatéraux des États ».

¹⁵⁶³ Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, Préambule.

en matière environnementale)¹⁵⁶⁴. Le domaine des interventions armées illicites offre également de multiples illustrations de protestations diplomatiques. Ainsi, par exemple, lorsque les États-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni et la France frappèrent la Syrie en avril 2018 en vue de réagir à l'utilisation d'armes chimiques, de nombreux États protestèrent. Ces déclarations manifestaient leur opposition de principe à tout affaiblissement de la règle de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales et, plus spécifiquement, au développement d'une exception relative à l'intervention humanitaire susceptible d'être instrumentalisée par les grandes puissances¹⁵⁶⁵. Dans ce genre de situation, cependant, il faut noter qu'il n'est pas aisé pour des États plus faibles, sinon parfois dépendants d'une aide extérieure en divers domaines, de s'opposer frontalement aux puissances occidentales sans risquer d'altérer sérieusement leurs relations diplomatiques. Ainsi, l'Uruguay, par exemple, condamna fermement l'usage d'armes chimiques et appela tous les acteurs impliqués dans le conflit à faire preuve d'une « extrême prudence, dans le respect des normes de droit international humanitaire et dans le cadre strict de la Charte des Nations Unies », sans évoquer explicitement les bombardements réalisés par les trois États membres permanents du Conseil de sécurité¹⁵⁶⁶.

363. *Intention de ne pas participer à la constitution d'une pratique modificative* –

Lorsqu'un État entend préserver son droit, sa protestation peut en outre viser à éviter la constitution d'une pratique modificative ou, à tout le moins, à ne pas y contribuer. À cet égard, deux hypothèses peuvent être distinguées. En premier lieu, un État peut chercher à éviter qu'un comportement (le sien ou celui d'un tiers) puisse être vu comme un « précédent » susceptible d'ouvrir la voie à une modification du droit qui n'irait pas dans le sens de ses intérêts. En ce sens, par exemple, les États-Unis d'Amérique ont toujours rejeté les revendications canadiennes sur l'Arctique. Selon le Canada, les eaux de l'archipel arctique

¹⁵⁶⁴ Pour un résumé et des références sur la position de la Chine, v. Center for International Sustainable Development Law, « Legal Analysis on the Inclusion of Civil Aviation in the European Union Emissions Trading System », mai 2012, pp. 18-19, disponible en ligne : http://www.cisd.org/public/docs/news/CISDL_EU_ETS_Expansion_Legal_Brief.pdf.

¹⁵⁶⁵ Pour un recensement des réactions d'un certain nombre d'États occidentaux, v. « World Reacts to Overnight Strikes on Syria by US, UK and French Forces », *Theguardian.com*, 14 avril 2018. Pour une liste des communiqués officiels des États latino-américains, v. « El bombardeo realizado por parte de Estados Unidos, Francia y Reino Unido en Siria y las reacciones oficiales en América Latina » sur le blog *Derecho Internacional Público. Costa Rica*, 17 avril 2018 : <http://derechointernacionalcr.blogspot.com/2018/04/reacciones-en-america-latina-bombardeos.html>.

¹⁵⁶⁶ V. « Comunicado de prensa n° 18/18 – Situación en Siria », 14 avril 2018 : « [e]l Gobierno del Uruguay hace un llamado a todos los actores involucrados en el conflicto a actuar con máxima prudencia, respetando las normas y principios del derecho internacional humanitario y en el estricto marco de la Carta de las Naciones Unidas », disponible sur le site de Ministère uruguayen des affaires étrangères : <http://www.mrree.gub.uy/frontend/page?1,inicio,comunicados-de-prensa,O,es,0,>

canadien relèvent des eaux intérieures historiques et, à ce titre, il y exerce sa pleine et entière souveraineté. Pareille qualification permet aux autorités canadiennes de contrôler l'accès et les routes dans les différents passages où la navigation est par ailleurs grandement facilitée par le réchauffement climatique. Pour les États-Unis d'Amérique, le passage du Nord-Ouest constitue un détroit international, ce qui implique une complète liberté de transit pour les navires et aéronefs de tout État. Or, les autorités états-uniennes ont toujours refusé de reconnaître le bien-fondé de la prétention canadienne de peur que cela ouvre la voie à des revendications similaires d'autres États dans d'autres régions du monde. Elles ont ainsi toujours fait preuve d'une vigilance accrue en la matière en protestant contre l'inclusion par des États côtiers de certains détroits dans leurs eaux intérieures (s'agissant en particulier des passages entre les îles japonaises, du passage du Nord-Est au-dessus de la Sibérie ou du détroit de Piombino longeant la Toscane italienne)¹⁵⁶⁷.

En second lieu, un État peut également protester contre l'opposabilité à son égard d'une coutume en voie de cristallisation. Dans la mesure où il s'agit de préserver son droit initialement établi, pareille protestation n'a pas à être motivée autrement que par l'opportunité politique. Elle doit néanmoins être expresse et renouvelée régulièrement afin d'éviter la formation d'un éventuel acquiescement silencieux. Cette qualité d'« objecteur persistant » susceptible d'être reconnue à certains États fait débat à divers égards, sur fond de querelle théorique entre deux représentations classiques, objectiviste ou volontariste, du droit international¹⁵⁶⁸. Certains en critiquent l'existence, qui ne serait pas explicitement confirmée par la pratique, comme le fondement logique, au prétexte qu'elle entrerait en conflit avec l'idée même de coutume s'imposant, par nature, à tout sujet¹⁵⁶⁹. Toutefois, il peut très bien être soutenu *a contrario* que, « par nature », la flexibilité de la coutume permet l'arrangement d'exceptions *ratione materiae* comme *ratione personae*. En outre, il paraît difficile d'admettre,

¹⁵⁶⁷ V. pour de nombreux détails S. Lalonde, F. Lasserre, « The Position of the United States on the Northwest Passage: Is the Fear of Creating a Precedent Warranted? », *Ocean Development and International Law*, vol. 44, 2013, n° 1, pp. 28-72. L'exemple est également cité par G. Cahin au titre des stratégies d'« anticipation préventive » des États à l'égard de la formation de précédents, v. « Le comportement des États et des organisations internationales comme précédent », *op. cit.*, p. 65.

¹⁵⁶⁸ Sur cette opposition, que l'auteur dépeint comme trop souvent caricaturée, v. J. Combacau, « L'objection à la formation et à l'opposabilité des règles internationales. Le volontarisme a-t-il encore un intérêt ? », in C. Cassella, L. Delabie (dir.), *Faut-il prendre le droit international au sérieux ? Journée d'étude en l'honneur de Pierre Michel Eisemann*, Paris, Pedone, 2016, pp. 109-120.

¹⁵⁶⁹ V. not. O. Barsalou, « La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public », *RQDI*, vol. 19, 2006, n° 1, pp. 1-18 ; P. Dumberry, « Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, n° 3, pp. 779-802, les deux renvoyant à des références plus anciennes sur l'identification de la notion d'objecteur persistant. Plus généralement, v. J. A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, OUP, 2016, xxii-317 p.

comme la souligné I. C. MacGibbon, qu'un État souverain vigilant cherchant à préserver ses droits face à une règle en formation puisse être réputé lié par celle-ci du fait de l'inaction voire de l'indifférence d'autres États à l'égard du procédé ayant mené à sa cristallisation¹⁵⁷⁰. Concrètement, soit, d'un côté, on reconnaît que l'objection persistante permet de faire obstacle à l'opposabilité d'une coutume. Dans ce cas, les exemples sont effectivement assez rares sans être pour autant inexistants. Dans l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* (1951), la CIJ a clairement souligné que « la règle des dix milles apparaît comme inopposable à la Norvège, celle-ci s'étant toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la côte norvégienne »¹⁵⁷¹. Ce n'est donc pas tant qu'un État ne puisse empêcher l'opposabilité à son égard d'une coutume cristallisée pour les autres ; on ne voit pas ce qui, sur un plan strictement juridique, pourrait renverser cette possibilité. C'est plutôt la force des choses, l'effectivité de la pratique, l'adhésion généralisée à la règle, la pression sociale, qui apparaissent susceptibles de pousser l'État protestataire à se résigner¹⁵⁷². Soit, d'un autre côté, quand bien même certains auteurs considèrent que l'objection persistante ne peut indéfiniment faire échec à l'opposabilité d'une coutume, ils reconnaissent à tout le moins que des protestations répétées remplissent une fonction de politique juridique. Elles constituent ainsi une « arme stratégique » visant à faire connaître une appréciation sur le processus normatif en cours, à faire pression sur d'autres États pour les rallier à la même cause et, *in fine*, à bloquer éventuellement la cristallisation d'une coutume¹⁵⁷³. En définitive, que la qualité d'objecteur persistant soit ou non explicitement reconnue dans la pratique internationale ou qu'elle ne constitue qu'une qualification purement doctrinale, les protestations dont il s'agit ont toujours pour cause la préservation d'un droit contre une modification prétendue.

Au-delà de cet aspect conservatoire des protestations dans l'ordre international, les auteurs de tels actes poursuivent également l'objectif de pousser les auteurs de prétentions normatives unilatérales à modifier leur position.

¹⁵⁷⁰ I. C. MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *BYIL*, vol. 30, 1953, p. 319. V. aussi la position de l'International Law Association, Conférence de Londres (2000), « Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law », pp. 27-28.

¹⁵⁷¹ CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., p. 131. V. aussi CIJ, *Affaire du droit d'asile (Colombie/Pérou)*, préc., pp. 277-278.

¹⁵⁷² J. Combacau, « L'objection à la formation et à l'opposabilité des règles internationales. Le volontarisme a-t-il encore un intérêt ? », *op. cit.*, p. 116 : « [e]ncore faut-il noter que, si les États eux-mêmes renoncent dans de tels cas à argumenter sur ce terrain, c'est habituellement de guerre lasse, d'une façon qui exprime moins leur ralliement à une doctrine juridique que l'impossibilité où ils se trouvent de lutter contre une tendance dominante sans risquer d'y perdre leur crédit ».

¹⁵⁷³ V. not., P. Dumberry, « Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited », *op. cit.*, p. 801.

2. La modification de la position de l'auteur de la prétention

364. Le retrait de la prétention – Les actes de protestation juridiquement motivés ont très souvent pour objectif de pousser l'auteur d'une prétention à la retirer. Les protestataires visent ainsi un retour à la situation *ex ante* qui satisfaisait leurs intérêts. De leur point de vue, dans la mesure où ils sont fondés à s'estimer potentiellement lésés dans leurs droits subjectifs, les auteurs de protestations cherchent à obtenir la cessation d'un fait prétendument illicite¹⁵⁷⁴. Ainsi, selon I. C MacGibbon, « *[t]he immediate purpose for which a protest is usually made is to procure a cessation of the conduct against which a protest is directed and, in case the protesting State has suffered loss as a result of that conduct, to obtain appropriate compensation* »¹⁵⁷⁵. C'est là l'objectif poursuivi par une protestation sans en être toutefois l'effet juridique. L'idée fut déjà exprimée par E. Suy, selon qui « [l]e but du protestataire [est] également, mais de manière tout-à-fait subsidiaire, d'amener l'auteur de la violation commise ou envisagée, à réparer ses actes illicites ou à réviser son attitude »¹⁵⁷⁶. Le retrait d'une prétention normative (ou la cessation d'un fait illicite prétendu du point de vue de ceux qui en contestent le bien-fondé) ne peut être qu'une conséquence factuelle de la protestation, sans pour autant que celle-ci n'atteigne son but en toute hypothèse. Comme certains l'ont souligné, considérer qu'il s'agirait de son « objet », c'est-à-dire qu'une protestation ne serait efficace qu'en faisant plier l'auteur d'une prétention, reviendrait à se focaliser sur la place tenue par les États puissants capables d'imposer aux autres leurs vues¹⁵⁷⁷.

En pratique, le retrait d'une prétention peut être un objectif clairement affiché par les sujets protestataires. Dans ce cas, ces derniers assument pleinement d'engager un rapport de force avec son auteur. L'hypothèse la plus évidente concerne les cas où un État proteste en menaçant de saisir un organe de règlement des différends et finit par le faire effectivement. Ce fut le cas dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* (1974). Le Royaume-Uni protesta vigoureusement contre le règlement adopté par l'Islande le 14 juillet 1972 visant à étendre sa zone de pêche exclusive à 50 milles marins de ses lignes de base. L'échec des négociations le poussa alors à saisir la CIJ, qui déclara le règlement contraire au droit international et, dès lors, inopposable au Royaume-Uni¹⁵⁷⁸. De même, lorsque les États-Unis d'Amérique adoptèrent les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, respectivement les

¹⁵⁷⁴ Sur l'identification du cercle des États sommés de réagir, v. *supra*, §§ 347 et s.

¹⁵⁷⁵ I. C. MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *op. cit.*, p. 299.

¹⁵⁷⁶ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁷⁷ En ce sens, *ibid.*, p. 78 ; M. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, *op. cit.*, p. 314 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 559.

¹⁵⁷⁸ CIJ, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *fond*, préc., §§ 29-31 sur l'adoption du règlement et les contestations britanniques et § 67 sur l'inopposabilité.

12 mars et 5 août 1996, tout fut mis en œuvre par la Communauté européenne et ses membres en vue de parvenir à leur retrait ou, à défaut, au blocage de leurs effets. Ainsi, les représentants de la CE réagirent rapidement en condamnant la portée extraterritoriale de ces lois. Une demande de consultation dans le cadre de l'OMC fut déposée dès le 30 avril 1996. De son côté, le Président états-unien B. Clinton décida de suspendre l'application d'une partie de la loi Helms-Burton pour 6 mois à compter du moins de juillet (période renouvelée en janvier 1997). La CE accentua la pression en demandant la constitution d'un panel dans le cadre de l'Organe de règlement des différends de l'OMC le 1^{er} octobre 1996, puis adopta son règlement de blocage des effets des deux lois le 22 novembre. Le rapport de force ainsi instauré déboucha sur l'adoption d'un compromis, le 11 avril 1997, aux termes duquel le gouvernement états-unien accepta de suspendre l'application de la loi d'Amato-Kennedy et le Titre III de la loi Helms-Burton pour les européens, en échange de quoi la CE gela sa plainte dans le cadre de l'OMC¹⁵⁷⁹. Plus récemment, l'UE se trouva à son tour en position défensive. Les multiples protestations à l'encontre de l'inclusion de l'aviation civile dans le système européen d'échange de quotas d'émission poussèrent le Parlement et le Conseil à adopter la décision déjà évoquée du 24 avril 2013 limitant le champ d'application de sa législation aux seuls vols intra-européens. Cette limitation fut reconduite à plusieurs reprises (jusqu'en janvier 2017 d'abord et 2023 ensuite). Cependant, la pression normative exercée par l'UE incita les tiers concernés à négocier un régime global dans le cadre de l'OACI ; une résolution fut adoptée à cette fin en octobre 2016¹⁵⁸⁰. Ainsi, le jeu des rapports de force politique *via* l'adoption d'actes unilatéraux inamicaux incita les acteurs intéressés à agir en faveur d'un développement du droit international.

365. *L'infléchissement de la position de l'auteur de la prétention* – Au-delà de la recherche du retrait de la prétention d'un tiers, il est intéressant de voir que les actes de protestation peuvent aussi viser à en atténuer simplement la portée sans pour autant remettre en cause son principe. L'hypothèse fut rapidement envisagée par I. MacGibbon qui évoqua les protestations contre l'adoption, avérée ou à venir, de certains traités :

« [t]he reason for lodging protests in these situations is the practical one that the effect of so doing may be to induce the State concerned to withdraw, renounce, or amend the objectionable provisions before or

¹⁵⁷⁹ Pour la chronologie des réactions, v. not. M. Cosnard, « Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays », *op. cit.*, spéc. pp. 45-49. Sur le compromis, v. not. S. Smis, K. Van der Borgh, « The EU-U.S. Compromise on the Helms-Burton and d'Amato Acts », *AJIL*, vol. 93, 1999, n° 1, pp. 227-236.

¹⁵⁸⁰ Tous les documents pertinents émanant de l'UE comme de l'OACI sont disponibles sur la page de la Commission européenne consacrée à la réduction des gaz à effet de serre dans le domaine de l'aviation : https://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation_en#tab-0-1

after the conclusion of the treaty, to withhold ratification, or to refrain from giving practical effect to such provisions »¹⁵⁸¹.

Le raisonnement vaut néanmoins pour tout type d'actes étatiques. En la matière, il est utile de se pencher sur l'évolution depuis 1996 de la position des autorités européennes à l'égard des sanctions revêtant une portée extraterritoriale adoptées par les États-Unis d'Amérique. Comme certains l'ont noté, il est en effet permis de s'interroger sur le sens de la passivité des représentants de l'Union européenne face aux lourdes sanctions financières adoptées contre des banques européennes, comme dans le cas de BNP Paribas en 2014. Selon R. Bismuth :

« [L]es autorités européennes (...) n'ont pas cherché à contester la dimension extraterritoriale des plus récentes sanctions américaines, et ce, alors qu'elles s'étaient montrées bien plus offensives au moment des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy. (...) D'ailleurs, alors qu'elle était interpellée par des députés européens sur la dimension extraterritoriale des sanctions frappant des institutions financières européennes, la Commission s'est limitée à indiquer que « [L]es sanctions sont un instrument de politique étrangère utilisé non seulement par les États-Unis, mais aussi par l'Union européenne » (...). L'UE ne semble donc pas décidée à exiger de ses partenaires l'observance des principes qu'elle s'emploie pourtant à respecter »¹⁵⁸².

Ainsi, l'absence de dénonciation franche de l'illicéité de la législation états-unienne paraît en partie motivée par le fait que les autorités de l'Union savent qu'elles ont déjà ou pourraient à l'avenir soutenir des prétentions de portée tout aussi extraterritoriale en vue d'exporter les normes et valeurs européennes vers des opérateurs économiques étrangers¹⁵⁸³. Cela dit, le durcissement et la systématisation de la politique états-unienne en 2018 à l'égard de l'Iran ont entraîné un certain retour à la logique de confrontation connue en 1996-1997. Depuis le 6 août 2018, les États-Unis d'Amérique ont instauré de nouvelles sanctions visant certains investissements en Iran, avec pour conséquences le départ d'entreprises étrangères comme Siemens, PSA, Total ou Airbus. Dans un premier temps, certains États européens tentèrent d'infléchir la position états-unienne. Ainsi, dans une lettre du 4 juin 2018, l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni demandèrent des exemptions pour toutes les entreprises de ces pays déjà présentes en Iran. Le refus du Président D. Trump fut parfaitement explicite¹⁵⁸⁴. En

¹⁵⁸¹ I. C. MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *op. cit.*, p. 300.

¹⁵⁸² R. Bismuth, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *op. cit.*, p. 807, citant la réponse commune donnée par M. Barnier au nom de la Commission, Questions écrites E-005757/14 et E-005632/14 du 10 septembre 2014.

¹⁵⁸³ Au-delà de l'exemple évoqué à propos de la taxation des compagnies aériennes étrangères pour des portions de vols effectuées en dehors de l'Union européenne, on peut par ex. rappeler la portée de la législation relative à la protection des données personnelles, v. *supra*, § 84.

¹⁵⁸⁴ « Sanctions contre l'Iran : les États-Unis refusent les demandes d'exemption de la France », *lejdd.fr*, 17 juillet 2018.

conséquence, dans un second temps, l'UE réactiva le 7 août son règlement de blocage datant du 22 novembre 1996¹⁵⁸⁵. Il reste néanmoins à savoir s'il fera enfin l'objet d'une application effective. Certains en doutent dans la mesure où cela impliquerait pour l'Union et ses membres d'instaurer un rapport de force harassant et couteux¹⁵⁸⁶.

L'ensemble des objectifs évoqués constituent ainsi différentes causes politico-normatives poursuivies par les actes de protestation. Ces causes subjectives diffèrent cependant de leurs causes objectives, c'est-à-dire de leurs effets juridiques proprement dits.

B. Les causes objectives des actes de protestation

366. L'identification des causes objectives des actes de protestation (*i.e.* de l'effet juridique invariable recherché par leurs auteurs) apparaît logiquement dépendante de la valeur reconnue aux prétentions auxquelles elles s'opposent. Pour ceux qui considèrent, comme A. Marie, que toute prétention unilatérale non manifestement (ir)régulière s'avère automatiquement inopposable (tout en parvenant à générer une « charge de réagir »), les actes de protestation maintiennent ou constatent simplement l'inopposabilité desdites prétentions¹⁵⁸⁷. Selon la représentation proposée dans cette étude, qui vise à isoler les prétentions normatives *stricto sensu* présumées opposables et déployant, à ce titre, un effet de sommation, la conséquence logique sur la cause des protestations est toute différente. En l'absence de règle spéciale, la protestation d'un État sommé de réagir ne peut avoir pour effet, à elle seule, d'empêcher l'opposabilité présumée de la prétention dont elle conteste le bien-fondé. Elle constitue simplement une « contre-prétention » dont l'objet est de porter un jugement relatif d'irrégularité à la connaissance de l'auteur de la prétention initiale. Comme cela a été expliqué, une prétention normative *stricto sensu* se voit reconnaître objectivement la valeur d'un acte présumé opposable. Cela n'implique pas, cependant, qu'elle ne soit pas incontestable durant un certain laps de temps¹⁵⁸⁸. C'est à cet égard seulement que se manifeste le caractère relativiste du droit international, deux prétentions d'égale valeur se faisant face, d'un côté celle de l'auteur de la prétention, qui estime son acte fondé sur une habilitation et dès lors incontestable, et, de

¹⁵⁸⁵ V. la version consolidée en date du 7 août 2018 du Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant.

¹⁵⁸⁶ G. Affaki, R. Bismuth, « Sanctions américaines contre l'Iran : les limites de la réponse européenne », *LesEchos.fr*, 17 août 2018 ; J. Quatremer, « Iran : l'UE a les mains liées face aux sanctions économiques américaines », *Liberation.fr*, 8 août 2018.

¹⁵⁸⁷ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 564.

¹⁵⁸⁸ V. *supra*, §§ 281 et s.

l'autre, celle du protestataire qui manifeste son appréciation de l'irrégularité de la prétention et en revendique l'inopposabilité (1). En revanche, lorsqu'une règle spéciale existe, l'État protestataire peut être habilité à *constituer* l'inopposabilité à son égard d'un acte donné. C'est le cas dans le cadre du régime des objections aux réserves aux traités (2).

1. En l'absence de règle spéciale : manifestation d'une contre-prétention portant un jugement relatif d'irrégularité

367. Constat d'irrégularité et refus d'acquiescer à une prétention stricto sensu – Il est souvent considéré que la protestation apparaît comme le « pendant négatif de la reconnaissance »¹⁵⁸⁹. Une telle affirmation demande cependant à être éclaircie. Elle soulève en effet un débat relatif à l'effet juridique des protestations dont les termes ne sont pas toujours clairement posés. Pour certains auteurs, la protestation a *pour effet* de rendre inopposable à l'État qui l'émet un acte ou une situation à laquelle il s'oppose. Selon C. Rousseau, par exemple, « [l']effet essentiel de la protestation est de rendre inopposable à l'État protestataire l'état de choses contesté »¹⁵⁹⁰. C. Eick explique quant à lui que « *[a] protest thus has the opposite effect to that of recognition. Its purpose is to prevent a situation from becoming opposable to a subject of international law which protests against it, and may thus deprive it of any legal effect* »¹⁵⁹¹. Pour d'autres auteurs, toutefois, la protestation vise uniquement à « ne pas acquiescer » ou à « ne pas reconnaître » comme valable un acte ou une situation. La distinction est subtile mais déterminante. Selon C. De Visscher, notamment :

« [o]n a dit avec raison que la protestation est le contraire de la reconnaissance. Ceci doit s'entendre en ce sens que la protestation vise essentiellement à faire échec à la présomption qui du silence conduit à conclure à l'acquiescement. L'interprétation de la protestation est donc intimement liée aux conséquences juridiques de l'inaction et aux conditions de la consolidation d'un titre adverse par l'écoulement du temps. Pour atteindre son effet, elle doit, compte tenu des circonstances, pouvoir s'interpréter comme opposant adéquatement une position juridique à la prétention qu'elle vise à redresser »¹⁵⁹².

De même, selon L. Oppenheim :

¹⁵⁸⁹ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, p. 397.

¹⁵⁹⁰ C. Rousseau, *Droit international public, op. cit.*, p. 427.

¹⁵⁹¹ C. Eick, « Protest », *op. cit.*, § 1. V. aussi, V. D. Degan, *Sources of International Law, op. cit.*, p. 348 ; E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public, op. cit.*, p. 80, selon qui la protestation a pour effet juridique « que l'état de choses contesté n'est plus opposable à l'État qui proteste, lequel peut alors faire valoir ses propres droits ».

¹⁵⁹² C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public, op. cit.*, p. 188.

« la protestation est la communication formelle par un État à un autre État qu'il est opposé à un acte accompli ou envisagé par ce dernier. Un État peut protester contre des actes qui lui ont été notifiés ou dont il a autrement eu connaissance et faire savoir qu'il n'y consent pas ou ne les reconnaît pas, mais sa protestation n'annule pas l'acte contre lequel elle est dirigée »¹⁵⁹³.

En réalité, les termes du débat doivent être précisés en ce sens que l'effet prêté aux protestations est difficilement systématisable sans avoir préalablement identifié la nature et les effets des actes et comportements auxquels elles visent à s'opposer. De façon générale, si la reconnaissance est la condition de l'opposabilité de toute prétention *largo sensu*, emportant par là un jugement relatif de leur validité, la protestation, quant à elle, n'est pas la condition immédiate de leur inopposabilité. Par un tel acte, il ne s'agit pas de « se rendre inopposable » un acte ou une situation car cela n'est pas dans le pouvoir des États protestataires. L'(in)opposabilité est une qualité qui dépend du statut objectif de la prétention initiale. Pour comprendre le mécanisme à l'œuvre, il convient d'opérer une double distinction : d'une part entre les différents types de prétentions normatives (*largo sensu* ou *stricto sensu*) et, d'autre part, entre l'effet juridique proprement dit des protestations (la manifestation d'un constat d'irrégularité) et leur portée pratique (la préservation d'un droit par la manifestation d'un refus d'acquiescer à la prétention ou la modification de la position de son auteur). Ainsi, en tenant compte de ces éléments, soit la protestation fait face à une prétention *largo sensu* (une offre ou un comportement isolé manifestement illicite). Dans une telle hypothèse, la prétention étant présumée inopposable, elle ne peut faire l'objet que d'une acceptation expresse. Dès lors, la protestation ne fait que confirmer ou constater l'inopposabilité du comportement en cause. Soit, au contraire, la protestation fait face à une prétention normative *stricto sensu*. Or, dans la mesure où celle-ci est fondée sur une règle d'habilitation et apparaît non manifestement (ir)régulière, elle peut être présumée opposable. Cependant, on l'a dit, elle n'est pas pour autant définitivement incontestable. Les tiers intéressés, sommés de réagir, sont fondés à soulever à son égard d'éventuels motifs d'irrégularité. L'acte de protestation vient alors se loger dans cet interstice, non pas pour renverser, de façon autoritaire, l'opposabilité présumée de la prétention (qui constitue une qualité objective) mais pour empêcher qu'elle ne devienne

¹⁵⁹³ R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim's International Law*, Londres, Longman, 1992, 9^{ème} éd., p. 1194, cité en français par CDI, « Quatrième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 23, § 95. Dans le même sens, v. aussi I. C. MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *op. cit.*, p. 298 : « [a] protest constitutes a formal objection by which the protesting State makes it known that it does not recognize the legality of the acts against which the protest is directed, that it does not acquiesce in the situation which such acts have created or which they threaten to create, and that it has no intention of abandoning its own rights in the premises » ; F. Poirat, « Les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 316 : la protestation est « l'acte par lequel un État fait connaître sa désapprobation, et refuse qu'on lui oppose des effets juridiques qui résulteraient de ce à quoi il s'oppose ».

définitivement incontestable ; autrement dit, pour éviter la formation d'un acquiescement à son contenu.

368. *La protestation n'a que l'effet d'une contre-prétention d'égale valeur* – Compte tenu des considérations qui précèdent, il est permis d'affirmer, avec J. Charpentier, que « la protestation (...) n'est pas (...) l'inverse de la reconnaissance, mais plutôt l'inverse de la notification ; en effet, la protestation ne produit pas d'effet par elle-même, si ce n'est de faire connaître officiellement son refus d'admettre une prétention donnée »¹⁵⁹⁴. Par sa protestation, un État fait ainsi savoir qu'il a pris soin d'apprécier la valeur normative d'une prétention au regard du droit en vigueur et qu'il en conteste le bien-fondé. Toutefois, l'inopposabilité de cette dernière n'est jamais son effet juridique proprement dit. Selon A. Marie, cela s'explique par le fait qu'une prétention unilatérale apparaît par nature inopposable : « [L]orsque le silence est pertinent (*i.e.* en cas d'(il)légalité non-manifeste), la protestation *prévient* simplement l'opposabilité qui sera conditionnée par l'acquiescement silencieux en empêchant le comportement sur lequel ce dernier est fondé de se matérialiser »¹⁵⁹⁵. On ne peut cependant se ranger derrière ce constat dans la mesure où cette étude défend le caractère objectif de l'opposabilité des prétentions étatiques non manifestement (ir)régulières. Selon la représentation proposée, l'inopposabilité n'est pas l'effet d'une protestation dans la mesure où l'État protestataire n'a pas le pouvoir de renverser à lui seule la présomption d'opposabilité d'un acte en apparence valablement formé. En réalité, dans une telle hypothèse, ce sont deux prétentions d'égale valeur qui s'opposent. Pour l'auteur du comportement initial, il s'agit d'une prétention *stricto sensu*, fondée sur une habilitation et, à ce titre, directement opposable. Pour l'État protestataire, il s'agit d'un acte irrégulier et, dès lors, inopposable. La protestation se limite alors à constater et faire connaître une différence d'appréciation de la légalité d'un acte non manifestement (ir)régulier. Or, aucun des États concernés n'ayant le pouvoir d'imposer à l'autre son appréciation, il n'existe que deux manières de sortir d'une telle confrontation : une interaction nouvelle entre les acteurs concernés (un rapport de force faisant céder l'un d'eux, le maintien de la prétention et l'abandon de la protestation ou encore des échanges diplomatiques aboutissant à l'évolution de leurs positions) ou le recours à un tiers impartial qui, à défaut d'un accord entre ces derniers (dans la mesure où la protestation est parvenue à empêcher tout acquiescement), procèdera à une analyse de la validité de l'acte au regard du droit en vigueur.

¹⁵⁹⁴ J. Charpentier, « Engagements unilatéraux et engagements conventionnels : différences et convergences », *op. cit.*, p. 368.

¹⁵⁹⁵ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 564, italique de l'auteur.

Ainsi, la protestation ne peut empêcher une prétention unilatérale *stricto sensu* d'être présumée opposable et de réaliser les effets dictés par une habilitation préexistante. En revanche, elle permet de prévenir la formation d'un acquiescement à la valeur normative de la prétention, c'est-à-dire à son contenu interprétatif ou, en cas de pratique continue, modificatif. La cause objective de la protestation est d'en bloquer la consécration définitive sur un plan strictement normatif en lui opposant une contre-prétention de même valeur¹⁵⁹⁶. C'est aussi la raison pour laquelle il est régulièrement affirmé que face à un comportement continu, une protestation doit être répétée¹⁵⁹⁷.

369. Renvoi de la sommation de réagir – Si la protestation se limite à constater et faire connaître un jugement d'irrégularité et constitue, à ce titre, une contre-prétention, son effet consiste en toute logique à renvoyer la sommation de réagir vers l'auteur de la prétention initiale. Dans les faits, la protestation appelle ainsi une interaction nouvelle. L'auteur de la prétention contestée peut soit la maintenir et apporter de nouvelles justifications en vue d'emporter la conviction du protestataire, soit la retirer ou revoir son contenu. Sur le plan normatif, la protestation peut ainsi être assimilée à une demande, juridiquement motivée, de retrait ou de révision de la prétention qu'elle vise. Or, en tant qu'elle est assimilable à une demande, le silence de son destinataire (l'auteur de la première prétention) se voit attribuer la valeur d'un rejet¹⁵⁹⁸. L'issue d'une telle interaction débouche alors sur la naissance d'un différend juridique¹⁵⁹⁹.

La cause objective d'un rejet diffère cependant dans le cadre d'un régime spécifique habilitant un État à constituer l'inopposabilité pour lui-même de l'acte d'un pair.

¹⁵⁹⁶ Sur le fait que la protestation ne peut de toute façon empêcher la réalisation concrète d'une situation, l'État protestataire n'en ayant pas nécessairement les moyens, v. *ibid.*, p. 560, l'auteur citant la définition donnée par le *Dictionnaire de droit international public et privé* de C. Calvo, Berlin-Paris, Puttkammer & Mühlbrecht, Pedone-Rousseau, 1885, p. 132 : la protestation est « l'acte par lequel on proteste contre quelque chose, c'est-à-dire qu'on déclare qu'on ne laisse faire une chose que parce qu'on ne peut pas l'empêcher, qu'on tient une chose pour illégale et nulle, qu'on ne l'accepte pas et qu'on a l'intention de se pourvoir contre ».

¹⁵⁹⁷ Sur ce point, v. *infra*, § 379.

¹⁵⁹⁸ Dans le même sens, sur l'assimilation de la protestation à une réclamation, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 566. Au soutien de cette idée, l'auteur cite l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne/Royaume-Uni)*, SA du 29 décembre 1924, *RSJ*, vol. II, p. 653 : « le Rapporteur ne saurait non plus interpréter ou traiter le silence des autorités du Protectorat et de la Commission de 1917 comme une reconnaissance des faits allégués dans les réclamations formulées par Rzini ou par le vice-consul britannique ». Par ailleurs, on reviendra sur le cas spécifique du rejet silencieux des demandes, v. *infra*, §§ 372 et s.

¹⁵⁹⁹ C'est là une conséquence factuelle de la protestation que l'on traite au titre de sa portée, v. *infra*, § 381.

2. En présence d'une règle spéciale : cas de l'habilitation à établir l'inopposabilité des réserves non expressément autorisées

370. Les objections aux réserves comme décisions discrétionnaires d'inopposabilité – L'objection est définie par la directive 2.6.1 du Guide de la pratique de la CDI sur les réserves aux traités comme :

« une déclaration unilatérale , quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, en réaction à une réserve à un traité formulée par un autre État ou une autre organisation internationale, par laquelle l'État ou l'organisation vise à empêcher la réserve de produire les effets voulus ou s'oppose autrement à la réserve »¹⁶⁰⁰.

En droit conventionnel, toute partie à un traité est habilitée à s'opposer aux réserves non expressément autorisées émises par d'autres parties. La particularité des objections aux réserves est qu'elles constituent des décisions discrétionnaires n'ayant pas à être juridiquement motivées. À l'inverse de la position adoptée par la CIJ dans son avis de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, la conférence de Vienne opta pour une véritable déconnexion entre l'objection et les critères de validité d'une réserve, c'est-à-dire le respect de l'objet et du but du traité¹⁶⁰¹. De la même façon, la directive 2.6.2 indique qu'« [u]n État ou une organisation internationale peut formuler une objection à une réserve indépendamment de la validité de celle-ci »¹⁶⁰². Les parties à un traité sont ainsi totalement libres d'accepter ou non une réserve. Selon le commentaire de la CDI, leur objection « peut tenir à la non-validité de la réserve mais aussi à n'importe quel autre motif », y compris purement politique¹⁶⁰³. Cela s'explique par le fait que les parties à un traité ne sont en rien tenues d'accepter la modification des relations conventionnelles proposée par l'État réservataire ; l'inverse reviendrait en effet à attribuer à ce dernier le pouvoir d'imposer unilatéralement sa volonté aux autres parties. Cela dit, malgré la confirmation de cette liberté dans le choix de motiver juridiquement ou non une objection et dans la mesure où les objections motivées apportent des éléments d'appréciation des réserves litigieuses (à toutes les parties comme aux organes de contrôle s'il en est), la CDI adopta une directive 2.6.9 dont la portée est incitative. Celle-ci prévoit en ce sens qu'« [u]ne objection devrait, autant que possible, indiquer les motifs pour lesquels elle est formulée »¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰⁰ CDI, « Guide de la pratique sur les réserves aux traités », *op. cit.*, p. 253.

¹⁶⁰¹ Sur le rappel de la position de la Cour et les discussions ayant mené à s'en écarter, v. *ibid.*, pp. 265-267, §§ 1-7.

¹⁶⁰² *Ibid.*, p. 265.

¹⁶⁰³ *Ibid.*, p. 267, § 7.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 281.

Ainsi, la cause de l'objection aux réserves non expressément autorisées consiste non seulement à éviter la formation d'une acceptation tacite à l'issue du délai de 12 mois prévu par l'article 20, § 5 de la Convention de Vienne, mais plus généralement, pour son auteur, à se rendre directement inopposable la réserve visée¹⁶⁰⁵. Contrairement aux actes de protestation du droit international général, l'objection aux réserves n'a rien d'une simple contre-prétention. Elle constitue une décision purement discrétionnaire et, surtout, exécutoire dont l'effet est de *constituer* l'inopposabilité de la réserve qu'elle prend pour objet. À cela s'ajoute le fait que l'État objectant est habilité à moduler les effets de son acte. En principe, l'objection n'empêche pas l'entrée en vigueur du traité entre son auteur et l'État réservataire ; seule la disposition visée par la réserve contestée est écartée (article 20, § 3 et directive 4.3). Cependant, s'il manifeste clairement la volonté contraire, l'État objectant peut faire obstacle à l'entrée en vigueur du traité dans ses rapports avec le réservataire (hypothèse de l'objection à effet maximum prévue à l'article 20, § 4, b) et aux directives 2.6.6 et 4.3.5). Le régime spécial des réserves et objections apparaît ainsi comme une expression de la stricte égalité des parties à un traité. Si chacune est habilitée à formuler une réserve (en dehors des cas de réserves expressément interdites ou autorisées), chacune est également fondée à se la rendre inopposable. Pareille logique se justifie dans la mesure où les sujets concernés participent à un processus de définition d'un rapport de droit conventionnel nouveau. Dans ce contexte, il serait en effet contre-productif, après la négociation du texte d'un traité, de leur reconnaître le pouvoir d'en remettre en cause certaines dispositions de manière purement unilatérale, sans faculté de contestation reconnue aux autres parties. Il en va tout autrement lorsqu'un État adopte un acte unilatéral sur la base d'une règle d'habilitation préétablie, qu'elle soit conventionnelle ou coutumière. Dans cette hypothèse, l'État agit dans le cadre des marges d'appréciation et contraintes que la règle détermine en amont. En conséquence, si l'acte pris sur ce fondement véhicule une prétention *stricto sensu* ayant l'apparence d'un acte juridique valide, non manifestement (ir)régulier, reconnaître aux tiers intéressés le pouvoir, par leur protestation éventuelle, d'en remettre en cause l'opposabilité présumée de manière autoritaire reviendrait à leur concéder, par la même occasion, le pouvoir de contester l'habilitation préétablie par laquelle ils sont liés et sur laquelle la prétention entend se fonder. C'est la raison pour laquelle, à l'inverse de l'objection aux

¹⁶⁰⁵ La même remarque vaut, *mutatis mutandis*, lorsqu'un État fait usage d'une procédure de type « *opting-out* ». Ce type de mécanisme existe dans le droit de certaines organisations internationales comme l'OACI, à ceci près que l'État refusant de se voir soumis à l'un des règlements, normes ou procédures adoptés doit présenter les motifs de son objection (article 38 de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944). V. également M. Poulain, « Annexe IX – Le règlement sanitaire international de l'OMS », in E. Lagrange, J.-M. Sorel (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, *op. cit.*, spéc. pp. 761-762.

réserve qui en constitue par elle-même l'inopposabilité, on dit que la cause de la protestation relevant du droit international général se limite à opposer à une prétention *stricto sensu* une contre-prétention d'égale valeur en vue d'empêcher simplement la formation d'un acquiescement à sa valeur normative. C'est là son seul effet juridique proprement dit. Toute autre conséquence relève de sa portée factuelle.

§2. Les conditions de formation des actes de protestation

371. S'agissant de la formation des actes unilatéraux de réaction en général, le schéma théorique systématisé en première partie, consistant à distinguer les conditions relatives à l'acteur et à l'action, est applicable. La détermination de l'acteur sommé de réagir repose sur des éléments déjà évoqués quant à la qualité de sujet ayant connaissance d'une prétention normative et susceptible de s'estimer potentiellement lésé par son contenu¹⁶⁰⁶. Concernant la condition d'imputabilité, il est permis de renvoyer au régime général déjà présenté : est imputable à l'État l'acte de tout organe ou agent habilité par le droit interne de cet État à parler en son nom¹⁶⁰⁷. Pour ce qui concerne plus particulièrement les actes de protestation, ce sont les conditions relatives à l'action qui diffèrent selon le type de prétention à laquelle il s'agit de s'opposer. Parmi la catégorie générale des prétentions normatives *stricto sensu*, il convient de traiter à part les « demandes ». En effet, dans la mesure où leur satisfaction dépend de l'acceptation et de la mise en œuvre opérée par leur destinataire, le silence de ces derniers équivaut à un rejet (A). Pour toute autre prétention, leur réalisation concrète découle de l'action de leurs auteurs, si bien que les tiers intéressés en subissent les effets qu'ils soient ou non admis comme valablement fondés. Dès lors, les tiers désireux de contester la régularité de ces prétentions sont tenus de protester de manière explicite et, si besoin, répétée, afin que leur inaction ne se voie pas attribuer la valeur d'un acquiescement (B).

A. Le rejet implicite des demandes

372. La thématique du rejet silencieux des demandes a déjà été amplement discutée par certains, en particulier A. Marie. Toutefois, l'intérêt n'est pas ici de reprendre l'ensemble des considérations menant à constater que le silence des États face à une demande apparaît

¹⁶⁰⁶ Sur la condition de connaissance, v. *supra*, §§ 302 et s. Sur le cercle des États sommés de réagir, v. *supra*, §§ 347 et s.

¹⁶⁰⁷ V. *supra*, §§ 143 et s.

juridiquement pertinent. C'est parce que l'absence de réaction du destinataire génère de l'insécurité juridique que le silence est interprété comme un rejet¹⁶⁰⁸. L'intérêt de traiter succinctement la question du silence comme refus d'une demande est de voir qu'elle s'intègre parfaitement à une systématisation du fonctionnement des actes unilatéraux de protestation face aux prétentions unilatérales *stricto sensu* telles que définies dans cette étude. Ce sont en effet les caractéristiques de la demande fondée en droit, en tant qu'elle peut être qualifiée de prétention unilatérale *stricto sensu* sommant ses destinataires de réagir (1), qui impliquent l'attribution au silence de la valeur d'un rejet pouvant lui-même être analysé comme une contre-prétention (2).

1. Les caractéristiques d'une demande conditionnant un refus silencieux

373. La demande comme prétention normative stricto sensu – On a déjà vu que la notion de « demande » *lato sensu* peut être envisagée comme synonyme de « sollicitation ». Elle constitue un instrument essentiel de la diplomatie interétatique ; elle peut porter sur tout objet et, en toute hypothèse, l'obtention du résultat recherché dépend de l'acceptation de son destinataire. Il est cependant nécessaire, comme on l'a expliqué, de distinguer nettement entre ce qu'on a choisi d'appeler des « sollicitations simples », qui relèvent uniquement des rapports politiques, et les « demandes » *stricto sensu* fondées sur une règle juridique¹⁶⁰⁹. Dans le premier cas, l'État sollicité dispose d'une complète liberté d'en accepter ou d'en refuser les termes selon ses intérêts. Dans le second cas, la demande fondée sur une habilitation peut être assimilée à une « réclamation », au sens où son auteur fait valoir un droit à ce que son destinataire lui réponde favorablement¹⁶¹⁰. Ainsi, qu'il s'agisse de demander la réalisation concrète d'une action sur la base d'un traité préétabli (par exemple, par une demande d'entraide judiciaire ou d'extradition) ou de l'exercice d'un droit à réparation découlant de la

¹⁶⁰⁸ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 37 : « [s]i le silence de l'État requis est légalement pertinent, c'est afin d'éviter la prolongation d'une situation « grise » où ce dernier serait en mesure de ne pas accepter tout en ne refusant pas la demande d'un pair, c'est-à-dire de ne pas se prononcer quant au bien-fondé de l'acte qui sollicite sa réponse. L'intérêt de retenir la pertinence du silence dans un tel contexte est d'éviter l'indétermination continue que créerait l'attitude « dilatoire » d'un État ».

¹⁶⁰⁹ V. *supra*, §§ 121-122.

¹⁶¹⁰ Sur l'assimilation des « demandes » à des « réclamations », v. not. C. Santulli, « Travaux de la Commission du droit international (2000) », *op. cit.*, pp. 419-420 et A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 38-39. Cependant, les deux auteurs ne distinguent pas les demandes purement politiques (comme les demandes de renseignements ou d'extradition non fondées sur un traité) des demandes fondées en droit. L'assimilation des demandes à des réclamations ne peut pourtant que concerner la seconde hypothèse. À noter qu'on en trouve une illustration à l'article 43, § 1 des articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États qui évoque la notification par l'État lésé de « sa demande » à l'État prétendument responsable.

survenance d'un fait prétendument illicite, l'objet de la demande fondée en droit est d'exiger de son destinataire qu'il en accepte les termes. La demande apparaît ainsi comme une prétention unilatérale à la satisfaction des conditions posées par l'habilitation qui en permet l'adoption ; et son effet est de sommer le ou les sujets qu'elle vise à réagir. En conséquence, dans pareille situation, dans la mesure où l'auteur d'une demande est dépendant de la réponse de son destinataire, le silence de ce dernier, comme l'a démontré A. Marie, se voit attribuer la valeur d'un rejet (à l'exception de quelques rares cas où une règle conventionnelle lui octroie celle d'une acceptation). Il s'agit en effet de ne pas laisser l'État demandeur dans une situation de perpétuelle insécurité juridique qui découlerait de l'absence de réaction de l'État requis¹⁶¹¹.

374. *Le contenu de la demande sommant de réagir* – La valeur attribuée au silence du destinataire est déterminée par la qualité de la prétention susceptible de l'interroger, autrement dit par le contenu de la demande. On peut ainsi rappeler qu'une demande d'extradition, afin de déployer son effet, doit respecter les conditions de forme et de fond déterminées par le traité sur lequel elle se fonde (transmission d'une demande écrite à une autorité étatique donnée, ajout de divers renseignements comme un exposé des faits, une copie de la décision de condamnation exécutoire ou une copie de la législation applicable, *etc.*)¹⁶¹². Une demande ne respectant pas les conditions prévues, en tant qu'elle constituerait un « acte inexistant », n'appelle aucune réaction. La question des caractéristiques de la demande susceptible de sommer ses destinataires de réagir se pose également lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence entre les acteurs concernés d'un différend justiciable. En principe, dans la mesure où il est interprété comme un rejet, le silence faisant face à une réclamation suffit à faire surgir un tel différend¹⁶¹³. Cependant, les conditions pour qu'une telle demande soit apte à interroger le silence des tiers ne sont pas clairement déterminées¹⁶¹⁴. Quel degré de précision doit-elle atteindre quant à ses fondements juridiques ? Doit-elle être communiquée sous une forme particulière ? À cet égard, on retrouve la problématique déjà évoquée de la connaissance d'une prétention normative, dont l'enjeu sous-jacent est de savoir si le juge l'envisage comme une condition objective ou subjective¹⁶¹⁵.

¹⁶¹¹ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶¹² V. *supra*, § 157.

¹⁶¹³ V. C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 226 ; A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 46. Plus généralement, sur la notion de différend et sur la question de son existence, v. R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, pp. 321-340.

¹⁶¹⁴ On peut noter à ce propos que ni l'article 43 des articles de la CDI sur la responsabilité des États ni son commentaire ne précisent le contenu exigé de la notification par l'État lésé de sa demande en vue d'invoquer la responsabilité de l'État prétendument responsable.

¹⁶¹⁵ Sur ce point, v. *supra*, §§ 302 et s.

Les principes qui se dégagent de la jurisprudence de la CIJ vont *a priori* dans le sens de la première branche de l'alternative. Ainsi, la juridiction établit « objectivement » qu'un différend est cristallisé « sur la base d'un examen des faits »¹⁶¹⁶. À ce propos, dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)* (1998), la Cour précisa :

« [qu']un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis*. Pour déterminer l'existence d'un différend, il est possible, comme en d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie »¹⁶¹⁷.

L'existence d'un différend constitue ainsi une question de fond et non de forme ou de procédure¹⁶¹⁸. En l'absence de règle spéciale contraire, aucune négociation préalable n'est exigée, ni aucune protestation spécifique ni notification de l'intention d'introduire une instance¹⁶¹⁹. Afin d'établir l'existence d'un différend, la Cour peut se référer à tout échange pertinent ou tout comportement des parties. Par conséquent, il lui est loisible de tenir compte « de l'absence de réaction d'un État à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait »¹⁶²⁰. En définitive, un différend existe « lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'« opposition manifeste » du demandeur »¹⁶²¹.

En dépit des principes annoncés, la jurisprudence récente fait montre d'un certain formalisme. La Cour paraît en effet resserrer ses exigences autour de deux critères : la communication *ratione personae* de la réclamation antérieurement au dépôt de la requête et sa

¹⁶¹⁶ V. CIJ, arrêt du 5 octobre 2016, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Pakistan)*, compétence et recevabilité, Rec., § 36, citant son arrêt du 17 mars 2016, *Affaire des violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, Rec., § 50.

¹⁶¹⁷ *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, préc., § 89. Sur la définition d'un différend, on peut rappeler les deux arrêts de principe en la matière : CPJI, arrêt du 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, Série A, n° 2, p. 11 ; CIJ, arrêt du 21 décembre 1962, *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, Rec., p. 328.

¹⁶¹⁸ CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, préc., § 30.

¹⁶¹⁹ Sur l'absence d'une condition de négociation préalable et le caractère non nécessaire d'une notification préalable de l'intention de saisir la Cour, v. CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, préc., § 109 et § 39. Sur le fait qu'un acte de protestation ou son absence ne conditionnent pas l'existence d'un différend, v. CIJ, *Affaire des violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, préc., § 72.

¹⁶²⁰ CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, préc., § 30.

¹⁶²¹ CIJ, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Pakistan)*, compétence et recevabilité, préc., § 38, renvoyant aussi aux deux affaires précédemment citées.

précision *ratione materiae*. En ce sens, dans l'*Affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Russie)* (2011), elle précisa qu'un État doit :

« s'être référé assez clairement à l'objet du traité pour que l'État contre lequel il formule un grief puisse savoir qu'un différend existe ou peut exister à cet égard. Une référence expresse ôterait tout doute quant à ce qui, selon cet État, constitue l'objet du différend et permettrait d'en informer l'autre État »¹⁶²².

En l'espèce, la Cour écarta bon nombre de déclarations de représentants géorgiens au motif qu'elles ne désignaient pas distinctement la Russie ou ne soulevaient pas clairement de violations de la Convention sur les discriminations raciales sur laquelle le demandeur entendait fonder sa compétence. Pourtant, l'une de ces déclarations géorgiennes évoquait le rôle des « hauts dirigeants russes » assurant « appui et formation aux unités soi-disant antiterroristes, qui sont en réalité foncièrement des formations militaires illégales du régime abkhaze *de facto*, responsables de l'épuration ethnique »¹⁶²³. L'accusation laissant apparaître une problématique relative au contrôle des troupes séparatistes par la Russie, c'est peut-être plus un excès de prudence qu'un excès de zèle formaliste qui motiva la position de la Cour sur ce point. Elle finit néanmoins par reconnaître l'existence d'un différend en tenant compte d'une déclaration publique du Président géorgien Saakachivili selon laquelle « la population abkhaze de souche géorgienne [était] victime d'un nettoyage ethnique par les troupes russes »¹⁶²⁴.

La Cour adopta une position similaire, mais en faveur cette fois de l'inexistence d'un différend, dans les affaires des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire* (2016) introduites par les Îles Marshall contre plusieurs États. Dans l'arrêt concernant le Pakistan comme défendeur, elle souligna en premier lieu l'absence d'échanges diplomatiques bilatéraux, de consultations ou de négociations entre les deux États au sujet des violations alléguées¹⁶²⁵. En second lieu, conformément à sa jurisprudence constante, la Cour prit en compte les échanges tenus dans un cadre multilatéral. Cependant, elle précisa qu'il convenait alors de se pencher sur le contenu des déclarations et sur l'identité des personnes à qui elles s'adressaient¹⁶²⁶. À cet égard, la Cour rejeta la première déclaration invoquée par le demandeur, datant du 26 septembre 2013 lors d'une réunion de

¹⁶²² CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, préc., § 30.

¹⁶²³ *Ibid.*, § 95.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, § 111.

¹⁶²⁵ CIJ, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Pakistan)*, compétence et recevabilité, préc., § 44.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, § 45.

l'Assemblée générale sur le désarmement, au motif qu'elle ne satisfaisait aucun des deux critères évoqués. D'un côté, elle s'adressait à tous les États dotés d'armes nucléaires et non au Pakistan en particulier ; de l'autre, elle ne soulevait aucun manquement précis à leurs obligations¹⁶²⁷. La Cour écarta aussi la seconde déclaration invoquée par les Îles Marshall, datant du 13 février 2014 et prononcée lors de la deuxième conférence sur l'impact humanitaire des armes nucléaires. En l'occurrence, celle-ci évoquait expressément la violation par les États dotés d'armes nucléaires de leur obligation de négocier en vue de parvenir à un désarmement. C'est sur ce point que la Cour fit preuve d'un formalisme inattendu :

« si elle dénonce, d'une manière générale, le comportement de l'ensemble des États possédant un arsenal nucléaire, cette déclaration ne précise pas le comportement du Pakistan qui serait à l'origine du manquement allégué. Une telle précision aurait été nécessaire si (...) la déclaration de Nayarit visait à mettre en cause la responsabilité du défendeur à raison d'une ligne de conduite qui était restée constante depuis de nombreuses années. Ladite déclaration, étant donné son contenu très général et le contexte dans lequel elle a été faite, n'appelait pas de réaction particulière de la part du Pakistan. Aucune divergence de vue ne peut donc être déduite de cette absence de réaction »¹⁶²⁸.

La Cour en conclut qu'elle ne pouvait considérer « que le Pakistan avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que les Îles Marshall alléguaient qu'il manquait à ses obligations »¹⁶²⁹. Pareille approche fit l'objet de critiques assez véhémentes de la part des juges dissidents. Les juges Crawford et Bedjaoui, notamment, soulignèrent le manque de cohérence de cet arrêt vis-à-vis de la jurisprudence antérieure de la Cour et de la flexibilité dont elle a pu faire preuve auparavant¹⁶³⁰. Le resserrement des exigences de communication *ratione personae* et de précision *ratione materiae* de la position du demandeur susceptible, face à un rejet silencieux, de faire naître un différend justiciable dénote en effet un glissement insidieux vers une logique de connaissance subjective, contrairement aux positions classiques de la Cour. Cela reviendrait en pratique à exiger une notification formelle de la demande à l'État défendeur préalablement à sa saisine.

¹⁶²⁷ *Ibid.*, § 46. V. aussi CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt préc., § 58, où la Cour a considéré qu'il n'existait aucun différend sur la violation du droit international général dans la mesure où les échanges entre les parties et la demande d'extradition n'avaient évoqué que des violations prétendues de la Convention contre la torture.

¹⁶²⁸ CIJ, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Pakistan)*, compétence et recevabilité, préc., § 47.

¹⁶²⁹ *Ibid.*, § 48.

¹⁶³⁰ V. Opinion dissidente de M. le Juge Crawford, *Rec.*, spéc. §§ 24-28, qui rappelle auparavant les arrêts de la Cour dans lesquels elle a adopté une position moins exigeante ; opinion dissidente de M. le Juge *ad hoc* Bedjaoui, *Rec.*, spéc. §§ 23-31.

In fine, les caractéristiques de la demande apte, en cas de rejet, à donner naissance à un différend au sens de la condition de recevabilité d'une requête devant la CIJ ne sont pas clairement définies. Cela dit, quoi qu'il en soit du degré de précision exigée en ce domaine particulier, c'est bien le contenu d'une demande fondée en droit qui conditionne en toute hypothèse la réaction silencieuse de son destinataire.

2. L'identification du silence valant décision de rejet

375. *Rareté des conditions encadrant la formation du rejet silencieux* – Dès lors qu'une demande juridiquement fondée peut être clairement identifiée, le silence du destinataire équivaut toujours à un rejet. La pratique des tribunaux le confirme aisément et la question ne fait pas réellement débat¹⁶³¹. En la matière, l'analyse du silence est rarement enserrée dans des conditions spécifiques. Elle l'est parfois de manière indirecte si une clause compromissoire soumet la saisine d'une juridiction à une condition de négociation préalable ou de demande d'arbitrage pour lesquelles un délai est préfixé. Ainsi, par exemple, l'article 30, § 1 de la Convention contre la torture prévoit qu'un différend entre les États contractants doit être soumis à l'arbitrage. Ce n'est qu'après un délai de 6 mois à compter de la demande d'arbitrage, si les parties ne sont pas parvenues à s'accorder, que le dépôt d'une requête auprès de la CIJ est permis. À ce propos, dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (2012), la Cour a considéré que la condition prévue était satisfaite en raison « de l'absence de toute réponse » de la part du défendeur¹⁶³².

Lorsqu'aucun délai n'est prévu pour établir le rejet d'une demande, « c'est à la juridiction d'apprécier que le demandeur a laissé un temps de réaction raisonnable »¹⁶³³. L'évaluation du délai raisonnable à l'issue duquel un silence peut se voir attribuer la valeur d'un acte de rejet renvoie à une question déjà traitée : celle du délai consacré à l'appréciation d'une prétention normative par l'État qui en a pris connaissance. Ce délai dépend de chaque espèce, le juge tenant compte d'une somme de facteurs lui permettant de considérer que l'État a effectivement apprécié ou raisonnablement pu apprécier la prétention d'un tiers appelant sa

¹⁶³¹ Sur l'existence d'un différend, v. C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 226, qui rappelle notamment les affaires *Société des explosifs et produits chimiques*, SA du 15 septembre 1951, RSA, vol. XIII, p. 283 ; *Società anonima Michelin italiana*, SA du 15 septembre 1955, RSA, vol. XIII, pp. 614-615 ; ou encore l'affaire CIRDI, *Siemens AG c. Argentine*, décision sur la compétence du 3 août 2004, ARB/02/8, § 159.

¹⁶³² CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt préc., § 62.

¹⁶³³ C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 226.

réaction¹⁶³⁴. Il est plus ou moins court si la demande et ses motifs sont notifiés ou notoires ou s'il y a eu des échanges diplomatiques pertinents entre les intéressés. De même, le rejet peut être rapidement établi si les négociations, lorsqu'elles conditionnent la saisine d'un tribunal, se trouvent dans l'impasse¹⁶³⁵. Il en va de même pour établir l'existence d'un différend. À cet égard, il est d'ailleurs permis de noter que, dans l'affaire des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires (Îles Marshall c. Pakistan)* (2016), seulement 2 mois s'étaient écoulés entre la déclaration de février 2014 invoquée par les Îles Marshall comme ayant communiqué sa prétention au défendeur et la saisine de la Cour en avril 2014. En admettant que la Cour ait considéré que la réclamation des Îles Marshall fût suffisamment explicite, elle aurait été amenée à se prononcer sur son délai d'appréciation par le défendeur avant de conclure à un éventuel rejet silencieux donnant naissance à un différend justiciable. Toutefois, elle n'a pas été jusqu'à traiter cette question, ayant en amont considéré que le Pakistan n'avait pas pu prendre connaissance de la prétention des Îles Marshall¹⁶³⁶.

376. L'effet du rejet silencieux – Dans la mesure où le silence fait face à une demande fondée en droit et non à une simple sollicitation politique, le rejet qui en découle équivaut nécessairement à une contestation du bien-fondé de la demande. Par exemple, en ne répondant pas à une demande d'extradition pourtant fondée sur un traité qui le lie, l'État silencieux est ainsi réputé considérer que les conditions exigées par ledit traité ne sont pas réunies. De manière générale, le rejet silencieux d'une demande consiste ainsi en une négation du droit de son auteur à obtenir réparation. On retrouve alors la cause objective propre à tout acte unilatéral de protestation telle qu'évoquée (en l'absence de règle spéciale) : la manifestation d'une contre-prétention d'une valeur équivalente à la prétention à laquelle elle s'oppose, dont la conséquence factuelle est la naissance d'un différend¹⁶³⁷.

¹⁶³⁴ Sur ce point et pour une typologie de ces différents facteurs, v. *supra*, §§ 337-338.

¹⁶³⁵ La CIJ a précisé à plusieurs reprises que la condition de négociation préalable était remplie dès lors qu'elles se trouvent dans une impasse, notamment parce qu'une partie adopte une position ferme et définitive. V. CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, préc., p. 13 ; CIJ, *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, préc. p. 345 ; CIJ, *Affaire des violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, préc., §§ 99-101. V. également TIDM, ordonnance du 3 décembre 2001, *Affaire de l'usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni)*, demande en prescription de mesures conservatoires, Rec., § 60 ; TIDM, 4 novembre 2016, *Affaire du navire Norstar (Panama c. Italie)*, exceptions préliminaires, Rec., § 217, où le Tribunal a jugé qu'« en ne tenant aucun compte de la correspondance du Panama (...) l'Italie a, de fait, exclu la possibilité qu'il soit procédé à un échange de vues entre les parties », conformément à l'obligation prévue à l'article 283 de la Convention de Montego Bay.

¹⁶³⁶ CIJ, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Pakistan)*, compétence et recevabilité, préc., § 48.

¹⁶³⁷ Selon A. Marie, bien qu'il ne distingue pas clairement les demandes fondées en droit des sollicitations politiques simples, « [l]e refus est en effet une décision de l'État par laquelle il interprète le rapport de droit

B. La protestation contre des prétentions autres que des demandes

377. Conditions d'adoption des actes de protestation – Les prétentions autres que des demandes ont la particularité de déployer des effets matériels ; du point de vue de leurs auteurs, elles constituent des actes unilatéraux d'application du droit international fondés sur une règle d'habilitation. Les conséquences concrètes de leur mise en œuvre ne dépendent pas des tiers intéressés. Ce n'est que sur le plan de la définition ou de l'évolution des rapports normatifs que leur réaction est attendue. Contrairement au cas des demandes, le silence face à de telles prétentions n'est pas vu comme un rejet mais comme une acceptation. Si les tiers sommés de réagir souhaitent contester le bien-fondé d'une prétention normative unilatérale, ils sont tenus de protester. Or, en l'absence de règle spéciale, les conditions d'adoption des actes de protestation sont identiques à celles de tout acte unilatéral étatique. Il est donc permis de renvoyer, comme annoncé, à la systématisation opérée en première partie de cette étude à propos des conditions relatives à l'acteur et à l'action¹⁶³⁸. S'agissant des premières, il convient de souligner, d'une part, que la détermination des acteurs correspond au cercle des États sommés de réagir. Doivent ainsi protester ceux qui s'estimeraient potentiellement lésés dans leurs droits subjectifs par le contenu de la prétention non manifestement (ir)régulière d'un pair, ceci pour éviter que leur silence ne se voie attribuer la valeur d'un acquiescement¹⁶³⁹. Concernant, d'autre part, la condition d'imputation, il est à nouveau possible de se contenter d'un renvoi au régime général déjà étudié : peut protester au nom de l'État tout agent ou organe habilité pour ce faire par le droit interne de celui-ci, une présomption d'imputabilité s'appliquant aux hauts représentants du pouvoir exécutif¹⁶⁴⁰. Plusieurs auteurs ont en ce sens souligné qu'une protestation émanant d'un parlement national n'est pas, en principe, conforme au régime applicable et ne peut dès lors générer l'effet d'un acte international de protestation¹⁶⁴¹.

S'agissant des secondes – les conditions relatives à l'action –, la doctrine comme la pratique s'accordent sur différents points. D'abord, comme pour tout acte unilatéral, il

existant avec l'État auteur de la demande. Il s'agit donc en toute hypothèse, que le refus soit légal ou non, d'une prétention qui interprète le rapport de droit en cause et à laquelle l'auteur de la demande se doit à son tour de réagir sous peine d'être réputé acquiescer au bien-fondé du refus qui lui est opposé », *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁶³⁸ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁶³⁹ Sur l'identification des États sommés de réagir, v. *supra*, §§ 347 et s.

¹⁶⁴⁰ Sur le régime général de l'imputabilité des actes unilatéraux étatiques, v. *supra*, §§ 143 et s. V. aussi, en ce sens, I. C. MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *op. cit.*, p. 294.

¹⁶⁴¹ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 55 ; P. Saganek, *Unilateral Acts in Public International Law*, *op. cit.*, p. 609.

importe simplement que l'État exprime sa volonté d'une façon claire et non équivoque¹⁶⁴². En conséquence, une protestation peut être verbale comme écrite¹⁶⁴³. En cas de contentieux, la charge de la preuve de son existence pèsera sur l'État qui s'en prévaut (généralement son auteur). Des règles spéciales peuvent néanmoins poser certaines conditions à l'adoption d'actes de protestation. C'est notamment le cas pour les objections aux réserves aux traités, qui doivent être formulées par écrit (article 23, § 1 de la Convention de Vienne de 1969). Ensuite, il apparaît qu'une protestation puisse être implicite : « *[t]he recall of a diplomatic envoy, the severance of diplomatic relations, or sanctions can be considered protests by implication* »¹⁶⁴⁴. Cela dit, dans ce genre d'hypothèses, le problème n'est pas tant relatif à la forme qu'une protestation peut revêtir ; il a plutôt trait à sa preuve ainsi qu'à son efficacité. En admettant qu'une protestation puisse être implicite, le comportement de l'État doit apparaître suffisamment clair pour se voir attribuer pareille valeur. Il doit ainsi être possible de déterminer à quelle prétention la protestation s'oppose et pour quels motifs, ce qui renvoie en réalité à la question de son contenu¹⁶⁴⁵.

378. *Le contenu des actes de protestation* – Dans le cadre de certains régimes spéciaux, la motivation des actes de protestation est imposée. L'article 65, § 1 de la Convention de Vienne de 1969 indique en ce sens que lorsqu'une partie à un traité souhaite invoquer un vice de son consentement, un motif d'invalidité ou son intention d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application, elle doit notifier sa prétention aux autres parties. Cette notification doit alors indiquer « la mesure envisagée à l'égard du traité et les raisons de celle-ci ». Dans cette hypothèse, le défaut de motivation rend l'acte de dénonciation irrégulier¹⁶⁴⁶.

En l'absence de règle spéciale, le droit international ne détermine pas le contenu des actes de protestation. Le témoignage de la pratique démontre cependant que pour obtenir l'effet voulu, une protestation doit remplir certaines conditions. En premier lieu, elle doit viser d'une manière suffisamment précise la prétention à laquelle elle entend s'opposer. C'est la raison pour laquelle il est permis d'affirmer que le contenu de la protestation dépend

¹⁶⁴² Sur ce point, v. *supra*, §§ 159 et s.

¹⁶⁴³ C. Eick, « Protest », *op. cit.*, § 7 ; I. C. MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *op. cit.*, p. 295.

¹⁶⁴⁴ C. Eick, « Protest », *op. cit.*, § 7. E. Suy est le premier à avoir soutenu la possibilité de protestations implicites, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁶⁴⁵ P. Saganek, *Unilateral Acts in Public International Law*, *op. cit.*, p. 611 : « *[t]he more silent the state is and the less explicit the reasons for its behaviour are, the more difficult it is to see protest in a given action. (...) As a consequence it may be possible to see a protest in any of the acts listed above if they are connected with a sufficiently strong manifestation of the will to protest* ».

¹⁶⁴⁶ En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 555.

logiquement de l'objet du comportement qu'elle conteste¹⁶⁴⁷. Dans l'affaire des *Minquiers et Écréhous (France/Royaume-Uni)* (1953), la Cour de La Haye constata que les autorités britanniques exercèrent durant une longue période une administration locale sur les Écréhous. Elle évoqua notamment une ordonnance du Trésor britannique de 1875 comprenant les Écréhous dans les limites du port des Îles de la Manche dépendant de Jersey. À cet égard, elle souligna que « [l]e Gouvernement français protesta en 1876, motif pris de ce que cette loi dérogeait à la convention sur la pêche de 1839. Mais cette protestation ne pouvait enlever à l'acte son caractère de manifestation de souveraineté »¹⁶⁴⁸. Autrement dit, il n'était pas clairement établi que la France s'opposait précisément à la prétention du Royaume-Uni sur les Écréhous.

En second lieu, plusieurs auteurs s'accordent à considérer qu'une protestation n'a pas à intégrer l'ensemble des motifs juridiques précis relatifs à l'irrégularité de la prétention constatée. Cela dépend en réalité du but de la protestation. S'il s'agit simplement d'empêcher la formation d'un acquiescement, une simple réserve de droit peut suffire¹⁶⁴⁹. Tandis que la présentation des motifs juridiques précis de la protestation permet de déterminer plus aisément le moment de la naissance ainsi que l'étendue d'un différend justiciable. Selon A. Marie :

« [l]orsqu'un État proteste contre une prétention d'un autre, il n'entend pas nécessairement créer un différend, il porte à sa connaissance une interprétation contraire. Il est donc nécessaire qu'il s'agisse d'une véritable interprétation juridique mais rien ne semble imposer de fonder précisément en droit son opposition. Une contestation générale de la légalité du comportement suffit à satisfaire l'objet et le but de la protestation, à empêcher la formation du silence et celle d'attentes légitimes dans le chef des tiers »¹⁶⁵⁰.

À cette fin, la réserve de droit se limite à condamner un comportement donné, à notifier une intention de demander réparation ou d'adopter des rétorsions ou contre-mesures, sans nécessairement préciser les fondements juridiques précis des violations alléguées. On lui

¹⁶⁴⁷ I. C MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *op. cit.*, pp. 295-296 ; C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, p 188 : « [p]our atteindre son effet, [la protestation] doit, compte tenu des circonstances, pouvoir s'interpréter comme opposant adéquatement une position juridique à la prétention qu'elle vise à redresser ».

¹⁶⁴⁸ CIJ, *Affaire des Minquiers et des Écréhous (France/Royaume-Uni)*, préc., p. 66. V. aussi CPJI, *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*, préc., p. 66 : « [d]ans tous ces cas, le Gouvernement danois exerça des attributions gouvernementales à l'égard du territoire actuellement en litige. La nature de ces actes du Danemark n'est pas modifiée par les protestations ou réserves que, de temps à autre, formula le Gouvernement norvégien ».

¹⁶⁴⁹ I. C MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *op. cit.*, p. 297.

¹⁶⁵⁰ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 553-554.

reconnaît toutefois la même valeur qu'une protestation¹⁶⁵¹. De la même façon, la notification d'une demande au titre de l'article 43 des articles de la CDI de 2001 par un État prétendument lésé à l'État dont il souhaite invoquer la responsabilité a simplement pour objet de faire connaître l'opposition du premier au comportement du second et d'éviter la formation d'un acquiescement à l'abandon du droit à réclamation¹⁶⁵². Cependant, qu'il s'agisse d'une réserve de droit ou d'une notification au titre de l'invocation de la responsabilité, son auteur n'est pas tenu de présenter l'ensemble des motifs juridiques relatifs à l'appréciation de l'illicéité du comportement visé. À ce stade, une dénonciation générale suffit pour que son auteur ne se voie pas opposer son absence de réaction ; et l'invocation ultérieure de motifs plus précis ne peut lui être reprochée¹⁶⁵³.

La CIJ a semblé adopter une position nettement plus stricte dans l'*Affaire de la délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (2001). En l'espèce, le Qatar fit valoir les protestations nombreuses, immédiates et parfaitement explicites qu'il manifesta à l'encontre de la décision britannique de 1939 relative à la souveraineté de Bahreïn sur les îles Hawar. Devant la Cour, le Qatar argua notamment du fait que la décision était irrégulière en raison de son défaut de motivation. Or, sur ce point, la Cour déclara que :

« la réaction du souverain de Qatar a été de faire savoir au résident politique britannique qu'il était « profondément étonné » par la décision, non de prétendre que celle-ci n'était pas valable faute de motivation. Qatar a affirmé avoir fourni suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de sa thèse et s'est borné à demander au Gouvernement britannique de réexaminer sa décision. La Cour ne peut donc faire droit à la thèse de Qatar selon laquelle la décision britannique de 1939 n'était pas valide faute de motivation »¹⁶⁵⁴.

La Cour sembla donc reprocher au Qatar de ne pas avoir invoqué pareil moyen dans ses protestations initiales. De ce point de vue, il est en effet permis de s'étonner de cette approche

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 554, citant G. Venturini, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 434.

¹⁶⁵² V. CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 325, § 3.

¹⁶⁵³ V. par ex. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité de la requête*, préc., § 83 : « parce qu'un État ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre État, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité. Les États-Unis savaient avant l'introduction de la présente que le Nicaragua affirmait que leur comportement constituait une violation de leurs obligations internationales ; ils savent maintenant qu'il leur est reproché d'avoir violé des articles précis du traité de 1956 ».

¹⁶⁵⁴ CIJ, *Affaire de la délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, préc., § 144.

assez rigide, compte tenu du caractère explicite desdites protestations¹⁶⁵⁵. Cependant, l'extrait peut être doublement relativisé. D'une part, le Qatar protesta contre une décision du gouvernement britannique prise en vertu d'une habilitation des deux États parties à trancher leur différend. Comme l'a souligné la Cour, il s'agissait donc d'une décision obligatoire et il n'était pas question de déterminer si le Qatar y avait acquiescé ou non ; elle lui était par principe opposable. D'autre part, la Cour n'empêcha pas le Qatar d'en contester la validité. Elle considéra donc implicitement qu'en protestant, ce dernier n'avait pas acquiescé à son caractère définitivement incontestable. Dès lors, elle accepta logiquement d'analyser l'ensemble des moyens soulevés par le Qatar à l'encontre de la décision britannique, y compris celui relatif à son défaut de motivation¹⁶⁵⁶. Sur ce point particulier, elle affirma que l'absence de motivation n'entachait pas d'irrégularité la décision « dès lors qu'aucune obligation de motivation n'avait été imposée au Gouvernement britannique lorsque celui-ci s'était vu chargé de régler l'affaire »¹⁶⁵⁷. C'est dans le paragraphe suivant, en raisonnant « de surcroît », que la Cour nota l'absence de protestation précise contre le défaut de motivation de la décision litigieuse. Or, ce qu'il faut comprendre ici, c'est que la Cour rejeta le moyen soulevé par le Qatar dans la mesure où cela aurait impliqué de contester le contenu même de l'habilitation destinée au Gouvernement britannique en vue de trancher le différend. Du point de vue de la Cour, il s'agissait d'une règle fixée en amont, que l'attitude du Qatar à l'époque avait simplement confirmée. Cela n'a pas empêché les protestations du Qatar de remplir pleinement leur objet : signifier l'absence d'acquiescement définitif à la validité de la décision. En conséquence, il lui a été loisible de défendre sa prétention en soulevant devant la Cour l'ensemble des motifs juridiques possibles.

379. L'efficacité des protestations : caractère répété et nécessité d'actes concluants – Comme pour leur contenu, alors que le droit international ne pose aucune règle spécifique, l'efficacité des protestations est soumise à certaines conditions imposées par la force des choses, c'est-à-dire par le fait qu'elles n'ont pas pour effet de « rendre inopposable » une prétention donnée mais simplement d'y opposer une contre-prétention d'égale valeur. Il découle de cet état de fait deux conséquences logiques. La première est relative au fait que la protestation doit être répétée autant que de besoin. Selon C. De Visscher par exemple :

¹⁶⁵⁵ En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, op. cit., p. 558 ; E. Decaux, « Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fond (arrêt du 16 mars 2001) », *AFDI*, vol. 47, 2001, p. 207.

¹⁶⁵⁶ CIJ, *Affaire de la délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, préc., §§ 139-145.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*, § 143.

« [o]n ne peut interpréter comme effectives, c'est-à-dire capables d'empêcher ou d'interrompre la formation d'un titre, des protestations trop anciennes, devenues de ce fait incertaines, ou trop isolées des faits auxquels elles se réfèrent pour n'être pas équivoques »¹⁶⁵⁸.

La protestation apparaît ainsi comme un acte aux effets temporaires. En ce sens, E. Suy souligna :

« [qu'elle] ne constitue plus qu'un moyen initial pour arrêter temporairement la prescription. Si elle reste isolée, si elle n'est pas suivie d'autres actes unilatéraux par lesquels le sujet de droit dont ils émanent manifeste sa volonté de ne pas reconnaître un état de fait illicite et de sauvegarder ses droits, la protestation ne peut avoir qu'un effet limité voire pas d'effet du tout »¹⁶⁵⁹.

La pratique confirme ce constat. Dans l'affaire des *Minquiers et des Écréhous (France/Royaume-Uni)* (1953), la France a reconnu que le silence prolongé après une unique protestation pouvait être interprété comme l'abandon d'une revendication¹⁶⁶⁰. Dans l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* (1951), la CIJ s'est appuyée sur le fait que le système de délimitation norvégien de délimitation des lignes de base n'avait pas rencontré d'opposition de la part d'autres États, alors que la France avait initialement protesté¹⁶⁶¹. Inversement, dans l'affaire *Chamizal (Mexique/États-Unis d'Amérique)* (1911), les États-Unis tentèrent de se fonder sur la possession ininterrompue et paisible de la région du Rio Grande entre El Paso et Ciudad Juarez. Cependant, la Commission de délimitation rejeta la prétention au motif que le Mexique s'était opposé de manière explicite et répétée à l'administration états-unienne sur la zone :

« (...) it may be said that the physical possession taken by citizens of the United States and the political control exercised by the local and federal governments, have been constantly challenged and questioned by the Republic of Mexico, through its accredited diplomatic agents »¹⁶⁶².

L'exigence du caractère répété des protestations constitue une preuve autant qu'une conséquence de leur cause objective. On l'a dit, en l'absence de règle spéciale (comme pour les objections aux réserves), les protestations n'ont pas pour *effet* proprement dit d'empêcher l'opposabilité présumée d'une prétention normative *stricto sensu*. Elles se limitent à y opposer une contre-prétention et à empêcher la formation d'un acquiescement dans le chef de leur auteur sommé de réagir. Cela dit, l'exigence de répétition est en réalité fonction des

¹⁶⁵⁸ C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, p. 189.

¹⁶⁵⁹ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, pp. 75-76. V. dans le même sens, I. C MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *op. cit.*, p. 311 ; C. Rousseau, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 428 ; CDI, « Septième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 50, § 91 ; P. Saganeck, *Unilateral Acts in Public International Law*, *op. cit.*, p. 627.

¹⁶⁶⁰ V. la plaidoirie de M. le Professeur Gros, CIJ, *Mémoires, plaidoiries et documents*, vol. II, p. 269.

¹⁶⁶¹ CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., p. 137.

¹⁶⁶² *Chamizal (Mexique/États-Unis d'Amérique)*, SA préc., p. 328.

caractéristiques de la prétention à laquelle la protestation fait face. S'il ne s'agit que d'un acte isolé, une seule protestation peut suffire. En revanche, comme cela a pu être noté, « *[i]here may be a requirement to repeat a protest in cases where inactivity may be construed as a subsequent renunciation of the underlying claim. Such a situation may develop where the objectionable conduct or claim is maintained or repeated over time* »¹⁶⁶³. Autrement dit, si une prétention est continue et répétée, voire si elle se propage parmi un groupe d'États dont la conjonction des attitudes fait naître une pratique interprétative ou modificative, la protestation doit se faire d'autant plus vigoureuse et répétée afin que son auteur ne soit pas réputé avoir abandonné sa contre-prétention au profit de celle qu'on cherche à lui opposer.

Pour les mêmes raisons, la seconde conséquence du caractère temporaire des actes de protestation est qu'il peut être exigé de leurs auteurs d'adopter des actes concluants qui en confirmeraient le sens et la portée :

« *[i]t is generally assumed that in order to be effective, an initial protest may require a certain follow-up. In this respect, however, much will depend on the particular circumstances of the case. (...) a State may be required to follow up its protests by taking permissible countermeasures or by presenting a dispute before an international court or tribunal. Again, much will depend on the particular circumstances of the case, and on a careful application of the principle of good faith (bona fide)* »¹⁶⁶⁴.

La condition a semblé mise en avant dans certaines sentences anciennes, notamment dans l'affaire *Chamizal* précitée¹⁶⁶⁵. Toutefois, l'obligation de saisir une juridiction ou l'organe d'une organisation internationale compétente en vue de compléter une protestation n'apparaît pas confirmée par la pratique. La question semble d'ailleurs plutôt relever de la cause subjective poursuivie par l'État protestataire (s'il entend prendre le temps de pousser l'État auteur du comportement contesté à négocier, si le retrait de la prétention lui suffit ou s'il souhaite, au contraire, faire valoir rapidement son droit à réparation devant un juge). Ainsi, par exemple, dans l'*Affaire de la délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (1994), la CIJ n'a pas reproché au Qatar d'avoir laissé s'écouler plusieurs décennies entre ses protestations initiales à l'encontre de la décision britannique de délimitation datant de 1939 et le dépôt de sa requête en juillet 1991, les deux États ayant longuement négocié afin de trouver une issue

¹⁶⁶³ C. Eick, « Protest », *op. cit.*, § 14.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.* V. aussi CDI, « Septième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 49, § 91.

¹⁶⁶⁵ *Chamizal* (Mexique/États-Unis d'Amérique), SA préc., p. 329 : « *[i]n private law, the interruption of prescription is effected by a suit, in dealings between nations this is of course impossible, unless and until an international tribunal is established for such purpose. In the present case, the Mexican claim was asserted before the International Boundary Commission within a reasonable time after it commenced to exercise its functions, and prior to that date the Mexican Government had done all that could be reasonably required of it by way of protest against the alleged encroachment* ». V. aussi les quelques exemples cités par I. C. MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *op. cit.*, pp. 312-314.

pacifique à leur différend¹⁶⁶⁶. La question fut explicitement soulevée dans l'affaire *Ambatielos (Grèce/Royaume-Uni)* (1956). La possibilité de porter le différend devant un tribunal arbitral fut évoquée entre les parties dès 1926. Cependant, dans la mesure où la Grèce protesta de façon répétée, il ne lui a pas été reproché d'avoir attendu 1955 pour recourir à cette procédure ; l'argument de la prescription invoqué par le Royaume-Uni fut rejeté¹⁶⁶⁷. De même, dans l'*Affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Russie)* (2011), la Cour fit observer « qu'un État peut faire grief à un autre État d'agir en violation des obligations que lui impose la CIEDR sans pour autant engager la procédure susmentionnée »¹⁶⁶⁸.

§3. La portée des actes de protestation

380. Inexistence du silence susceptible de donner naissance à un acquiescement –

Un acte de protestation a pour objet de communiquer l'appréciation de son auteur à l'égard de l'irrégularité alléguée du comportement d'un pair. Si pareil comportement constitue une prétention normative *stricto sensu* selon le concept retenu dans cette étude, la protestation y oppose alors simplement une contre-prétention d'égale valeur qui n'a pas pour effet l'inopposabilité de la prétention initiale ; la protestation se limite uniquement à constater et faire connaître une différence d'appréciation quant à son contenu. En conséquence, son effet consiste à renvoyer la sommation de réagir vers l'auteur de la première prétention, appelé soit à la maintenir (et éventuellement à la justifier davantage), soit à la retirer ou à en revoir le contenu (et auquel cas accepter l'appréciation portée par le protestataire). C'est là le seul effet juridique proprement dit d'un acte de protestation (*i.e.* sa cause objective). Or, tout l'enjeu consiste à pouvoir distinguer la cause objective de la protestation et ses différents effets en tant que fait juridique. En ce sens, sa portée décrit les conséquences factuelles logiques d'un acte de rejet à l'égard des rapports normatifs. La première de ces conséquences est l'inexistence du silence de l'État susceptible de se voir attribuer la valeur d'un acquiescement au contenu de la prétention d'un pair et *a fortiori* à son opposabilité définitive. À cet égard, certains auteurs considèrent que l'interruption de la prescription ou le fait de faire échec à

¹⁶⁶⁶ Sur la recherche d'une solution en vue de régler leur différend, v. CIJ, arrêt du 1^{er} juillet 1994, *Affaire de la délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, compétence et recevabilité, Rec., §§ 15-20.

¹⁶⁶⁷ *Ambatielos (Grèce/Royaume-Uni)*, SA préc., pp. 103-104.

¹⁶⁶⁸ CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Russie)*, préc., § 69.

toute présomption d'acceptation constitue l'effet juridique de la protestation¹⁶⁶⁹. Il n'en est rien. La protestation ne fait qu'empêcher la condition relative à l'action donnant naissance à un acquiescement de se réaliser. On a vu qu'en l'absence de règle spéciale, la formation d'un acte juridique unilatéral repose sur l'expression claire et non équivoque de la volonté de son auteur¹⁶⁷⁰. À ce titre, tout comportement apparaît pertinent et peut être interprété à la lumière du contexte dans lequel il s'inscrit. Or, dès lors qu'un État intéressé a connaissance de la prétention *stricto sensu* d'un pair (c'est là le contexte déterminant), son silence peut, après un certain délai, se voir attribuer la valeur d'un acquiescement. Dans ces conditions, le silence correspond à l'action, la procédure, à laquelle est donnée la valeur d'un acte de volonté. Dès lors, en toute logique, pour qu'un tel silence existe en fait et en droit, l'État ne doit pas ou plus protester contre la prétention qui le somme de réagir. Ce n'est qu'en l'absence de protestation dans un contexte qui appelle la réaction de l'État que le silence est vu comme une volonté de ne pas réagir et, de ce fait, d'acquiescer au contenu de la prétention. Ainsi, on comprend qu'une protestation trop tardive ne puisse revenir sur un acquiescement déjà constitué. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)* (1992) ce n'est que par une note en date du 23 janvier 1991 que le Honduras protesta pour la première fois contre l'administration de l'île de Meanguera par El Salvador. À cet égard, la Chambre de la CIJ considéra :

« que cette protestation du Honduras, qui a été élevée après une longue série d'actes de souveraineté d'El Salvador à Meanguera, a été formulée trop tard pour dissiper la présomption d'acquiescement de la part du Honduras. Le comportement du Honduras vis-à-vis des effectivités antérieures révèle une admission, une reconnaissance, un acquiescement ou une autre forme de consentement tacite à l'égard de la situation »¹⁶⁷¹.

On s'accorde alors avec A. Marie sur le fait de dénoncer l'assimilation d'une conséquence factuelle de la protestation à son effet de droit. Considérer qu'un tel acte a pour effet de faire obstacle à une « présomption d'acquiescement » risque de laisser penser que l'acquiescement serait moins un acte juridique qu'une reconnaissance expresse, dans la mesure où il pourrait être renversé par la preuve d'une protestation. Or, comme tout acte juridique, l'acquiescement existe ou n'existe pas. Une fois qu'il est établi, l'État ne peut revenir dessus

¹⁶⁶⁹ I. C. MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *op. cit.*, p. 299 ; C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, p. 188 ; C. Rousseau, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 427 ; E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 80 ; V. D. Degan, *Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 348 ; K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 240.

¹⁶⁷⁰ V. *supra*, §§ 367.

¹⁶⁷¹ CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, préc., § 364.

par une protestation tardive. En cela, la « présomption » évoquée par la Cour dans l'affaire précitée doit être entendue comme se rattachant uniquement au processus de reconstruction de la volonté silencieuse de l'État et non à une caractéristique inhérente à l'acte qu'elle génère. Selon A. Marie :

« [L]orsqu'un silence est établi, il reçoit la signification d'un acquiescement sur les effets duquel l'État ne peut revenir unilatéralement. D'un point de vue substantiel, si la protestation ne peut renverser la présomption d'acquiescement c'est bien que, dès lors que les faits sont établis, l'effet est attribué au silence de manière irréfragable et point n'est besoin de lire la situation en termes de présomption. Il ne s'agit ni plus ni moins que de l'effet qu'une règle attribue au comportement d'un État. Le fait pour une protestation d'empêcher une « présomption d'acquiescement » consiste uniquement à empêcher le comportement qui le fonde de se matérialiser. Il ne s'agit en rien de l'effet légal de la protestation »¹⁶⁷².

En somme, la protestation a bien un effet juridique. Celui-ci se limite cependant à la manifestation d'une contre-prétention sommant en retour l'auteur de la prétention initiale de réagir ; elle a pour conséquence d'empêcher en fait la formation d'une volonté silencieuse non équivoque.

381. « Différend juridique » lato sensu et condition d'existence d'un différend au titre de la recevabilité d'une requête – De cette confrontation de prétentions normatives découle la seconde conséquence factuelle de la protestation : l'opposition entre l'État protestataire et l'auteur de la prétention initiale de thèses juridiques contradictoires. La remarque est valable, dans le cadre de cette étude, dans la mesure où l'on s'intéresse à des protestations fondées en droit et non simplement d'ordre politique ou moral. Ainsi, dès lors qu'il s'agit pour l'État protestataire de contester la régularité d'une prétention normative unilatérale que son auteur estime fondée sur une règle d'habilitation, la protestation fait naître un différend juridique *lato sensu*. Conformément à une définition classique, un tel différend surgit lorsque deux États sont en désaccord sur la signification du droit existant¹⁶⁷³. C'est bien le cas lorsque deux prétentions juridiques d'égale valeur à l'égard d'un comportement non

¹⁶⁷² A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 562. Un raisonnement similaire a poussé certains auteurs vers une position extrême consistant à refuser à la protestation la qualité d'acte juridique dans la mesure où elle n'aurait que des effets pratiques. V. en ce sens, G. Biscottini, *Contributo alla teoria degli atti unilaterali nel diritto internazionale*, *op. cit.*, p. 54 ; G. Venturini, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 393.

¹⁶⁷³ J. Salmon (dir.), *dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 338, qui renvoie par ailleurs au *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, J. Badesvart (dir.), *op. cit.*, p. 211 : « Différend dans lequel s'opposent des prétentions de droit, p. ex. prétention d'une partie à un droit contesté par l'autre partie, allégation par une partie d'une obligation à la charge d'une autre partie qui conteste l'existence de cette obligation, contestation sur l'existence, l'interprétation ou l'application d'une règle de droit ou d'un engagement conventionnel ».

manifestement (ir)régulier se font face. Toutefois, il s'agit d'un différend juridique « *lato sensu* », précise-t-on, car cela n'implique pas nécessairement l'existence d'un différend juridique *au sens* des conditions de compétence d'une juridiction internationale et de recevabilité d'une requête portée devant celle-ci. S'agissant, d'une part, de la définition du différend juridique en tant que telle, la CIJ a précisé au fil de sa jurisprudence qu'elle n'avait vocation à exercer sa compétence qu'à l'égard de questions strictement juridiques. Cela exclut ainsi l'opposition entre les parties sur un simple point de fait ou l'opposition d'intérêts, comme cela ressortait de la trop vaste formule employée dans l'affaire *Mavrommatis* (1924)¹⁶⁷⁴, de même que les aspects purement politiques d'un différend. Ainsi, pour reprendre la définition proposée par R. Kolb :

« [u]n différend doit être considéré comme juridique, au sens de la compétence de la Cour, si les parties (dans le cas d'un compromis spécial) ou si le demandeur (dans le cas d'une requête unilatérale) se placent délibérément sur le terrain du droit, c'est-à-dire s'ils formulent leurs demandes sur la base de droits et / ou obligations découlant d'une norme juridique supposée applicable »¹⁶⁷⁵.

Concernant, d'autre part, la question de l'*existence* d'un différend, qui constitue une condition de recevabilité des requêtes qui lui sont déposées, la Cour pose une exigence supplémentaire. Un différend « existe » au sens de ladite condition lorsqu'il découle d'une prétention véhiculée par une véritable réclamation communiquée par l'État prétendument lésé à celui dont il entend invoquer la responsabilité et à laquelle ce dernier a refusé de faire droit¹⁶⁷⁶. Autrement dit, un différend juridique *lato sensu* ne peut en l'état faire l'objet d'une requête automatiquement recevable devant la Cour. À cet égard, il a été vu que si la condition relative à l'existence d'un différend est appréciée objectivement par les juges, à la lumière des faits de chaque espèce, le demandeur est tenu d'apporter la preuve d'une opposition manifeste entre les parties sur un point de droit donné qui soit en tout ou en partie antérieure à la saisine. Ainsi, dans la jurisprudence récente, l'existence de protestations en des termes trop généraux est apparue inapte à satisfaire la condition d'existence d'un différend. La Cour tend en effet à

¹⁶⁷⁴ CPIJ, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, préc., p. 11 : « [u]n différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes ». Sur les insuffisances de cette formule, v. R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, op. cit., pp. 325-328.

¹⁶⁷⁵ R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, op. cit., p. 344, l'auteur rappelant en note la formule classique de H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, Londres, Stevens, 1951, p. 478 : « *[t]he dispute it is to be decided according to norms of positive law ; it is non-legal, i.e., political, if it is to be decided according to other norms, especially according to principles of justice or equity* ».

¹⁶⁷⁶ En ce sens, v. J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, op. cit., p. 561, les auteurs précisant que « le contentieux international n'inclut ni les disputes abstraites (...) ni même les différences d'appréciation sur la conduite à tenir dans une espèce déterminée : son concept implique l'expression de prétentions, et pas seulement de thèses, contradictoires ; et le différend n'apparaît que là où un État réclame d'un autre un certain comportement et se heurte au refus de celui-ci ».

resserrer son appréciation autour de deux critères que sont la communication plus ou moins directe, certes par tout moyen (y compris dans le cadre d'instances multilatérales), d'une réclamation à l'auteur du comportement contesté ainsi qu'un certain degré de précision quant aux fondements juridiques des violations alléguées¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷⁷ La condition d'existence d'un différend a été évoquée à propos de l'étude des demandes aptes à conditionner un rejet silencieux, v. *supra*, § 374, avec en particulier le détail de la position formaliste de la CIJ dans l'affaire des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Pakistan)*, compétence et recevabilité, préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

382. Les prétentions normatives unilatérales *stricto sensu* sommant les tiers intéressés de réagir appellent une interaction entre les acteurs concernés quant à la signification de leurs rapports de droit. Les actes de protestation y contribuent ; c'est là leur fonction générale. Toutes les caractéristiques des protestations dépendent de la nature des prétentions auxquelles ils s'opposent. En premier lieu, leurs objectifs peuvent consister à faire pression en vue du retrait ou de la modification de la prétention, l'État protestataire cherchant à faire valoir ses intérêts en préservant ses droits acquis. La cause objective des protestations se limite, néanmoins, en l'absence de règle spéciale, au fait de porter à la connaissance de l'auteur de la prétention contestée une contre-prétention véhiculant un « jugement » d'irrégularité. Or, dans la mesure où il existe une règle d'habilitation et que la prétention initiale n'est pas manifestement (ir)régulière (et qu'elle est à ce titre présumée opposable), deux prétentions d'égale valeur s'affrontent ; la protestation ne fait qu'empêcher la consécration du caractère définitivement incontestable de la première.

En deuxième lieu, les conditions de formation d'une protestation sont aussi fonction de la nature de la prétention contestée. S'il s'agit d'une demande, le silence peut être vu comme un rejet. En revanche, face à une prétention exécutoire, la protestation doit nécessairement, pour apparaître claire et non équivoque, être explicite ou à tout le moins faire l'objet de comportements concluants susceptibles d'être perçus comme manifestant une protestation implicite. Si la prétention initiale est maintenue, la protestation doit en outre être répétée.

En dernier lieu, la portée des protestations a été distinguée de leur effet juridique proprement dit. Les protestations empêchent la naissance d'un silence équivalant à consentement. La raison en est simple : en tant qu'acte juridique, l'acquiescement est objectivement inexistant en raison du défaut de réalisation en fait de l'action (le silence) nécessaire à sa formation en droit. Par ailleurs, la protestation, en tant que contre-prétention fondée en droit (parce qu'elle répond à une prétention elle-même fondée sur une habilitation) fait surgir un différend juridique qui ne peut être réglé que par des interactions nouvelles entre les acteurs concernés ou par le recours à un tiers impartial.

Ainsi, dans l'ordre juridique international, la protestation apparaît comme un élément essentiel du processus normatif décrit dans cette étude : elle constitue le seul moyen à la disposition des États pour faire échec aux prétentions normatives unilatérales de leurs pairs.

Les États doivent en conséquence faire preuve d'une vigilance accrue s'ils ne veulent pas que leur inaction ne soit régulièrement interprétée comme un acquiescement. Cependant, les conditions d'efficacité des actes de protestation sont assez souples. Ils constituent en ce sens des actes nécessaires et suffisants pour faire obstacle à la consécration définitive d'une prétention normative. *In fine*, le mécanisme assure à tout le moins l'égalité en droit d'États qui ne sont pas égaux en fait.

CHAPITRE 2

LES ACTES D'ACCEPTATION

383. La reconnaissance internationale a fait l'objet d'âpres débats doctrinaux. Sa seule définition constitue un enjeu à part entière. Celle-ci est sujette à de multiples variations selon l'objet de la reconnaissance ou selon les effets et, plus largement, les fonctions que chacun lui attribue en conséquence de présupposés théoriques relatifs à la nature du droit international. Quoi qu'on en dise, on peut d'ores et déjà rejeter l'idée selon laquelle la reconnaissance serait un acte purement politique, comme cela a pu être soutenu¹⁶⁷⁸. La reconnaissance tient assurément un rôle fondamental dans la définition et l'évolution des rapports de droit dans un ordre dépourvu, en principe, d'autorité centralisée au sein duquel s'affrontent les prétentions de ses sujets. De ce fait, la reconnaissance a été maintes fois décrite comme un facteur de paix sociale ou de régulation des rapports internationaux comparable à celui des traités¹⁶⁷⁹. Pour ce qui nous concerne, la reconnaissance remplit une telle fonction dans la mesure où elle s'insère dans un processus normatif interactif. À ce titre, elle constitue un acte d'acceptation des prétentions normatives unilatérales émises par d'autres États¹⁶⁸⁰. Elle rejoint ainsi l'acquiescement qui, on le verra, emporte les mêmes effets et remplit les mêmes fonctions¹⁶⁸¹.

¹⁶⁷⁸ J. Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, not. pp. 720-721. Du même auteur, « La reconnaissance internationale, déclin ou renouveau ? », *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁶⁷⁹ V. par ex. C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, p. 190 : « [l]a reconnaissance est pratiquement le plus important des actes unilatéraux. Elle remplit dans les rapports internationaux un rôle régulateur comparable à celui des traités » ; R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude théorique des principes généraux de droit*, *op. cit.*, p. 353, à propos de l'acquiescement : « [m]algré ces quelques limitations, l'acquiescement représente une arme puissante dans l'amendement des situations juridiques et dans l'adéquation progressive du fait au droit. En joignant un effet normateur à l'écoulement du temps, il est un facteur de paix sociale ».

¹⁶⁸⁰ Cela rejoint certaines définitions générales attribuée à la reconnaissance. V. par ex. C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, p. 191 : « [d]'une façon générale, elle a pour objet d'affirmer l'attitude positive d'un État envers d'autres États relativement à un élément nouveau qui s'introduit dans leurs rapports respectifs ». V. aussi, J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, *op. cit.*, p. 315 : « [l]a Reconnaissance est une opération juridique autonome par laquelle un État s'engage discrétionnairement à respecter une modification de l'ordre juridique international à laquelle il n'avait point participé ».

¹⁶⁸¹ Selon I. Brownlie, par ex., « [*t*]he failure to protest, the pattern of conduct generally described as acquiescence, and admissions against interest (for example, in the form of maps), are all juridical fellows with the group of questions referred to loosely as 'the problem of recognition' », « Recognition in Theory and Practice », *BYIL*, vol. 53, 1982, p. 201.

Dans le cadre du processus représenté dans cette étude, reconnaissances et acquiescements sont ainsi réputés communiquer l'appréciation de leurs auteurs à l'égard du contenu d'une prétention les ayant sommés de réagir ; ils ont dès lors pour effet propre d'en établir le caractère définitivement incontestable. La concordance des positions des acteurs concernés attribue, en conséquence, une signification commune à la prétention initiale et, *a fortiori*, à la norme d'habilitation sur laquelle elle se fonde. Autrement dit, de l'acceptation naît un accord informel et celui-ci rétroagit sur le droit objectif en générant, en interprétant ou en modifiant un rapport de droit.

Une démarche identique à celle du chapitre précédent peut être suivie. C'est ainsi dans le cadre et en fonction du processus normatif avec lequel ils interagissent que l'on peut proposer une vision cohérente des actes d'acceptation et déterminer ainsi leurs causes (§1), leurs modalités de formation (§2) et leur portée (§3).

§1. Les causes des actes d'acceptation

384. Comme cela a été fait pour les protestations, il est utile de détailler les causes subjectives (A) et objectives (B) des actes d'acceptation. L'intérêt d'une telle distinction réside, à nouveau, dans le fait de différencier clairement les objectifs politico-normatifs poursuivis par les auteurs de reconnaissances ou d'acquiescements d'une part, et leurs effets de droit proprement dits d'autre part. En ce sens, si un acte d'acceptation vise, de façon générale, à faire coïncider une évolution du droit avec les intérêts de son auteur, l'acceptation constitue, du point de vue du processus normatif décrit, une prétention unilatérale ayant pour son auteur l'effet de se rendre la prétention d'un tiers définitivement opposable.

A. Les causes subjectives des actes d'acceptation

385. Les actes d'acceptation poursuivent de multiples causes politico-normatives. De façon générale, ils traduisent à tout le moins la convergence entre les intérêts des auteurs de prétentions et ceux des États qui les acceptent à l'égard de la définition ou de la mise en œuvre du droit international (1). Dans certains cas, la reconnaissance ou l'acquiescement révèlent, en outre, l'intention de participer à la consolidation d'une pratique ou d'une situation donnée (2).

1. La convergence d'intérêts liés à la définition ou à la mise en œuvre du droit international

386. *Acceptation de la prétention d'un tiers et abandon d'une prétention contraire* –

Lorsqu'un État reconnaît expressément la prétention émise par un tiers, il renonce, de ce fait, à la possibilité de faire valoir un intérêt opposé à celle-ci. L'idée fut déjà évoquée par J. Charpentier :

« la reconnaissance, quand elle intervient en cette matière est avant tout un engagement de ne pas contester ultérieurement la situation reconnue, une renonciation à toute visée politique incompatible avec la situation reconnue. C'est cet engagement seul qui peut expliquer un cas de reconnaissance expresse comme celui de la souveraineté de l'Espagne sur l'Archipel de Sulu : la reconnaissance par la Grande-Bretagne du titre espagnol était en effet compensée dans une sorte de marchandage synallagmatique, par un engagement pris par l'Espagne de renoncer à toute prétention sur les territoires de Bornéo administrés par la *British North Borneo Company* (article 3 du protocole de Madrid du 7 mars 1885) »¹⁶⁸².

On trouve une autre illustration topique de cette idée dans la reconnaissance par la Colombie de la souveraineté du Venezuela sur l'archipel de *Los Monjes*. Dans une note du 22 novembre 1952, le Ministère colombien des relations extérieures indiqua que le moment était venu de mettre fin aux négociations entre les deux États. Or, compte tenu de l'ensemble des éléments dont il disposait, le Gouvernement colombien souligna qu'il « ne réfute[rait] pas la souveraineté des États-Unis du Venezuela sur l'archipel de Los Monjes et qu'en conséquence il ne s'oppose[rait] pas à l'exercice ni de cette souveraineté ni d'aucun acte d'autorité de ce pays sur l'archipel en question, et n'a[urait] aucune revendication à formuler à cet égard »¹⁶⁸³. En reprenant cet exemple, le Rapporteur spécial de la CDI sur les actes unilatéraux des États considéra qu'il pouvait être difficile, dans ce genre d'hypothèse, de distinguer entre une reconnaissance et une renonciation¹⁶⁸⁴. Toutefois, il semble que l'abandon d'une prétention contraire (potentielle ou avérée) constitue simplement l'effet politique ou l'une des causes subjectives de la reconnaissance. L'effet juridique de cette dernière consiste à se rendre définitivement opposable la prétention d'un tiers¹⁶⁸⁵ ; l'abandon d'une prétention contraire n'en est que la conséquence factuelle, l'État n'ayant pas ou plus intérêt à la maintenir.

¹⁶⁸² J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, *op. cit.*, p. 216.

¹⁶⁸³ L'exemple est longuement développé dans le « Huitième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 6-7, § 16 pour le passage cité.

¹⁶⁸⁴ V. CDI, « Sixième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 7, § 21 et « Septième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 45, § 77.

¹⁶⁸⁵ V. *infra*, § 394. Et sur l'effet juridique des actes de renonciation, v. *supra*, §§ 268 et s.

Au-delà des cas de reconnaissance expresse, somme toute assez rares en dehors de la reconnaissance d'État, on peut encore considérer, avec J. Charpentier, que « [l]e même rôle peut être attribué *au silence des États tiers à une notification à eux faite d'une situation opposable* »¹⁶⁸⁶. L'affirmation paraît justifiée en ce que l'absence de réaction à la suite de la notification d'une prétention peut être interprétée comme démontrant le désintérêt du destinataire à faire valoir une prétention contraire. En ce sens, il a été vu, par exemple, que dans l'affaire du *Différend frontalier entre Dubaï et Sharjah* (1981), le fait que Dubaï n'ait pas protesté contre la décision britannique de délimitation plaçant la zone de Nahada Amair sous la souveraineté de Sharjah fut considéré comme emportant son acquiescement. Le constat du Tribunal a été facilité par le fait que Dubaï avait effectivement protesté contre la même décision mais uniquement pour ce qui avait trait à la péninsule d'Al Mamzer¹⁶⁸⁷.

387. Intérêt à la mise en œuvre unilatérale du droit par un État tiers – Dans les hypothèses où certains États prétendent agir en faveur de la mise en œuvre de régimes collectifs, il est aussi utile d'interroger la valeur de l'absence de réaction des tiers. La question soulève un intérêt particulier pour ce qui concerne la pratique des contre-mesures dites « d'intérêt général ». Quelques exemples récents ont déjà été mentionnés, s'agissant en particulier des mesures restrictives de l'UE ciblant des dirigeants syriens ou des mesures de l'UE et des États-Unis d'Amérique contre la Russie en réaction à l'annexion illicite de la Crimée¹⁶⁸⁸. Au-delà de l'enjeu relatif au régime de ces « contre-mesures » ou des incertitudes émanant des articles de la CDI sur la responsabilité des États, l'attitude des tiers apparaît pertinente au titre de l'éventuelle reconnaissance d'un titre à agir en ce domaine. Les auteurs ont opposé sur ce point divers arguments. D'un côté, il est possible de rappeler que le nombre d'États ayant pris ce genre de mesures unilatérales demeure très limité, ou encore de souligner que « *[m]ost of this practice is (...) heavily motivated by considerations of power and policy and lawyers have been reluctant to see in it any general rule enabling community reactions to violations of norms of great importance* »¹⁶⁸⁹. Il est vrai que le faible nombre de contestations face à ces mesures peut être expliqué par des considérations éminemment politiques. Les États puissants, généralement occidentaux, entendent certainement se réserver le droit de faire de même et adhèrent par ailleurs aux valeurs sous-tendues par ces mesures. Quant aux États plus faibles, la plupart n'ont pas intérêt à protester contre leur légalité pour ne pas contrecarrer les intérêts de

¹⁶⁸⁶ J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, op. cit., p. 216, italique de l'auteur.

¹⁶⁸⁷ *Affaire du Différend frontalier entre Dubaï et Sharjah* (Dubaï/Sharjah), SA préc., p. 627.

¹⁶⁸⁸ V. supra, § 117.

¹⁶⁸⁹ J. Petman, « Resort to Economic Sanctions by Not Directly Affected States », in L. Picchio Forlati, L.-A. Sicilianos (dir.), *Les sanctions économiques en droit international*, op. cit., p. 376.

puissances et en subir les éventuelles conséquences diplomatiques. Dès lors, les États ciblés et leurs alliés directs se trouvent généralement isolés quant au fait de contester les prétentions normatives émanant de telles mesures. D'un autre côté, certains auteurs soulignent qu'une pratique suffisante existe. Ainsi, au-delà de la logique encore mal identifiée de leur régime et de leur caractère auto-apprécié, D. Alland considérait dès 2003 qu'une « pratique internationale, longuement analysée dans les ouvrages et études relatifs aux contre-mesures et rappelée dans les derniers rapports présentés à la CDI, s'[était] développée au cours des deux dernières décennies »¹⁶⁹⁰. Il en concluait que « le principe de la réaction des États indirectement lésés pourrait être reconnu sans difficulté ». En outre, l'auteur affirmait que le caractère très occidental comme la « sélectivité » de la pratique (le fait pour les États de réagir ici et non là) constituent précisément une conséquence de l'intersubjectivité régnant en ce domaine : « [i]l n'y a pas lieu de s'étonner, dans ces conditions, de ce que les États qui en ont les moyens entreprennent la défense des intérêts « de la communauté internationale » uniquement lorsque cela est conforme – ou du moins pas trop directement contradictoire – à leurs intérêts propres »¹⁶⁹¹. De la même façon, dans une étude récente sur le gel et la confiscation des avoirs des dirigeants d'États, l'absence d'objection juridiquement motivée aux mesures unilatérales « d'intérêt général » a été soulignée. Selon l'auteur :

« [l]es contestations émises à leur encontre sont avant tout politiques et doctrinales et se concentrent sur leurs effets défavorables pour les populations plutôt que sur leur validité de principe, en particulier lorsqu'elles répondent à la violation de normes *erga omnes* et qu'elles sont engagées de bonne foi, sans intention subversive, et que leurs effets sont proportionnés aux atteintes qu'elles portent à des intérêts juridiquement protégés »¹⁶⁹².

Ainsi, que la pratique soit celle d'un nombre restreint d'États puissants n'empêche en rien qu'il en émane une prétention normative. Dans ces conditions, l'absence de réaction des tiers peut contribuer à renforcer le fondement incertain de telles mesures.

Pareille réflexion peut encore être transposée aux hypothèses d'exercice extraterritorial des compétences d'un État en vue de régir des situations transnationales. On connaît, à cet égard, la propension des États européens à critiquer rapidement l'unilatéralisme états-unien lorsqu'il porte atteinte à leurs intérêts. Ce fut le cas, en particulier, avec l'adoption des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy ou, en 2018, à propos des sanctions visant l'Iran¹⁶⁹³. Cela dit, le contraste est assez saisissant si l'on oppose ces réactions à la tolérance voire la

¹⁶⁹⁰ D. Alland, « Les contre-mesures d'intérêt général », *op. cit.*, p. 186.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 187 pour les deux dernières citations.

¹⁶⁹² D. Ventura, *Le gel et la confiscation des avoirs des dirigeants d'État étrangers en droit international*, thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017, p. 283.

¹⁶⁹³ Sur les réactions à ces mesures, v. *supra*, §§ 362 et s.

coopération de certains États européens avec les États-Unis d'Amérique en vue de réprimer des faits de corruption ayant assez peu de lien avec le territoire ou les ressortissants états-unis, comme ce fut le cas dans l'affaire du « *FIFAgate* »¹⁶⁹⁴.

388. Indifférence à l'égard de l'objet normatif d'une prétention – Enfin, il est encore possible de trouver le motif d'un acte d'acceptation, ici d'un acquiescement, dans l'indifférence réelle ou supposée des autorités d'un État à l'égard de la prétention d'un tiers. Dans cette hypothèse, la convergence d'intérêts s'opère par défaut, au sens où il s'agit simplement d'une absence d'opposition. La remarque fait ainsi écho aux propos de C. De Visscher, selon lesquels « [l]e même individualisme qui détermine les États à réagir avec vigueur contre des pratiques ou des comportements qu'ils considèrent comme menaçants pour leurs intérêts, les laisse silencieux, parfois jusqu'à l'équivoque, tant qu'ils ne s'estiment pas lésés »¹⁶⁹⁵. En ce sens, il a été vu qu'un État ne peut pas, afin de contrecarrer la valeur attribuée à son silence, arguer d'une erreur alors que l'analyse de son attitude laisse penser qu'il y a lui-même contribué par son indifférence. Un État ne peut ainsi justifier son absence de réaction par le fait qu'il n'avait pas suffisamment pris conscience de l'intérêt en cause et, dès lors, de la valeur de l'objet de son acquiescement. À cet égard, dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Thaïlande c. Cambodge)* (1962), la CIJ considéra :

« comme juridiquement mal fondée la conséquence que l'on voudrait tirer du fait que personne en Thaïlande à l'époque n'aurait connu l'importance du temple ni ne s'en serait soucié. On ne saurait en droit réclamer des rectifications de frontière pour le motif qu'une région frontière se révélerait présenter une importance inconnue ou insoupçonnée au moment de l'établissement de la frontière »¹⁶⁹⁶.

La plupart des affaires déjà citées dans lesquelles une prétention a fait face à un silence ou à une protestation beaucoup trop tardive peuvent être lues à travers cette idée¹⁶⁹⁷. En ce sens, l'impossibilité de revenir sur un acquiescement déjà établi sanctionne le manque de vigilance de la part de l'État qui a bénéficié d'un temps raisonnable pour évaluer la prétention d'un pair.

Il doit en aller de même si l'argument de l'État demeuré inactif consiste à considérer qu'aucune protestation n'avait été émise afin de ne pas compromettre la bonne entente entre

¹⁶⁹⁴ Sur ce point, v. not. C. Slaterry, « A New World Order: FIFA Fiscal Scandal Opens the Door for the United States Department of Justice to Prosecute Crimes Committed across the Globe Through the Use of Extraterritorial Jurisdiction », *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 41, 2018, n° 1, spéc. pp. 224-225.

¹⁶⁹⁵ C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, op. cit., p. 168.

¹⁶⁹⁶ CIJ, *Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, préc. p. 25. V. aussi CIJ, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la Mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, préc., § 208, où la Cour considère que le fait que certains îlots ne revêtent pas une grande importance économique ou stratégique ne dispense pas un État de démontrer qu'il a eu l'intention d'agir en qualité de souverain.

¹⁶⁹⁷ V. *supra*, §§ 296 et s. et § 380.

lui et l'État auteur de la prétention non contestée ; « celui qui se tait, quel que soit l'intérêt qu'il poursuit ce faisant, doit en supporter les conséquences »¹⁶⁹⁸. Cela ressort explicitement des propos de la CIJ dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)* (2005). Elle souligna sur ce point le fait que le climat politique entre certains États devait demeurer sans influence sur la définition de leurs droits :

« [l']existence, entre mai 1997 et juillet 1998, d'une période au cours de laquelle la RDC et l'Ouganda ont entretenu des relations amicales n'affecte en rien cette conclusion. Une période de bonnes relations, voire de relations amicales, entre deux États ne saurait, à elle seule, être interprétée comme empêchant l'un d'eux de soulever une réclamation préexistante contre l'autre, que les relations entre les deux États se soient dégradées à nouveau ou que les deux États continuent d'entretenir de bonnes relations »¹⁶⁹⁹.

2. L'intention de participer au renforcement d'une pratique ou d'une situation

389. *Acceptation et processus coutumier* – La reconnaissance explicite ou implicite d'une prétention peut également être manifestée dans l'intention de favoriser le développement d'une règle coutumière. Les aspects du processus coutumier ayant été évoqués à divers titres dans cette étude, il n'est pas utile d'insister davantage. Il a été vu, notamment, que les tiers à une prétention unilatérale peuvent avoir un rôle dans la qualification de celle-ci comme précédent et, ainsi, dans la constitution d'une pratique et d'une *opinio juris*¹⁷⁰⁰. Le constat fait alors écho à la fonction régulatrice de la reconnaissance dans l'ordre international, mise en avant par C. De Visscher : « [c]ette fonction, la reconnaissance l'exerce donc sur deux plans différents, celui des droits subjectifs, celui de la constitution du droit objectif par l'assentiment qu'elle donne à la consolidation de pratiques coutumières »¹⁷⁰¹. En ce sens, la reconnaissance d'une prétention permet de faire converger les positions des États concernés en même temps qu'elle participe d'un phénomène de propagation de la prétention. Sur ce point, on a évoqué, par exemple, le fait que la déclaration Truman de 1945 sur le plateau

¹⁶⁹⁸ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, op. cit., p. 351.

¹⁶⁹⁹ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, préc., § 293.

¹⁷⁰⁰ V. *supra*, § 74.

¹⁷⁰¹ C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, op. cit., p. 191. V. également J. Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, op. cit., p. 343 : « la reconnaissance a en effet pour objet fondamental de concourir à l'élaboration d'une règle coutumière qui infirmera ou confirmera, selon le mécanisme propre à la coutume en droit des gens, des prétentions particulières ».

continental fut suivie par les revendications similaires d'autres États, en particulier latino-américains¹⁷⁰². Comme la souligné J. Verhoeven sur ce point :

« les déclarations unilatérales de souveraineté (ou de droits souverains) sur le plateau continental n'ont dans l'ensemble guère suscité de protestations ou de non-reconnaissances dans la pratique internationale, même si les reconnaissances en bonne et due forme ont été rares. Cette passivité traduit pour partie la réalité du besoin social auquel répondait l'institution du plateau continental consacrée en 1958 par la Conférence de Genève sur le droit de la mer »¹⁷⁰³.

Pareille réflexion vaut, *mutatis mutandis*, dans les cas où un État entend participer au renforcement d'une pratique subséquente au sens du droit conventionnel¹⁷⁰⁴.

390. Intérêts politiques au renforcement d'une situation : le cas des reconnaissances d'États – Une autre hypothèse classique concerne le rôle des reconnaissances d'États dans les relations internationales. Il ne s'agit pas, à ce propos, d'ouvrir le débat sur l'effet déclaratif ou constitutif de celles-ci mais de mettre en lumière leur fonction purement politique, d'autant plus qu'elles peuvent intervenir dans des contextes particulièrement sensibles, de tensions liées au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, de conflits, d'occupation, de sécession ou de décolonisation¹⁷⁰⁵. Les reconnaissances d'États poursuivent des objectifs variés. De façon générale, leur but peut consister, dans ce genre de cas, à confirmer ou renforcer l'effectivité de l'entité reconnue comme État. Les reconnaissances assurent en ce sens une fonction de consolidation autant que de cooptation des États naissant sur la scène internationale. Ce caractère éminemment politique de la reconnaissance d'État a été souligné par de nombreux auteurs¹⁷⁰⁶. Ainsi, selon J. Charpentier :

« [l']État qui reconnaît un État ou un gouvernement atteste son existence, or cette existence peut être encore douteuse, masquée encore par les derniers ressauts de la révolution. Un acte de reconnaissance prend alors la valeur, comme l'écrivait le commissaire Blacke dans un rapport au Département d'État sur l'opportunité de reconnaître le nouvel État d'Albanie d'un « acte d'encouragement moral spontané au peuple albanais dans une phase critique de son combat pour l'indépendance » »¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰² H. Lauterpacht, « Sovereignty Over Submarine Areas », *op. cit.*, pp. 393-398 sur le processus coutumier et l'absence de protestation.

¹⁷⁰³ J. Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, p. 339.

¹⁷⁰⁴ Sur la valeur des pratiques subséquentes en droit conventionnel, v. *supra*, §§ 242 et s.

¹⁷⁰⁵ La question des effets de droit, à proprement parler, des reconnaissances (*i.e.* leurs causes objectives) est traitée ultérieurement, v. *infra*, §§ 391 et s.

¹⁷⁰⁶ Kelsen faisait déjà une distinction entre la reconnaissance comme acte politique et comme acte juridique, « Recognition in International Law. Theoretical Observations », *AJIL*, vol. 35, 1941, p. 605 : « [t]he political act of recognition of a state or government means that the recognizing state is willing to enter into political and other relations with the recognized state or government ».

¹⁷⁰⁷ J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, *op. cit.*, p. 214. On peut d'ailleurs souligner avec l'auteur que le rôle politique de la reconnaissance est tout aussi important lorsqu'elle vise

De la même façon, J. Verhoeven a souligné que l'effet factuel s'attachant à la reconnaissance pouvait être déterminant à l'égard du renforcement de la situation de l'État reconnu :

« [q]ue l'acte ne soit pas juridique n'implique pas qu'il soit sans conséquence pour le droit. La plus évidente tient à l'apport que la reconnaissance fournit à la réalisation d'une effectivité, notamment étatique. Des expériences récentes ont montré qu'il pouvait être décisif. Il n'y a là rien d'étonnant puisqu'un fait politique – la reconnaissance – concourt à ce qui n'est qu'un complexe de faits, l'effectivité »¹⁷⁰⁸.

Le fait qu'un État soit reconnu par un grand nombre d'États permet ainsi d'asseoir sa position dans les relations internationales¹⁷⁰⁹. L'accumulation de reconnaissances remplit dès lors, selon l'expression employée par E. Wyler, une « fonction de cooptation » :

« [l]'effet apparaît peu recherché lorsque le souci principal de l'État est d'instaurer une relation bilatérale avec le *nasciturus* (pour toutes sortes de motifs), mais très recherché au contraire, si le but visé est d'aider l'entité à « forcer » le passage vers l'accession à la qualité d'État (Reconnaissance *savage*). Par « fonction de *cooptation* », on désigne précisément la dimension élective et collective de la Reconnaissance permettant la réalisation de ce passage, parfois proche de l'effet parce que l'admission dans le « club », si la masse critique de Reconnaissances est atteinte très rapidement, paraît conférer « automatiquement » le Statut d'État »¹⁷¹⁰.

Cela dit, la reconnaissance d'État n'est pas pour autant un acte purement politique, contrairement à la démonstration proposée par J. Verhoeven. La cooptation n'empêche en rien que la reconnaissance soit assortie de conditions. L'aspect strictement politique de la reconnaissance peut ainsi aller de pair avec sa fonction « quasi juridictionnelle », inhérente à la structure de l'ordre juridique international¹⁷¹¹. La reconnaissance constitue ainsi une

des gouvernements : « [c]e rôle politique est ici spécialement important lorsque le gouvernement ancien résiste encore localement et que l'État tiers était lié avec lui par une politique commune : la reconnaissance du gouvernement nouveau est alors l'abandon du gouvernement ancien et l'aveu d'un échec politique : c'est cet aspect politique qui explique l'insistance américaine à refuser de reconnaître le Gouvernement chinois de Mao Tse Tung ». Plus généralement, sur ce thème, v. not. J. Verhoeven, « La reconnaissance internationale, déclin ou renouveau ? », *op. cit.*, pp. 15-16 ; O. Danic, « L'évolution de la pratique française en matière de reconnaissance de gouvernement », *AFDI*, vol. 59, 2013, pp. 511-534.

¹⁷⁰⁸ J. Verhoeven, « La reconnaissance internationale, déclin ou renouveau ? », *op. cit.*, p. 39. Du même auteur, sur l'effet purement matériel, factuel, des reconnaissances, v. *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, pp. 668-691.

¹⁷⁰⁹ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 292 : « [l]a situation d'un État est d'autant mieux assise dans les relations internationales qu'il est reconnu par un plus grand nombre d'États. Si par exemple il s'est constitué par sécession d'une partie du territoire d'un État existant, il devient de plus en plus difficile pour celui-ci de prétendre qu'il exerce encore son autorité sur la collectivité détachée alors que des partenaires de plus en plus nombreux reconnaissent en elle un État indépendant ; c'est bien pourquoi, soit obéissant à des mobiles de pure opportunité politique, soit pour pouvoir entretenir avec lui des relations officielles et suivies, des États procèdent à la reconnaissance, renforçant par là même le statut diplomatique encore précaire de cette collectivité ».

¹⁷¹⁰ E. Wyler, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État. Une approche épistémologique du droit international*, *op. cit.*, p. 312.

¹⁷¹¹ *Ibid.*, p. 317. De la même façon, ce n'est pas parce que la reconnaissance a d'importantes conséquences factuelles qu'elle emporte nécessairement un effet constitutif sur le plan du droit. Rien n'empêche de

prétention à la satisfaction des conditions de survenance d'un fait juridique, *i.e.* l'existence d'un État nouveau au sens du droit international¹⁷¹². Dans ces conditions, il apparaît logique que, selon les situations analysées, les aspects plus politiques ou plus juridiques de la reconnaissance soient plus ou moins visibles.

Les cas les plus probants de reconnaissance cooptative, soumis à de multiples enjeux politiques, émanent certainement de la pratique européenne ayant accompagné ou suivi la chute de l'Union soviétique. Ainsi, par exemple, la reconnaissance des États baltes a fait l'objet d'hésitations entre 1990 et 1991. Il s'agissait de ne pas contrarier la politique d'ouverture menée par M. Gorbatchev. Certains États européens, dont la France et la République fédérale allemande, ont notamment appelé la Lituanie à suspendre provisoirement sa déclaration d'indépendance. Le contexte exigeait par ailleurs d'attendre la ratification de certains traités de désarmement, de régler le statut de la future Allemagne réunifiée ou encore de conserver le soutien soviétique au Conseil de sécurité des Nations Unies afin de régler la crise irakienne. Dans ces conditions, les États occidentaux invoquèrent différents arguments pour retarder la reconnaissance des trois États baltes : le manque d'effectivité de leur gouvernement ou, plus simplement, le fait que leur annexion par l'URSS n'avait jamais été reconnue, ce qui rendait inutile une reconnaissance de leur qualité d'États, qui n'avait jamais disparue. Ce n'est qu'en août 1991, à la suite du putsch manqué de Moscou mené par les communistes conservateurs, que les trois États baltes ont été reconnus, afin de renforcer leur indépendance à l'égard d'une URSS en voie de dislocation¹⁷¹³.

On peut également évoquer le cas de la reconnaissance collective (ou presque) par les États membres de la Communauté européenne des États issus de l'ex-Yougoslavie. À cet égard, des lignes directrices furent adoptées et une Commission arbitrale fut chargée de vérifier le respect des conditions déterminées. Toutefois, la fonction essentiellement politique du mécanisme a été largement soulignée. Ainsi, ce ne sont pas tant les critères traditionnels de l'État en droit international qui ont été déterminants pour reconnaître ces États nouveaux que

distinguer l'effet politique de l'effet juridique. Pour une assimilation de l'effet politique à un effet constitutif, v. G. Guillaume, « La reconnaissance en droit international », *in* C. Puigelier, P. Malaurie (dir.), *La reconnaissance*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 10.

¹⁷¹² V. *infra*, § 393.

¹⁷¹³ Sur la situation des trois États baltes, v. not. R. Kherad, « La reconnaissance internationale des États baltes », *RGDIP*, vol. 96, 1992, n° 4, pp. 843-872 ; J. Salmon, « Reconnaissance d'États », *RBDI*, vol. 25, 1992, n° 1, pp. 226-239.

la possibilité d'obtenir de leurs gouvernements diverses garanties quant au désarmement ou au respect des valeurs de l'État de droit¹⁷¹⁴.

La fonction cooptative de la reconnaissance d'État est encore apparue après la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo le 17 février 2008. La plupart des États occidentaux ont ainsi, par leurs reconnaissances, soutenu le processus en cours ; tandis que d'autres États n'ont toujours pas reconnu le Kosovo soit en raison de leurs affinités avec les intérêts de la Serbie, soit, plus généralement, pour ne pas risquer de stimuler les ambitions sécessionnistes en Europe ou ailleurs¹⁷¹⁵.

Les actes d'acceptation (*i.e.* de reconnaissance ou d'acquiescement) poursuivent ainsi des objectifs politiques extrêmement variés. Leurs causes subjectives diffèrent cependant de leur cause objective, c'est-à-dire de l'effet juridique recherché à proprement parler.

B. La cause objective des actes d'acceptation

391. La question de l'effet propre de la reconnaissance a soulevé quelques controverses doctrinales. Il a parfois été affirmé qu'elle était sans effet (et donc purement politique) face à des actes ou situations déjà opposables en vertu du jeu d'une règle objective. Dans le contexte du processus représenté, l'effet des actes d'acceptation peut néanmoins être précisé. Tout acte d'acceptation constitue d'abord une prétention unilatérale relative à la conformité au droit de son objet. Il en constate l'existence et communique aux tiers, en particulier l'auteur d'une prétention sommant de réagir, une appréciation subjective de sa régularité (1). Dans la mesure où la prétention normative à laquelle elle répond est certes présumée opposable mais contestable durant un certain laps de temps, l'acceptation a bien un effet propre : elle constitue un engagement à considérer l'objet reconnu comme étant le droit. Autrement dit, pour l'auteur d'une reconnaissance ou d'un acquiescement, le contenu normatif de la prétention acceptée lui devient définitivement opposable (2).

¹⁷¹⁴ V. not. E. Wyler, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État. Une approche épistémologique du droit international*, *op. cit.*, p. 22 ; J. Charpentier, « Les déclarations des douze sur la reconnaissance de nouveaux États », *RGDIP*, vol. 96, 1992, n° 2, pp. 343-355 ; R. Kherad, « La reconnaissance des États issus de la dissolution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie par les membres de l'Union européenne », *RGDIP*, vol. 101, 1997, n° 3, pp. 663-693.

¹⁷¹⁵ J. Charpentier, « La reconnaissance du Kosovo », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 185-215 ; A. Pellet, « "Kosovo" – the Questions Not Asked: Self-Determination, Secession, and Recognition », in M. Milanovic, M. Wood (eds), *The Law and Politics of the Kosovo advisory opinion*, Oxford, OUP, 2015, pp. 268-279.

1. L'acceptation comme prétention relative à la régularité de son objet

392. Caractères de l'acceptation : constat d'existence et jugement relatif de conformité au droit – Les définitions doctrinales classiques de la reconnaissance mettent généralement en avant trois éléments essentiels : son unilatéralité formelle, la constatation de l'existence d'un acte ou d'une situation et le fait pour son auteur de se les rendre opposables¹⁷¹⁶. Ainsi, selon le *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, la reconnaissance constitue un :

« [a]cte par lequel un État, constatant l'existence de certains faits (un État nouveau, un gouvernement, une situation, un traité, etc.), déclare ou admet implicitement qu'il les considère comme des éléments sur lesquels seront établis ses rapports juridiques, cela avec les modalités explicites ou implicites que peut comporter cette reconnaissance »¹⁷¹⁷.

De la même façon, le Rapporteur spécial de la CDI sur les actes unilatéraux des États a proposé de définir la reconnaissance comme :

« [u]ne manifestation unilatérale de volonté formulée par un État ou plusieurs États, individuellement ou collectivement, par laquelle est constatée l'existence d'une situation de fait ou de droit ou la légitimité d'une prétention juridique, dans le but de produire des effets juridiques déterminés, en particulier d'accepter que cette situation ou cette prétention soit opposable dès le moment de la déclaration ou à partir du moment précisé dans celle-ci »¹⁷¹⁸.

Les définitions classiques méritent néanmoins quelques précisions dans la mesure où elles ne renseignent pas explicitement sur la nature de la reconnaissance et, plus généralement, de tout acte d'acceptation. En réalité, au même titre que l'ensemble des actes identifiés dans cette étude, qui ont un effet sur le processus normatif, la reconnaissance ne peut être autre chose qu'une prétention unilatérale. Du point de vue de son auteur, elle a pour objet, d'une part, de constater l'existence de l'acte ou de la situation à laquelle elle répond et, d'autre part, de communiquer aux tiers intéressés son appréciation subjective de la conformité de cet acte ou

¹⁷¹⁶ En ce sens, CDI, « Sixième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 13, § 49.

¹⁷¹⁷ J. Basdevant (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, *op. cit.*, p. 508, définition reprise par le *Dictionnaire de droit international public*, J. Salmon (dir.), *op. cit.*, p. 938.

¹⁷¹⁸ CDI, « Sixième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 17, § 67. V. aussi par ex. R. Erich, « La naissance et la reconnaissance des États », *RCADI*, vol. 13, 1926, p. 457 : « [l]a reconnaissance est un acte unilatéral par lequel un État affirme, accepte ou, pour employer les termes les plus larges possibles, par lequel il se prononce dans un sens affirmatif sur un état de choses, sur l'existence d'un organisme, sur un statut, sur une modification qui vient de s'accomplir dans les rapports internationaux » ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 396-397, la reconnaissance est l'« acte par lequel un État constate l'existence de certains faits ou de certains actes juridiques et admet qu'ils lui sont opposables ».

de cette situation au droit. En ce sens, la reconnaissance est donc une prétention *normative*. Cela ressort des réflexions des auteurs ayant tenté d'en dégager précisément les effets. Selon E. Suy, notamment, « la reconnaissance est une manifestation de volonté unilatérale par laquelle un sujet de droit constate une situation donnée et exprime la volonté de la considérer comme étant conforme au droit »¹⁷¹⁹. L'auteur rejoint ainsi les remarques plus anciennes formulées par J. Charpentier à propos des situations directement opposables. À cet égard, ce dernier souligna que la reconnaissance constitue « à la fois une attestation – dans la plupart des cas – de l'effectivité de la situation, et une attestation de sa non-contrariété avec les droits de l'État qui reconnaît »¹⁷²⁰. Il en va de même pour l'acquiescement. À cet égard, le rôle du silence en tant qu'acte d'acceptation a été mis en lumière par A. Marie :

« si l'on admet qu'accepter l'opposabilité d'un acte revient à apprécier positivement sa compatibilité avec le droit international, l'objet de l'acquiescement est une situation factuelle : la compatibilité ou l'incompatibilité de la prétention avec le droit international ou les termes d'une demande »¹⁷²¹.

En somme, tout « réaction [positive] à un *acte* antérieur déterminé par une règle est un jugement de conformité de l'acte à la règle qui en conditionne les effets »¹⁷²². En l'absence d'autorité centralisée dans l'ordre international, il revient naturellement à chaque État d'opérer pour lui-même un tel contrôle de la conformité au droit des prétentions de ses pairs. Les actes d'acceptation, explicites ou non, constituent ainsi le résultat (ou sont à tout le moins réputés être le résultat) de l'appréciation de leurs auteurs. Cette logique relativiste du contrôle de conformité au droit n'est pas incompatible, on l'a dit, avec le caractère objectivement opposable des prétentions normatives *stricto sensu*¹⁷²³. Dès lors que ces dernières ne sont pas manifestement (ir)régulières vis-à-vis de la règle d'habilitation sur laquelle elles se fondent (ou des règles extrinsèques qui en conditionnent l'usage), elles sont présumées opposables. Il revient alors à chaque État susceptible de s'estimer potentiellement lésé de soulever d'éventuels motifs d'irrégularité. Dans ces conditions, manifester son approbation comme ne pas réagir revient quoi qu'il en soit à attester de la conformité d'une prétention à l'égard de son fondement.

¹⁷¹⁹ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 190.

¹⁷²⁰ J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, *op. cit.*, p. 215.

¹⁷²¹ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 252.

¹⁷²² R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 210 : « [e]n se positionnant face à une situation ou une initiative unilatérale, l'État contrôle le respect de la règle qui la conditionne à chaque fois que le droit international en comporte une. L'étendue d'un tel contrôle dépend de la marge d'appréciation que la règle concernée concède à ses destinataires aux fins de sa mise en œuvre ».

¹⁷²³ V. *supra*, §§ 288-290.

393. Prétention relative à l'existence d'un fait juridique : cas particulier de la reconnaissance d'État – À côté du processus normatif tel qu'il est décrit dans cette étude, au sein duquel la réaction d'un État fait face à une prétention normative unilatérale (*i.e.* un acte juridique présumé opposable), la reconnaissance d'État (ou d'autres situations) fait figure d'exception dès lors que c'est l'existence d'un fait juridique qu'il s'agit d'établir. L'existence d'un État constitue un fait juridique objectif au sens où l'attribution d'une telle qualification à des événements purement politiques procède d'une règle établie :

« l'État existe en droit dès lors que le pays existe en fait, assertion qui signifie à son tour deux choses : quant au fond, que le droit international ne fait rien de plus que consacrer ce que les faits ont produit dans leur domaine propre, et quant à la procédure, que la fondation de l'État ne fait pas appel à la technique de l'acte juridique »¹⁷²⁴.

Ainsi, de l'État *in statu nascendi*, on ne peut attendre aucune prétention qui imposerait aux tiers de réagir. La revendication de son existence ressortit au domaine politique ; elle ne procède pas d'une règle d'habilitation mais d'une règle dont la condition de déclenchement renvoie à la survenance de certains faits, « et dire que leur survenance est nécessaire n'est pas subordonner la formation de l'État à une quelconque action de ses organes de fait »¹⁷²⁵. Cela dit, l'affirmation portant sur l'existence objective de l'État en tant que fait juridique voit sa portée immédiatement limitée par la structure de l'ordre juridique international. Dans un ordre décentralisé, le pouvoir de constatation des faits juridiques relève des États. Comme l'avait déjà exprimé Kelsen à cet égard, « *the establishment of the fact that in a given case a « state in the sense of international law » exists, falls, according to general international law, within the jurisdiction of the states concerned* »¹⁷²⁶. Dans ces conditions, on entrevoit le rôle fondamental joué par la reconnaissance en la matière : « *[t]his establishment (la constatation) is the legal act of recognition* »¹⁷²⁷. La même idée fut exprimée par J. Charpentier, selon qui « l'attestation de l'existence du fait-État est donc la fonction essentielle de la reconnaissance d'État »¹⁷²⁸. Pour les mêmes raisons, certains ont néanmoins voulu nier que la reconnaissance d'une situation dont le statut dépend des

¹⁷²⁴ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 285.

¹⁷²⁵ *Ibid.*, p. 287.

¹⁷²⁶ H. Kelsen, « Recognition in International Law. Theoretical Observations », *op. cit.*, p. 607.

¹⁷²⁷ *Ibid.* Cependant, contrairement à l'auteur, on ne considère pas que l'existence de l'État soit en conséquence un fait purement relatif.

¹⁷²⁸ J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, *op. cit.*, p. 204. L'auteur cite en ce sens J. L. Brierly, *The Law of Nations*, Oxford, Clarendon Press, 4^{ème} éd., 1949, p. 124 (traduction de J. Charpentier) : « [l]a fonction essentielle de la reconnaissance est de reconnaître (*acknowledge*) comme un fait quelque chose qui a été jusqu'alors incertain, à savoir l'indépendance d'un organisme revendiquant le titre d'État, et de déclarer que l'État reconnaissant est disposé à accepter les conséquences normales de ce fait ». V. dans le même sens, J. Crawford, *The Creation of States*, New York-Oxford, Clarendon Press-OUP, 2^{ème} éd., 2006, pp. 23-25.

conditions posées par le droit objectif ait tout effet de droit, la qualifiant ainsi d'acte purement politique¹⁷²⁹. Toutefois, l'affirmation peut être rejetée. En effet, s'il s'agit de reconnaître l'existence d'un fait juridique au regard de conditions que le droit international détermine, alors la reconnaissance constitue, là encore, une prétention normative unilatérale en ce que son auteur qualifie une situation à la lumière du droit établi. En outre, la reconnaissance constitue une prétention relative à l'existence d'un fait qu'un État n'est pas obligé de reconnaître ; par là, il se la rend opposable. C'est pourquoi, contrairement à l'acceptation (potentiellement silencieuse) d'une prétention véhiculée par un acte juridique, la reconnaissance d'État doit nécessairement être expresse ou, à tout le moins, implicite ; elle ne peut être tacite¹⁷³⁰. Ainsi, il est permis d'affirmer, d'un côté, qu'un État a une existence objective, en tant que fait déterminé par le droit international et, d'autre part, que chaque État tiers peut émettre à cet égard une prétention unilatérale relative à la réunion des conditions nécessaires à la naissance du fait reconnu comme existant¹⁷³¹. En somme, la reconnaissance d'un fait objectif est toujours une prétention au respect de la règle qui en détermine les conditions d'apparition :

« la réaction à une *situation* est un jugement de conformité de la situation reconnue à la règle qui en conditionne, soit l'existence légale (pour les situations juridiques), soit l'effectivité (pour les situations de fait). Par son intermédiaire, son auteur se rend la situation opposable. Là réside l'effet propre de cette reconnaissance : reconnaître un État, c'est décider d'entrer en rapport avec une entité qu'on tient pour établie conformément aux règles qui déterminent l'existence de l'État »¹⁷³².

Ces différentes remarques se limitent à l'effet juridique qui se déploie dans la relation entre l'auteur de la reconnaissance et son objet, c'est-à-dire l'État reconnu envisagé en tant que fait. Cela dit, on voit par ailleurs où peut résider la portée éventuellement déclarative ou constitutive de la reconnaissance d'un État du point de vue du droit objectif¹⁷³³. En effet, si les reconnaissances d'un « État » donné se conforment aux conditions classiquement admises

¹⁷²⁹ J. Verhoven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, pp. 720-721. Du même auteur, « La reconnaissance internationale, déclin ou renouveau ? », *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁷³⁰ Sur la distinction entre l'acceptation des *actes* et l'acceptation des *situations*, v. R Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 208.

¹⁷³¹ V. par ex., J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 285-286 : « [c]e n'est pas à dire que des divergences d'appréciation ne puissent opposer les États sur la réalisation des faits dont la réunion opère institution de l'État – le pays est-il vraiment indépendant, le gouvernement vraiment effectif... ? (...) mais il n'est pas contesté que la qualité d'État soit acquise à l'État qui les réunit, par la seule opération d'une règle de droit international qui érige ces circonstances en « faits-conditions ».

¹⁷³² R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 210.

¹⁷³³ Bien qu'elle soit constamment rappelée, la dichotomie est unanimement critiquée en raison de ses impasses logiques. Sur cette question, v. not. J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, *op. cit.*, pp. 189-200 ; E. Wyler, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État. Une approche épistémologique du droit international*, *op. cit.*, pp. 140-160.

par le droit international, leur portée n'en sera que purement déclarative. En revanche, plus il y a de reconnaissances convergentes prétendant attester de la naissance d'un État en s'écarter des conditions traditionnelles, plus celles-ci gagneront une portée constitutive ; autrement dit, la somme de ces reconnaissances aura pour effet de forcer la survenance du fait-État « au sens des conditions prétendues ». Pareille portée juridique à l'égard du droit objectif et sa conséquence sur la naissance d'un État comme fait juridique apparaissent comme la traduction en droit de l'intention politique de cooptation d'un État nouveau par les États préexistants¹⁷³⁴. Par ailleurs, la remarque permet de faire écho à la distinction proposée par E. Wyler entre les effets de la reconnaissance comme acte strictement unilatéral (*i.e.* comme qualification subjective de l'existence d'un fait juridique) et la portée de la reconnaissance d'État en tant qu'institution attributive du statut d'État¹⁷³⁵.

Ainsi, qu'il s'agisse d'accepter la prétention unilatérale d'un tiers ou de reconnaître une situation donnée (comme dans le cas de la reconnaissance d'État), l'acte d'acceptation peut être vu comme une prétention unilatérale relative à la conformité de son objet au droit. Cette étude ne s'intéresse qu'à la première hypothèse car seules les prétentions normatives unilatérales *stricto sensu* identifiées (présumées opposables) ont pour effet de sommer les tiers de réagir ; c'est uniquement dans ce cadre que les actes de réaction sont analysés. Cela dit, dans ce cas comme dans celui de la reconnaissance de l'existence d'un fait juridique, l'effet de l'acceptation réside toujours dans le fait d'établir son opposabilité définitive.

2. L'effet de l'acceptation : l'opposabilité définitive de son objet

394. *Confirmation de l'opposabilité présumée d'une prétention normative –*

Lorsqu'un État se voit sommé de réagir par la prétention normative (présumée opposable) d'un pair, l'enjeu consiste à déterminer si son acceptation a un effet propre et, le cas échéant, à identifier la nature de cet effet. La question fait écho à un débat doctrinal classique sur les effets de la reconnaissance d'actes juridiques (ou de situations) opposables. J. Verhoven,

¹⁷³⁴ V. *supra*, § 390.

¹⁷³⁵ E. Wyler, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État. Une approche épistémologique du droit international*, *op. cit.*, p. 344 : « [e]n tant que jugement d'analogie portant sur la réalité de l'émergence concrète d'un État, l'acte de Reconnaissance n'est ni un « constat de fait » objectif, ni un acte de volonté « constitutif » du phénomène étatique, mais une qualification qui, en abolissant la distinction stricte entre *Fait* et *Droit*, participe authentiquement de la naissance de l'État international, en se conjuguant avec d'autres actes de Reconnaissance jusqu'à se fondre dans une Reconnaissance globale, institutionnalisée, conférant au *nasciturus* la qualité d'État au sens du droit international général ».

notamment, réfute la qualité d'acte juridique à la reconnaissance dès lors que son effet prétendu est en réalité le résultat de l'existence légale de l'objet opposable :

« lorsque l'objet de la reconnaissance est « opposable » aux tiers, il existe valablement à leur égard avec tous ses effets de droit. En pareille hypothèse, il ne saurait être question de rattacher à la reconnaissance un effet dont son objet est naturellement investi, eu égard à son « opposabilité ». (...) Dès l'instant où la situation reconnue produit tous ses effets à l'égard des tiers indépendamment de toute reconnaissance, l'on aperçoit mal quels pourraient être ses effets juridiques propres, en l'absence desquels sa qualité d'acte juridique ne saurait être démontrée »¹⁷³⁶.

À l'opposé de cette position, J. Charpentier, quant à lui, considère que « la reconnaissance d'une situation opposable est *une attestation d'opposabilité* (...) L'État reconnaissant ne prouve pas la validité objective de la situation nouvelle, il atteste seulement l'existence de ses rapports avec elle »¹⁷³⁷. En conséquence, il voit dans la reconnaissance « un engagement, son effet direct est toujours d'obliger l'État qui l'accorde à respecter la situation reconnue »¹⁷³⁸. L'affirmation fut reprise par E. Suy :

« [la reconnaissance] donne lieu à une situation juridique nouvelle qui, à notre avis, ne se laisse formuler généralement que lorsqu'on la considère en fonction de l'auteur de la reconnaissance. En effet, la manifestation de volonté comprise dans l'acte de reconnaissance est *un engagement à considérer l'objet reconnu comme étant le droit*. Cet engagement donne lieu à une obligation de ne plus contester le contenu de la situation existante »¹⁷³⁹.

Dans le cadre du processus décrit dans cette étude, ces différentes assertions peuvent être discutées. D'abord, la position de J. Verhoeven peut être rejetée ; tout acte d'acceptation emporte bien un effet propre, y compris face à une prétention (ou une situation) présumée opposable. Ensuite, pareil effet peut être clairement identifié, dans le prolongement des propos de J. Charpentier et E. Suy. On considère en effet que la reconnaissance a bien un effet consistant à communiquer le fait que la prétention a été appréciée, acceptée et, dès lors, qu'elle ne peut plus être contestée. La reconnaissance n'est certes qu'un jugement de conformité d'une prétention présumée opposable (en raison de sa conformité apparente avec

¹⁷³⁶ J. Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, p. 708.

¹⁷³⁷ J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, *op. cit.*, p. 203, italique de l'auteur.

¹⁷³⁸ *Ibid.*, p. 202.

¹⁷³⁹ E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 207, italique de l'auteur. Dans le même sens, v. aussi G. Venturini, « La valeur juridique des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, pp. 395-396 : « en tout cas, ainsi que le démontre la pratique des États, on a toujours l'effet juridique sus-indiqué, c'est-à-dire l'obligation de ne pas contester la situation reconnue : il y a dès lors précisément un exercice du pouvoir juridique de s'obliger » ; P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 382 : « [l]a reconnaissance occupe une place importante dans les relations juridiques internationales. Elle peut intervenir à propos de tout fait juridique modifiant ou ayant pour objet de modifier l'ordonnement juridique international (...). La reconnaissance aura pour effet d'empêcher celui qui l'émet de contester ultérieurement la validité de la situation qu'elle a pour objet de constater et d'accepter », italique des auteurs.

la règle d'habilitation sur laquelle elle se fonde). Mais la communication de ce jugement de conformité a pour effet de rendre la prétention normative initiale incontestable. En cela, la reconnaissance constitue bien un engagement à ne plus soulever aucun motif d'irrégularité à l'égard d'une prétention qui, par nature (parce qu'elle était une « prétention normative » interprétative ou modificative), pouvait être contestée durant un certain laps de temps¹⁷⁴⁰. La reconnaissance a donc pour effet de confirmer la présomption d'opposabilité de la prétention. Dans ces conditions, un acte d'acceptation a l'effet exactement inverse de celui d'une protestation. En protestant, un État communique les motifs pour lesquels la prétention d'un pair lui paraît infondée, ce qui a pour conséquence d'empêcher la formation d'un acquiescement au caractère incontestable de la prétention et de faire émerger un différend juridique¹⁷⁴¹. L'acceptation, quant à elle, vise à communiquer l'appréciation du bien-fondé de la prétention ; elle a dès lors pour effet de confirmer sa régularité présumée¹⁷⁴². Dans un tel mécanisme, on voit la réalisation concrète d'une logique de légalité objective qui, en l'absence d'autorité centralisée, se réalise au moyen de l'appréciation relative des sujets liés par une règle d'habilitation¹⁷⁴³.

395. *Équivalence entre les effets de l'acquiescement et de la reconnaissance* – L'effet de l'acquiescement à la prétention normative d'un pair est le même que celui d'une reconnaissance explicite ou implicite. Simplement, le moment et la modalité de l'acceptation diffèrent dans la mesure où c'est le silence de l'État qui se voit attribuer la valeur d'une telle acceptation dans une situation où il se trouvait sommé de réagir. La définition doctrinale de

¹⁷⁴⁰ L'affirmation trouve des illustrations concrètes dans la jurisprudence de la CIJ. V. not., *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, préc., p. 213 : « le Nicaragua a, par ses déclarations expresses et son comportement, reconnu le caractère valable de la sentence et il n'est plus en droit de revenir sur cette reconnaissance pour contester la validité de la sentence » ; *Affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, préc., p. 42 : « reconnaître une frontière c'est avant tout l'accepter, c'est-à-dire accepter les conséquences juridiques de son existence, la respecter et renoncer à la contester à l'avenir ».

¹⁷⁴¹ V. *supra*, § 380.

¹⁷⁴² V. en ce sens, A. Verdross, « Règles générales du droit international de la paix », *RCADI*, vol. 30, 1929, p. 437 : « la reconnaissance et la protestation sont des actes unilatéraux opposés entre eux. Car par la reconnaissance un État reconnaît un droit prétendu ou l'existence d'un fait, tandis que par la *protestation* un État conteste la légitimité d'un État de choses donné. Dans le premier cas, l'État qui effectue la reco n'est plus en droit de s'opposer dorénavant à la situation reconnue par lui, dans le second cas, au contraire, il se réserve précisément de faire valoir ses réclamations individuelles », italique de l'auteur.

¹⁷⁴³ À cet égard, v. R. Rivier, *Droit international public, op. cit.*, pp. 212-214, à ceci près que l'auteur limite drastiquement la logique de « légalité » à l'œuvre en étendant le constat de l'appréciation intersubjective de celle-ci à la question de l'existence même d'un acte et non seulement à l'appréciation de son contenu, v. p. 214 : « (...) la règle se borne à énoncer abstraitement les conditions d'existence de l'acte (...). Elle ne désigne pas les actes qui les remplissent effectivement. (...) Il suffit alors que deux États s'accordent pour considérer qu'un acte juridique donné vérifie les conditions posées par la règle « supérieure » pour que cette qualité se forme valablement : pour que l'acte soit valable ».

l'acquiescement soulève peu de débat à cet égard. Elle renvoie toujours à l'équivalent du consentement de la part de son auteur¹⁷⁴⁴. Selon R. Kolb, par exemple, « [l']acquiescement signifie alors le silence prolongé qu'un sujet de droit oppose aux prétentions d'un autre sujet d'une manière telle que son comportement ne peut être *bona fide* appréhendé autrement que comme acceptation concluante »¹⁷⁴⁵. Il en va de même pour A. Marie lorsqu'il évoque l'hypothèse du silence faisant face au maintien en vigueur d'un acte (un traité ou une décision juridictionnelle) :

« [d]ans les hypothèses en cause, dire que le silence reçoit un effet équivalent à celui d'un consentement, revient à dire que l'État silencieux procède au constat des motifs pouvant justifier la contestation de l'acte et qu'il refuse d'en tirer les conséquences. (...) Le fondement du caractère obligatoire de l'acte qui bénéficie de la présomption d'opposabilité n'en est pas déplacé. En revanche, le caractère dorénavant incontestable de l'acte, à l'égard de l'État silencieux est, lui, fondé sur cette appréciation silencieuse ainsi portée »¹⁷⁴⁶.

Toutefois, contrairement à l'auteur, on considère que le même raisonnement vaut à l'égard de la prétention normative unilatérale d'un pair, dans la mesure où, comme tout acte juridique non manifestement infondé, celle-ci bénéficie d'une opposabilité présumée¹⁷⁴⁷.

Les illustrations jurisprudentielles dans lesquelles le silence a été considéré comme équivalent à un acte d'acceptation face à la prétention d'un pair ne manquent pas. De multiples exemples ont déjà été évoqués¹⁷⁴⁸. On peut ainsi se contenter de rappeler que, dans l'*Affaire du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)* (1984), la CIJ a décrit l'acquiescement comme « équivalent à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre

¹⁷⁴⁴ V. not. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 22 ; N. S. Marques Antunes, « Acquiescence », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (en ligne) septembre 2006, § 2. En outre, on peut renvoyer à nos développements sur le fait qu'en l'absence de condition déterminée relative à l'action nécessaire à la naissance d'un acte juridique, tout comportement, y compris le silence, peut être interprété selon le contexte comme l'expression d'une volonté claire et non équivoque, v. *supra*, § 167.

¹⁷⁴⁵ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, *op. cit.*, p. 340, l'auteur refusant toutefois d'y voir une volonté effective. Il considère qu'il s'agit de comportements déclenchant l'application de principes de droit objectif. On a déjà expliqué, cependant, que les deux approches ne nous paraissent pas incompatibles.

¹⁷⁴⁶ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, pp. 153-154.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 253, à propos des prétentions unilatérales considérées par l'auteur comme automatiquement inopposables : « [q]uoi qu'il en soit, peu importe le motif de l'inopposabilité de l'acte (*i.e.* qu'il s'agisse d'une prétention par nature ou par devenir), l'acquiescement silencieux permet, en définitive, l'opposabilité des effets que l'auteur de la prétention cherchait à réaliser. L'État est réputé apprécier positivement les conditions de l'opposabilité d'un acte et son silence est, lui-même, érigé en condition de cette dernière. Condition d'opposabilité dans laquelle les autres se fondent, le silence est aussi un fait ou acte-condition. L'acquiescement modifie la situation de son « auteur » précisément en ce qu'il permet que les effets à la création desquels il concourt puissent lui être opposés ».

¹⁷⁴⁸ V. *supra*, not. §§ 293 et s.

partie peut interpréter comme un consentement »¹⁷⁴⁹. Il est par ailleurs intéressant de souligner que le raisonnement de la Cour dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Thaïlande c. Cambodge)* (1962) met en lumière l'équivalence logique entre l'acquiescement de l'État et son consentement. En effet, après avoir considéré que, par leur silence, les autorités siamoises avaient accepté le contenu de la carte fournie par la France, la Cour a procédé à une recherche d'un vice éventuel du consentement siamois :

« [i]l semble donc que la carte de l'annexe I avait tout pour inspirer des doutes à quiconque estimait qu'à Préah Vihear la ligne de partage des eaux devait suivre la ligne d'escarpement, ou à quiconque était chargé d'examiner cette carte. (...) Les autorités siamoises savaient qu'elle était l'œuvre d'officiers topographes français à qui elles avaient elles-mêmes confié ce travail cartographique. Elles l'ont acceptée sans faire de recherches pour leur propre compte et ne sauraient donc maintenant invoquer une erreur viciant leur consentement »¹⁷⁵⁰.

396. Conséquence de l'acceptation : la conclusion d'un accord informel – La détermination de l'effet d'un acte d'acceptation débouche, plus généralement, sur la problématique de la qualification du processus interactif de définition des rapports de droit. À cet égard, les décisions juridictionnelles demeurent généralement muettes. L'intérêt premier des juges et arbitres n'est pas nécessairement de répondre à cette question. Ces derniers se limitent ainsi à constater les effets d'un acte d'acceptation (d'une reconnaissance expresse ou implicite ou d'un acquiescement) à l'égard de son auteur au sens où l'État s'en trouve simplement contraint à ne pas contester la prétention d'un tiers. D'un point de vue strictement pratique, affirmer que le rapport de droit établi entre deux parties soit le produit d'actes unilatéraux ou celui d'un accord informel est sans conséquence. Pareille précision fut apportée explicitement par le Tribunal arbitral dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord aérien (États-Unis d'Amérique/France)* (1963) :

« [t]his identity of effects eliminates the practical consequences of the doctrinal divergence between the partisans of the theory according to which acquiescence is equivalent to tacit consent and those for whom acquiescence, while it is a phenomenon that is equivalent in its effects to tacit consent, should in theory be distinguished from it »¹⁷⁵¹.

¹⁷⁴⁹ CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, préc., § 130. V. aussi CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, préc., § 121 : « un silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse » ; CIJ, arrêt du 1^{er} octobre 2018, *Obligations de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, Rec., § 152.

¹⁷⁵⁰ CIJ, *Affaire du Temple de Préah Vihear (Thaïlande c. Cambodge)*, fond, préc., pp. 26-27.

¹⁷⁵¹ *Interprétation de l'accord aérien du 27 mars 1946 (États-Unis/France)*, SA préc., p. 63, note 2.

Partant, le Tribunal se limita au constat que la France ne pouvait plus contester la modification du traité à laquelle son acquiescement silencieux avait contribué. De la même façon, dans l'affaire *Pedra Branca (Malaisie/ Singapour)* (2008), la CIJ se borna à conclure au transfert du titre sur l'île au profit de Singapour révélé par les attitudes respectives des parties¹⁷⁵². À ce propos, dans leur opinion individuelle commune, les juges Abraham et Simma regrettèrent que la Cour n'ait pas explicitement choisi entre l'accord tacite et l'acquiescement¹⁷⁵³. Cependant, ils nuancèrent immédiatement leur remarque en raison de l'absence de distinction nette entre les deux qualifications :

« [à] vrai dire, il n'est pas de première importance que la Cour ait recours, pour fonder la solution qu'elle adopte, à telle ou telle catégorie ou qualification juridique, lesdites catégories n'étant souvent pas, il faut le reconnaître, séparées les unes des autres de façon étanche. (...) la question essentielle est de savoir *à quelles conditions* un accord tacite ayant un tel effet peut être regardé comme constitué, l'acquiescement regardée comme établi, ou la prescription regardée comme acquise. En somme, ce qui importe surtout est de savoir quels effets le droit international attache à tel ou tel comportement des États concernés (...), plutôt que de choisir entre telle ou telle expression apte à qualifier le processus juridique qui conduit de la cause à la conséquence »¹⁷⁵⁴.

Dans ces conditions, la qualification du processus interactif à l'œuvre, dont découle une interprétation ou une évolution des rapports de droit, ressortit à la doctrine. Or, comme expliqué en introduction, dans ce domaine, rien n'empêche d'appliquer la notion d'acte juridique (en tant qu'elle constitue un outil purement scientifique) à l'ensemble ou à une partie seulement d'un mode de production du droit ; autrement dit, aux actes unilatéraux des États comme aux accords qu'ils forment en se conjuguant¹⁷⁵⁵. De ce point de vue, la qualification d'acte juridique à la reconnaissance ou à l'acquiescement ne peut être refusée au seul motif qu'ils constitueraient une partie d'une opération plus globale, comme le fit J. Verhoeven :

« [q]uelles que soient les définitions doctrinales, la pratique révèle que maintes reconnaissances tirent exclusivement leur raison d'être et leur efficacité juridique du concours de volontés qu'elles contribuent à former, particulièrement dans les matières où le droit des gens subordonne la validité d'une situation juridique à un accord de volontés. Nous avons dit que la spécificité de la reconnaissance est en pareille hypothèse

¹⁷⁵² CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca/ Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/ Singapour)*, préc., la Cour précise néanmoins au § 120 qu'« [u]n changement de titulaire de la souveraineté pourrait avoir résulté d'un accord entre les deux États en question, accord qui pourrait avoir pris la forme d'un traité [...] ou avoir été tacite et découler du comportement des parties. Le droit international n'impose à cet égard aucune forme particulière. Il met en revanche l'accent sur les intentions des parties ».

¹⁷⁵³ Opinion individuelle des juges Abraham et Simma, préc., § 10.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*, § 16, italique des auteurs.

¹⁷⁵⁵ V. *supra*, § 40.

purement « procédurale » ; elle est celle d'une technique de conclusion d'un accord, elle n'est pas celle d'un acte juridique unilatéral »¹⁷⁵⁶.

Certes, il est possible d'affirmer que les actes d'acceptation constituent les parties d'un accord implicite. Toutefois, cela n'empêche pas qu'ils aient leurs effets propres et l'analyse d'un processus normatif composé d'actes unilatéraux ne peut faire l'économie de leur description. D'un côté, la prétention normative unilatérale *stricto sensu* d'un État a pour effet autonome de sommer les tiers intéressés de réagir. De l'autre, la réaction positive de ces derniers, quant à elle, qu'elle soit explicite ou non, a pour objet de communiquer leur appréciation subjective de la conformité au droit de la prétention initiale ; elle a dès lors pour conséquence juridique d'empêcher leurs auteurs d'en contester à l'avenir le bien-fondé. Ainsi, l'acceptation a pour effet autonome de remplir la condition hétéronome d'opposabilité définitive du contenu normatif d'une prétention¹⁷⁵⁷. Elle « clôt « l'opération à procédure » que la prétention avait ouverte et assure ainsi la détermination du rapport qui fera dorénavant droit entre l'auteur de la prétention et l'État à qui [l'acceptation] est imputable »¹⁷⁵⁸. Une fois identifiés les effets autonomes de chaque partie du processus, rien n'interdit de considérer que son produit équivaut à un accord informel entre les acteurs qui y ont participé¹⁷⁵⁹. C'en est même le résultat logique dans la mesure où deux prétentions unilatérales d'égale valeur s'accordent sur un même objet normatif¹⁷⁶⁰.

¹⁷⁵⁶ J. Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, pp. 800-801.

¹⁷⁵⁷ Cela rejoint l'idée exprimée par certains auteurs selon laquelle la reconnaissance ou l'acquiescement assurent dans l'ordre international une fonction « quasi-législative », v. par ex. I. C. MacGibbon, « The Scope of Acquiescence in International Law », *op. cit.*, p. 145 : « [t]he function of acquiescence may be equated with that of consent, which was described by Professor Smith as 'the legislative process of international law'; it constitutes a procedure for enabling the seal of legality to be set upon rules which were formerly in process of development and upon rights which were formerly in process of consolidation ».

¹⁷⁵⁸ On reprend ici les propos d'A. Marie sur le silence en les généralisant à tout acte d'acceptation, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 255.

¹⁷⁵⁹ Par ex., P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 383 : « [l']acquiescement de l'un se conjugue, ainsi, aux prétentions territoriales de l'autre, pour former un accord tacite ».

¹⁷⁶⁰ On rejoint ainsi totalement les conclusions d'A. Marie bien que le raisonnement proposé dans cette étude repose sur des prémisses différentes, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 653 : « [l']ensemble des modalités de formation ou d'interprétation du droit international peut ainsi être décrit au moyen de la théorie de l'acte juridique et, notamment, sous les traits de l'accord informel. Mais, encore une fois, les prétentions en cause, de même que les consentements qui y répondent, conservent leurs effets propres et continuent ainsi à pouvoir être rangés dans la catégorie des actes unilatéraux, quand bien même une concordance de vues entre leurs auteurs, un accord sur l'interprétation *lato sensu* qu'ils portent sur la régularité d'un acte ou l'existence d'un fait, vient sceller leurs volontés éparpillées ».

§2. Les conditions de formation des actes d'acceptation

397. Compte tenu de ce qui a été développé plus tôt dans cette étude, l'analyse des conditions de formation de la reconnaissance, comme acte unilatéral explicite ou implicite, peut se limiter à diverses remarques synthétiques (A). En revanche, l'identification de l'acquiescement soulève de plus grandes difficultés. D'un point de vue théorique, il s'agit, comme pour tout acte unilatéral adopté en l'absence de règle formaliste, de rechercher la volonté claire et non équivoque de son auteur. D'un point de vue pratique, cependant, divers facteurs sont susceptibles d'intervenir dans le cadre de la reconstruction de la volonté silencieuse (B).

A. Les conditions de formation de la reconnaissance : considérations de synthèse et renvois

398. *Conditions relatives à l'acteur et à l'action* – Comme l'a affirmé le Rapporteur spécial de la CDI sur les actes unilatéraux des États, « [l]es conditions de validité qui s'appliquent à l'acte juridique en général semblent s'appliquer aussi à l'acte de reconnaissance »¹⁷⁶¹. À cet égard, il est donc possible de se limiter à présenter différentes observations synthétiques renvoyant à des éléments développés plus tôt dans cette étude. En premier lieu, s'agissant des conditions relatives à l'acteur, deux remarques peuvent être formulées. D'une part, l'identification des sujets habilités à accepter le contenu d'une prétention normative unilatérale fait écho à la détermination du cercle des États sommés de réagir. Ce cercle correspond à l'ensemble des États susceptibles de s'estimer potentiellement lésés dans leurs droits subjectifs par la prétention leur enjoignant de réagir, sous peine de voir leur silence interprété comme la manifestation de leur consentement¹⁷⁶². Cela dit, rien n'empêche d'autres États, non sommés de réagir dès lors qu'ils ne sont pas directement lésés, de reconnaître pour eux-mêmes la régularité de la prétention d'un pair. S'ils ne sont pas appelés à réagir, leur inaction ne se verra pas attribuer la valeur d'une acceptation. Cependant, s'ils choisissent de réagir positivement, leur consentement aura le même effet que celui émanant d'un État dont la réaction est attendue. D'autre part, le régime de l'imputabilité des actes d'acceptation est le même que pour tout acte unilatéral d'un État en l'absence de règle spéciale. La reconnaissance peut ainsi provenir de tout agent ou organe de l'État habilité par

¹⁷⁶¹ CDI, « Sixième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 18, § 69.

¹⁷⁶² Sur l'identification du cercle des États sommés de réagir, v. *supra*, §§ 347 et s.

le droit interne de cet État à parler en son nom dans le domaine qui relève de la prétention à laquelle il s'agit de répondre¹⁷⁶³.

399. En second lieu, concernant les conditions relatives à l'action, deux séries de remarques peuvent de nouveau être formulées. D'abord, en l'absence de règle spéciale, l'acte unilatéral de reconnaissance n'est soumis à aucun formalisme¹⁷⁶⁴. Il est dès lors permis, là encore, de renvoyer au régime coutumier des actes unilatéraux des États dont l'unique condition est que l'État manifeste sa volonté de manière claire et non équivoque¹⁷⁶⁵. La reconnaissance peut ainsi émaner d'un échange de lettres ou d'une déclaration verbale¹⁷⁶⁶. Ensuite, la conséquence logique de la remarque précédente réside dans le fait que la reconnaissance puisse être implicite et, dès lors, déduite du comportement actif de son auteur. Ainsi, par exemple, dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne (Honduras c. Nicaragua)* (1960), le consentement du Nicaragua à la validité de l'acte juridictionnel a notamment été déduit de la publication de celui-ci au journal officiel, couplée à l'absence de protestation des autorités nicaraguayennes durant plusieurs années¹⁷⁶⁷. De même, dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)* (1937), les Pays-Bas contestèrent, sur le fondement d'un traité de 1863, le droit pour la Belgique de construire une écluse. Toutefois, la CPJI « estim[a] difficile d'admettre que les Pays-Bas soient fondés à critiquer (...) la construction et le fonctionnement d'une écluse dont eux-mêmes avait antérieurement donné l'exemple »¹⁷⁶⁸. La question de la reconnaissance implicite fut principalement soulevée à propos des reconnaissances d'États. À cet égard, il est largement admis que l'établissement de relations diplomatiques, l'adoption d'un traité ou encore le vote favorable à l'admission d'un État donné au sein d'une organisation internationale emportent la reconnaissance implicite de celui-ci¹⁷⁶⁹.

¹⁷⁶³ Sur le régime général de l'imputabilité des actes unilatéraux étatiques, v. *supra*, §§ 145 et s.

¹⁷⁶⁴ V. par ex. J. Verhoeven *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, p. 349 ; G. Guillaume, « La reconnaissance en droit international », *op. cit.* p. 8 ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 296.

¹⁷⁶⁵ V. *supra*, §§ 159 et s.

¹⁷⁶⁶ G. Guillaume, « La reconnaissance en droit international », *op. cit.*, p. 8 ; CDI, « Sixième rapport sur les actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 9, § 31. V. par ex. CIJ, *Affaire des Minquiers et des Écréhous (France/Royaume-Uni)*, préc., p. 47. Dans cette affaire, la Cour a tenu compte d'une lettre du Ministre français de la marine indiquant que les Minquiers étaient « possédées par l'Angleterre » afin de conclure à l'absence de titre français sur les îles. V. aussi, CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, *exceptions préliminaires*, préc., p. 28, où l'Albanie a accepté dans une lettre la compétence de la Cour.

¹⁷⁶⁷ CIJ, *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, préc., p. 213.

¹⁷⁶⁸ CPJI, arrêt du 28 juin 1937, *Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*, *Série A/B*, n° 70, p. 25.

¹⁷⁶⁹ Par ex. J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, *op. cit.*, pp. 250-262 ; C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, p. 192 ; J. Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, pp. 349-520 ; G. Guillaume, « La

400. Conditions de fond – Concernant les conditions de régularité interne de la reconnaissance, il est à nouveau possible d’opérer différents renvois vers des développements précédents. En premier lieu, qu’un État soit sommé de réagir par la prétention normative d’un pair ne signifie pas qu’il soit légalement obligé de réagir explicitement, par la formulation d’une reconnaissance ou d’une protestation. Il lui est loisible de demeurer passif. Toutefois, dans cette hypothèse, son silence vaudra acceptation de la prétention portée à sa connaissance (ou rejet de celle-ci s’il s’agit d’une demande)¹⁷⁷⁰. De la même façon, la reconnaissance d’État n’a rien d’obligatoire. Il est toujours affirmé qu’elle constitue un acte discrétionnaire. Ce point n’a pas à être développé ici dans la mesure où, selon le processus décrit dans cette étude, la reconnaissance d’État ne répond pas à une prétention *stricto sensu* sommant de réagir. Le silence ne peut ainsi avoir pour conséquence de reconnaître un État (ni aucune autre situation factuelle ne pouvant se voir attribuer la valeur d’une prétention normative *stricto sensu*). Cependant, les États peuvent se trouver soumis à une obligation de non-reconnaissance et de non-assistance au maintien d’une situation née de la violation d’une règle impérative¹⁷⁷¹. Ainsi, les actes de reconnaissance, en principe discrétionnaires, peuvent se trouver extrinsèquement limités par le fait que leur objet potentiel est le fruit de la violation d’une règle de *jus cogens*.

En deuxième lieu, la possibilité de formuler des reconnaissances conditionnelles a également fait l’objet d’interrogations dans le cadre de l’étude des reconnaissances d’États. En la matière, rien n’empêche en effet certains États de s’accorder en vue de soumettre l’octroi de leur reconnaissance à certaines conditions spécifiques¹⁷⁷². Il en va de même pour ce qui concerne l’acceptation conditionnelle d’une prétention normative unilatérale. Toutefois, si pareille acceptation est soumise à diverses conditions, elle aura en réalité l’effet d’une protestation visant à modifier la position de son destinataire¹⁷⁷³. La prétention normative visée ne fera ainsi l’objet d’aucune acceptation tant que la condition prévue n’aura pas été satisfaite.

En troisième et dernier lieu, il est encore permis de souligner que les considérations développées à l’égard du retrait des actes unilatéraux des États s’appliquent aussi à la reconnaissance¹⁷⁷⁴. Compte tenu de son effet – celui de se rendre le contenu d’une prétention normative incontestable – la reconnaissance ne peut en principe être retirée. Dès lors qu’elle

reconnaissance en droit international », *op. cit.*, p. 8 ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 297.

¹⁷⁷⁰ Sur les conditions d’identification du silence valant acquiescement, v. *infra*, §§ 401 et s. Sur le silence valant rejet d’une demande, v. *supra*, §§ 372 et s.

¹⁷⁷¹ V. *supra*, §§ 342 et s.

¹⁷⁷² V. *supra*, § 390 et les références citées.

¹⁷⁷³ Sur l’effet des actes de protestation, v. *supra*, §§ 366 et s.

¹⁷⁷⁴ Sur le retrait des actes unilatéraux, v. *supra*, §§ 216 et s.

contribue à établir un nouveau rapport de droit, la reconnaissance génère dans le chef de l'auteur de la prétention initiale le droit de voir ce nouveau rapport respecté. La seule possibilité pour l'auteur d'une reconnaissance qui souhaiterait la retirer serait d'avoir explicitement prévu que la prétention à laquelle cette reconnaissance répondait ne serait admise qu'à titre exceptionnelle ou durant un délai déterminé. En l'absence d'une telle précision, le retrait d'une reconnaissance aurait pour conséquence la violation de la règle nouvellement établie entre les États concernés.

B. L'identification du silence valant acquiescement

401. Que l'on considère l'acquiescement comme découlant de l'application d'un principe de droit objectif ou comme une véritable manifestation de volonté de la part de son auteur, la même problématique se pose¹⁷⁷⁵. Il s'agit d'interpréter un silence à la lumière du contexte factuel dans lequel il s'inscrit afin de lui attribuer une certaine signification. Si l'on choisit, conformément aux prémisses de cette étude, d'y voir une acceptation, *i.e.* un acte juridique, le procédé consiste en une reconstruction objective de la volonté. Il s'agit en ce sens de déterminer si le silence remplit la condition relative à l'action donnant naissance à un acte juridique, autrement dit s'il est apte à manifester une volonté claire et non équivoque. À cet égard, seul le contexte permet d'attribuer au silence une signification. L'écoulement du temps, à lui seul, n'y fait rien (1). C'est la cohérence générale d'un comportement passif qu'il convient d'établir à la lumière de l'ensemble des interactions pertinentes entre les acteurs concernés (2).

1. Le rejet du facteur temps

402. Absence d'influence du temps comme critère de matérialisation de l'acquiescement – Pour certains auteurs, l'écoulement du temps constitue l'un des facteurs déterminants dans l'analyse de l'existence d'un acquiescement. Selon R. Kolb, par exemple,

¹⁷⁷⁵ Pour une approche volontariste du silence et de sa preuve, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 571 : « [l']exigence d'un silence non-équivoque ne vise pas la signification légale qui lui est attribuée. Cette dernière est, par définition, sans équivoque. Mais si une signification peut être attribuée au silence, encore faut-il qu'il existe. L'exigence vise ainsi le comportement étatique en lui-même : la *manifestation* de la volonté. Elle est relative aux faits et à leur preuve et se traduit en pratique par la recherche de la « cohérence globale » du comportement d'un État ». Pour une approche objective de l'acquiescement, v. R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, *op. cit.*, not. p. 340 : « il ne s'agit pas de rechercher une volonté effective. Il s'agit d'interpréter les comportements selon des standards de confiance et de stabilité, afin de protéger les attentes légitimes que cette conduite et l'écoulement du temps ont suscité chez les tiers ».

« [l]a clé de voute de l'acquiescement se trouve dans le silence ou la passivité opposés aux prétentions juridiquement pertinentes d'un autre sujet de droit et qui s'étalent dans le temps. L'écoulement du temps est un facteur essentiel du principe d'acquiescement »¹⁷⁷⁶. Pareille position s'explique en partie par le fait d'opposer une vision subjective des actes juridiques étatiques (qui seraient le fruit de leur volonté réelle) et une vision objective de certains principes dont il peut découler des effets de droit, tels que la bonne foi ou la prescription¹⁷⁷⁷. Toutefois, comme on l'a expliqué, que l'on adopte une vision volontariste du droit international, selon laquelle les États n'agiraient sur sa formation que par l'expression de leur volonté, n'empêche pas de considérer que cette volonté puisse faire l'objet d'une reconstruction objective. En ce sens, on a vu que la « manifestation de volonté » correspond au comportement pouvant être perçu, en vertu d'une règle secondaire, comme l'utilisation d'un pouvoir donné¹⁷⁷⁸. À ce titre, en l'absence de condition formelle spéciale, tout comportement peut, à la lumière du contexte dans lequel il s'inscrit, manifester la volonté claire et non équivoque de son auteur, y compris un silence. Or, en raisonnant de la sorte, l'écoulement du temps ne peut constituer un critère intervenant *in abstracto* dans la reconstruction objective de la volonté étatique. On voit ainsi poindre la problématique dans les propos de R. Kolb. Si le temps constitue un critère à part entière, il est en réalité indéfinissable comme tel. C'est toujours aux faits de chaque espèce qu'il se conjugue :

« [l]e laps de temps requis pour cette transformation du fait en droit dépend des circonstances de l'espèce. Comme dans l'univers les notions de temps et d'espace sont relatives l'une à l'autre et forment une unité complexe (...), ainsi l'acquiescement réalise une unité entre une série de faits et le temps. C'est la raison pour laquelle il est essentiellement impossible de définir la notion du temps en dehors de son pendant relatif, les faits de l'espèce. (...) En conséquence, un critère important pour la détermination du temps requis aux fins d'une modification de la situation juridique sera

¹⁷⁷⁶ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, *op. cit.*, p. 342. V. également I. C. MacGibbon, « The Scope of Acquiescence in International Law », *op. cit.*, p. 165 ; J. Barale, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *AFDI*, vol. 11, 1965, p. 400 ; H. Das, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.* p. 622.

¹⁷⁷⁷ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, *op. cit.*, pp. 342 : « (...) n'étant pas un acte juridique, une volonté effective d'approbation des faits n'est pas constitutive de l'acquiescement en tant que principe de droit », ou encore pp. 342-343 : « [l'écoulement du temps] l'éloigne autant du monde de l'expression de volontés tacites, réalisées instantanément, qu'elle le rapproche de celui de la prescription, de la consolidation de titres imparfaits, du processus coutumier local voire bilatéral ».

¹⁷⁷⁸ En ce sens, selon J.-P. Cot évoquant le cas de l'acquiescement, « [il] s'agit simplement d'un moyen par lequel les États manifestent leur volonté (...). L'acquiescement est un acte instantané, qui ne s'applique pas progressivement dans le temps », « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande – fond) », *AFDI*, vol. 8, 1962, p. 237.

l'intensité avec laquelle des actes positifs auront accompagné le comportement passif »¹⁷⁷⁹.

Par ailleurs, en pratique, le juge n'établit aucun délai donné à l'issue duquel il conclut à l'acquiescement étatique. Selon les cas déjà évoqués dans un autre contexte, les faits intervenant dans l'attribution d'une valeur au silence peuvent s'étendre sur quelques mois seulement comme sur plusieurs décennies¹⁷⁸⁰. En réalité, l'intérêt de l'écoulement du temps s'explique uniquement par la possibilité, à mesure qu'il s'allonge, de voir s'amonceler les comportements pertinents de chaque partie qui sont susceptibles d'intégrer la reconstruction de la volonté silencieuse¹⁷⁸¹. De ce point de vue, le passage du temps est, en lui-même, sans pertinence ; il est « moins pris en compte en tant que *durée* qu'en tant que cadre qui justifie ou non de peser la densité des événements et autres attitudes qui seront évaluées afin d'apprécier l'existence du silence »¹⁷⁸². Ainsi, c'est un renversement de perspective qu'il convient d'opérer. Ce sont les comportements actifs et passifs des parties qui permettent, concrètement, de déterminer si l'État silencieux a pu raisonnablement évaluer la prétention, ce qui renvoie en la matière à des développements précédents. Le juge remonte ainsi des conditions de l'appréciation du contenu d'une prétention vers l'évaluation d'un délai raisonnable pour réagir. C'est parce que l'État a raisonnablement pu apprécier la prétention et qu'il n'a pas réagi que son acquiescement peut être considéré comme matérialisé.

403. Cadre temporel au sein duquel l'acquiescement peut être établi – Une fois exclu le critère de l'écoulement du temps dans le processus d'identification de l'acquiescement, il ne reste qu'à déterminer le cadre temporel permettant aux comportements des États de se déployer et d'être pris en compte dans la recherche de la volonté silencieuse. Deux séries de remarques suffisent à établir pareil cadre. D'abord, le point de départ de l'analyse des faits correspond, en toute logique, au moment où l'État sommé de réagir est réputé avoir pris connaissance de la prétention¹⁷⁸³. Le constat de la connaissance ne permet pas, cependant, de

¹⁷⁷⁹ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, *op. cit.*, pp. 343-344.

¹⁷⁸⁰ V. les exemples développés *supra*, §§ 337-338.

¹⁷⁸¹ En ce sens, A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 595 : « [i]l est certes légitime de concevoir que plus le silence est long, plus il sera « aisé » d'en retenir raisonnablement l'existence. L'affirmation est juste si l'on précise qu'elle n'est pas justifiée par le laps de temps écoulé, mais uniquement en raison du fait qu'une longue durée permet éventuellement au « premier » État de réitérer sa prétention et à l'État silencieux d'en prendre conscience et de réagir expressément ».

¹⁷⁸² *Ibid.*, p. 596, italique de l'auteur. L'auteur rappelle les propos de J. Combacau que l'on a déjà évoqués dans un autre contexte, « L'écoulement du temps », *op. cit.*, p. 90 : « les faits générateurs de droit se constituent dans la durée, la durée n'est pas ce dont ils sont faits ». V. aussi, M. Kohen, « L'influence du temps sur les règlements territoriaux », *op. cit.*, p. 147.

¹⁷⁸³ Sur la condition de connaissance, v. *supra*, §§ 302 et s.

poser une quelconque présomption d'acquiescement : « elle ne dispense pas (...) d'envisager, à partir de cette date, si le comportement s'est effectivement matérialisé »¹⁷⁸⁴. Ensuite, le terme de la période d'évaluation des comportements pertinents afin d'établir l'acquiescement dépend de l'existence ou non d'un délai préfixé. Dans l'hypothèse où un délai est prédéterminé, comme dans le cadre du régime des réserves aux traités, l'échéance de celui-ci détermine le moment où l'acquiescement prend effet¹⁷⁸⁵. En l'absence de délai préfixé, le moment précis auquel le silence produit l'effet d'un consentement ne peut être identifié. Le juge se prononce sur l'existence ou non de la volonté à la lumière d'un ensemble de faits sans qu'il ne soit ni utile ni, en général, possible de déterminer à quelle date un comportement passif peut être interprété comme une acceptation. Mais la période durant laquelle des comportements pertinents peuvent être pris en compte peut s'étendre soit jusqu'au jour où le juge statue, soit jusqu'à une « date critique » s'il en est une établie dans le cadre du contentieux en cours¹⁷⁸⁶. En définitive, on comprend ainsi l'influence indirecte que peuvent avoir les débats relatifs, d'un côté, au moment de la prise de connaissance d'une prétention et, de l'autre, à la détermination d'une date critique sur le cadre temporel au sein duquel l'acquiescement peut être recherché.

2. La cohérence du comportement passif

404. Recherche d'une « conjoncture d'acquiescement » – Si l'écoulement du temps, en tant que tel, est sans pertinence pour l'attribution d'une valeur au silence de l'État, la reconstruction de la volonté silencieuse s'opère en fonction du contexte global dans lequel il s'inscrit, mêlant l'ensemble des interactions entre les États concernés. À cet égard, on retrouve une proposition théorique assez classique et déjà évoquée dans le cadre de l'étude des conditions relatives à l'action donnant naissance à un acte juridique : en l'absence de règle spéciale, un acte est formé en conséquence de la seule expression claire et non équivoque de la volonté de son auteur¹⁷⁸⁷. Dès lors, il n'y a aucun obstacle à ce que le silence exprime une volonté, du moment que, pour reprendre les mots de la CIJ dans l'affaire du *Golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)* (1984), la conduite de l'État apparaît « suffisamment claire,

¹⁷⁸⁴ A Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 598.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 600. Sur l'existence d'un délai préfixé déterminant le délai d'appréciation d'une prétention, v. *supra*, § 336.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, pp. 601 : « [l]a date critique permet de discriminer temporellement entre les attitudes qui lui sont antérieures, pertinentes, et celles qui lui sont postérieures et qui ne pourront pas contribuer à la formation du comportement étatique ou – en termes contentieux – à l'apport de sa preuve ».

¹⁷⁸⁷ V. *supra*, §§ 159 et s.

cohérente et persistante pour constituer un acquiescement »¹⁷⁸⁸. On l'a vu, la volonté fait ainsi l'objet d'une reconstruction objective faisant appel à différents critères : le contenu des déclarations et/ou comportements de l'État analysés à la lumière du contexte dans lequel ils s'inscrivent. Or, il ne faut pas voir dans le silence un « non-message » ou un message vide de tout contenu. D'une part, le silence ne se limite pas à une absence de parole ; il communique la non-réaction verbale comme matérielle de son auteur¹⁷⁸⁹. D'autre part, il constitue une absence de réaction face à un état de fait donné, en l'occurrence une prétention portée à la connaissance du sujet passif. Le contexte est ainsi particulièrement déterminant en ce qu'il rétroagit sur le silence pour lui attribuer la valeur d'une absence de réaction volontaire. C'est donc l'ensemble des interactions pertinentes entre les acteurs concernés qui jouent un rôle signifiant. L'acquiescement se matérialise dès lors que l'État est demeuré silencieux alors qu'il devait réagir à la prétention portée à sa connaissance. L'enjeu transparaît de l'ensemble des considérations doctrinales relatives à l'acquiescement. Ainsi, selon C. De Visscher :

« [i]l a été dit et répété que le silence vaut consentement ou acquiescement quand l'État qui l'a gardé aurait pu et dû parler pour se prémunir contre les interprétations de nature à compromettre l'existence ou les conditions d'exercice de son droit. L'observation a le mérite de souligner que toute solution est ici affaire d'espèce ; elle ne fait toutefois que reculer la difficulté, car il s'agit précisément de savoir quelles sont les circonstances dans lesquelles, pouvant parler, un État était tenu de le faire pour échapper aux conclusions que l'on peut induire de son silence »¹⁷⁹⁰.

Le silence est alors dit « qualifié » par certains dès lors que les circonstances permettent de considérer que la bonne foi commandait à son auteur de réagir :

« [i]l n'y a pas de règle absolue en droit international selon laquelle tout silence vaut acquiescement. L'acquiescement rattache un effet juridique non pas au silence mais au *silence qualifié*. En effet, il doit s'agir d'un silence de la part de celui qui pouvait et devait parler : '*si loqui potuisset ac debuisset*'. Le silence n'est donc pertinent que pour autant qu'il existe un devoir juridique de s'opposer à une prétention par voie de protestation »¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁸ CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, préc., p. 309.

¹⁷⁸⁹ Les études doctrinales considèrent ainsi les expressions « comportement passif », « inaction », « absence de protestation » et « silence » comme synonymes. V. not. J. Barale, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, not. p. 397 ; J. Bentz, « Le silence comme manifestation de volonté », *op. cit.*, spéc. p. 45 ; H. Das, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.* A. Marie, quant à lui, définit le silence au seuil de son étude comme « tout défaut de comportement verbal ou matériel, i.e. tout comportement inactif ou passif », *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁹⁰ C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁷⁹¹ R Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, *op. cit.*, p. 347, et l'auteur souligne en note que l'acquiescement une notion étroitement liée à la protestation. À cet égard, on a vu que la protestation a pour effet factuel d'empêcher la matérialisation de l'acquiescement, v. *supra*, § 380. Dans le même sens, v. H. Das, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques

Ou pour reprendre l'expression de J. Barale, il s'agit ainsi d'identifier une « conjoncture d'acquiescement » : « chaque acquiescement est en général le résultat de la conjonction de plusieurs signes divers établissant un comportement global. (...) Il se reconnaît comme certains signes inscrits dans un contexte déterminé »¹⁷⁹². On retrouve encore la même approche dans l'étude d'A. Marie lorsque celui-ci recherche les preuves d'un silence univoque valant acceptation. L'auteur souligne en ce sens qu'il s'agit de soupeser l'ensemble des comportements des États parties :

« l'aptitude des protestations successives à empêcher le silence d'exister, et donc à empêcher l'État d'acquiescer, sera surtout fonction de l'intensité, de la répétition ou du caractère continu du comportement qui la suscite (...) plus la « situation » sera « intense » ou effective, plus le silence sera criant. Le caractère global de la cohérence ne se réfère pas uniquement aux attitudes successives de l'État tout au long de la période de pertinence mais est aussi et surtout fonction de l'intensité, de la constance des revendications ou des prétentions de l'autre État »¹⁷⁹³.

En définitive, c'est le « poids relatif » du silence d'un État face aux comportements actifs d'un autre qu'il convient d'analyser afin de conclure à l'acquiescement de l'État sommé de réagir¹⁷⁹⁴.

405. Facteurs liés à l'intensité de la prétention et à la possibilité de l'évaluer – La matérialisation de l'acquiescement est ainsi fonction de l'intensité de la prétention qui en est la cause. Autrement dit, selon les faits de chaque espèce, la sommation de réagir se fait plus ou moins exigeante ; l'attribution au silence de la valeur d'une acceptation est d'autant plus aisée que la prétention apparaît répétée et notoire et pèse, en conséquence, sur le rapport de droit en cause. Ainsi, les facteurs permettant de qualifier le silence se rapprochent de ceux déjà évoqués tant pour établir la connaissance de la prétention que pour déterminer le délai raisonnable laissé à l'État pour l'apprécier et y répondre¹⁷⁹⁵. En ce sens, la matérialisation de l'acquiescement apparaît comme la conséquence directe du devoir de vigilance pesant sur

et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 619 ; P. Cahier, « Le comportement des Etats comme sources de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 254.

¹⁷⁹² J. Barale, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.* p. 393, aussi p. 397 : « [o]n pourra parler de silence, de défaut de protestation, d'opposition tardive ou insuffisante ; dans tous les cas, il s'agit d'une attitude de passivité d'un État vis-à-vis des prétentions d'un autre État ». Toutefois, les critères envisagés par l'auteur pour définir une « conjoncture d'acquiescement » sont la connaissance d'une prétention et l'écoulement du temps. On a expliqué pourquoi ce dernier ne semblait pas pertinent.

¹⁷⁹³ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 606.

¹⁷⁹⁴ L'expression « poids relatifs » est reprise des propos d'A. Marie, *ibid.*, pp. 607-608 : « [c]e n'est pas le poids de l'(in)activité étatique envisagée dans l'absolu qui importe – cela serait d'ailleurs impossible à déterminer et n'a probablement aucun sens – mais leur poids *relatif*, c'est-à-dire envisagé au regard de l'(in)activité de l'autre État intéressé ». L'auteur cite à titre d'exemple l'affaire de la *Délimitation entre Dubaï et Sharjah*, préc., p. 622 : « [t]he Court is aware that Dubaï's activities, even though very limited, have to be assessed in the face of inactivity on the part of Sharjah ».

¹⁷⁹⁵ Sur ces deux points v. *supra* respectivement §§ 302 et s. et §§ 337-338.

l'État silencieux, *i.e.* de la possibilité concrète d'apprécier la prétention appelant sa réaction. Ainsi, parmi les facteurs intervenant dans la qualification du silence, il est possible d'évoquer, en premier lieu, l'importance des intérêts en cause pour l'État demeuré passif¹⁷⁹⁶. Sur ce point, on a déjà évoqué l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* (1951) où la qualité d'État hautement intéressé de la Grande-Bretagne à l'égard des affaires maritimes et des pêcheries dans la région fut déterminante pour établir son acquiescement à la méthode de délimitation norvégienne¹⁷⁹⁷.

En deuxième lieu, la concrétisation de l'acquiescement peut apparaître plus aisée en raison du degré de proximité des États concernés¹⁷⁹⁸. La prétention de l'un se fait alors plus flagrante tandis que la sommation qui en découle pour l'autre est de ce fait plus pressante. L'*Affaire des Grisbadarna (Norvège/Suède)* (1909) offre une illustration de cette idée de proximité entre les deux parties. Pour conclure à une délimitation favorable à la Suède, le Tribunal arbitral s'appuya sur différents éléments : d'une part, « que le stationnement d'un bateau-phare, (...) dans les parages de Grisbadarna, a été effectué par la Suède sans rencontrer de protestation et sur l'initiative même de la Norvège et que (...) l'établissement d'un assez grand nombre de balises y a été opéré sans soulever des protestations » ; d'autre part, « que la Suède a procédé la première et une trentaine d'années avant le commencement de toute contestation, à des mesurages exacts, laborieux et coûteux des parages de Grisbadarna »¹⁷⁹⁹.

En dernier lieu, le juge peut encore tenir compte de la nature du rapport de droit en cause et du besoin de sécurité juridique qui s'y rattache¹⁸⁰⁰. Dans l'*Affaire de la sentence arbitrale*

¹⁷⁹⁶ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, *op. cit.* p. 349.

¹⁷⁹⁷ CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., p. 139. V. aussi CIJ, *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Libye) (Tunisie c. Libye)*, préc., § 27.

¹⁷⁹⁸ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, *op. cit.* p. 349.

¹⁷⁹⁹ *Affaire des Grisbadarna (Norvège c. Suède)*, SA préc., pp. 161-162. Inversement, dans l'*Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, préc., malgré les relations de voisinage entre les deux États, le comportement des Pays-Bas n'a pas été suffisamment intense pour faire naître une prétention modificative du titre conventionnel belge. Le silence de la Belgique ne pouvait donc être interprété comme ayant valeur d'acquiescement, p. 229 : « [l]a valeur à attacher aux actes invoqués par les Pays-Bas doit s'apprécier en tenant compte du système complexe d'enclaves entremêlées qui existait. Les difficultés que rencontrait la Belgique à découvrir les empiètements sur sa souveraineté et à exercer celle-ci sur ces deux parcelles, entourées comme elles l'étaient par le territoire néerlandais, sont manifestes. Dans une large mesure, les actes invoqués sont des actes courants et d'un caractère administratif, accomplis par des fonctionnaires locaux et sont la conséquence de l'inscription par les Pays-Bas des parcelles litigieuses à leur cadastre, contrairement à la Convention de délimitation. Ils sont insuffisants pour déplacer la souveraineté belge établie par cette Convention ».

¹⁸⁰⁰ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, *op. cit.* p. 349.

rendue par le roi d'Espagne (Honduras c. Nicaragua) (1960), le Nicaragua ne contestait par la prétention unilatérale d'un pair mais la validité de la sentence rendue en 1906. Pour cette raison même et afin d'assurer l'autorité de la chose jugée dans les rapports internationaux, il pouvait être exigé que le Nicaragua réagisse plus promptement s'il souhaitait contester la sentence. Il ne le fit pour la première fois qu'en 1912, tandis que dès janvier 1907, les autorités nicaraguayennes publièrent la sentence au journal officiel et ne présentèrent dans leurs échanges diplomatiques aucune intention d'en remettre en cause le bien-fondé. Par conséquent, la CIJ considéra que l'acquiescement du Nicaragua au maintien en vigueur de la sentence était établi¹⁸⁰¹.

406. Facteurs liés aux occasions concrètes de réagir – À côté des éléments démontrant l'intensité d'une prétention, l'analyse du contexte permet également de mettre en lumière le fait que l'État sommé de réagir a bénéficié de l'opportunité de manifester sa désapprobation éventuelle¹⁸⁰². À cet égard, ce sont encore les interactions entre les États concernés qui révèlent la valeur de l'absence de réaction. Comme l'a relevé A. Marie :

« il s'agit (...) d'opposer à l'État silencieux le fait que s'il avait réellement voulu protester, il aurait pu le faire lors de discussions et autres rencontres relatives à la question en cause. S'il n'est pas reproché à un État de ne pas avoir saisi un organe politique pour manifester sa protestation, le fait de ne pas avoir protesté une fois qu'un dialogue s'y noue jouera contre lui. À l'étude de la jurisprudence, il ressort que l'essentiel n'est pas tant le caractère formel ou non de l'occasion de réagir mais (...) le fait que l'interaction entre les États est pertinente au regard de la question litigieuse »¹⁸⁰³.

En pratique, les opportunités pour un État de réagir peuvent apparaître implicitement dans le raisonnement judiciaire. Cela peut simplement découler du constat relatif au temps considérable qui s'est écoulé entre la manifestation d'une prétention et sa première contestation. Ainsi, dans l'affaire de l'Île de Palmas (*Pays-Bas/États-Unis*) (1928), l'arbitre souligna que :

« [d]epuis le moment où les Espagnols, en se retirant des Moluques en 1666, firent d'expresses réserves quant au maintien de leurs droits souverains jusqu'à la contestation par les États-Unis en 1906, aucune contestation, ou aucune action quelconque, ou

¹⁸⁰¹ CIJ, *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, préc., p. 213. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Thaïlande c. Cambodge)*, préc., p. 32, après avoir conclu à l'acquiescement des autorités siamoises, la Cour fait référence au principe de stabilité des frontières et au fait que les parties se sont fiées durant plusieurs décennies au tracé tel qu'établi sur la carte de l'Annexe I.

¹⁸⁰² H. Das, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *op. cit.*, p. 622 : « on peut ajouter qu'aux fins de l'acquiescement, l'État doit disposer de suffisamment d'occasions et de moyens pour réagir à l'encontre des prétentions de l'autre partie ».

¹⁸⁰³ A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 609.

aucune protestation contre l'exercice de leurs droits territoriaux par les Pays-Bas (...) n'a été enregistrée »¹⁸⁰⁴.

Le constat peut également découler de l'analyse du comportement actif d'un État à l'égard de la situation litigieuse, révélant par celui-ci qu'il n'avait pas l'intention d'en contester le bien-fondé. La CIJ présenta les faits sous cet angle dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)* (1960) :

« [a]cceptant la situation telle qu'ils l'avaient trouvée [les Britanniques] laissèrent les Portugais occuper les villages et y exercer une autorité exclusive. Les Portugais se présentèrent comme souverains des villages. Les Britanniques s'abstinrent de prétendre eux-mêmes à la souveraineté en qualité de successeurs des Mahrattes, mais ils ne reconnurent pas non plus expressément la souveraineté du Portugal. L'autorité exclusive des Portugais sur les villages ne fut jamais mise en question. Ainsi la souveraineté du Portugal sur les villages fut-elle reconnue par les Britanniques en fait et par implication ; elle le fut ensuite tacitement par l'Inde »¹⁸⁰⁵.

Dans d'autres cas, les occasions de protester sont explicitement soulignées par le juge. En ce sens, dans l'affaire du *Différend territorial (Libye/Tchad)* (1994), la CIJ nota que la problématique de la délimitation fut soulevée devant certaines instances internationales mais que « la Libye n'a[vait] pas contesté les dimensions du territoire tchadien telles que spécifiées par la France »¹⁸⁰⁶. De la même façon, dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (Thaïlande c. Cambodge)* (1962), la Cour affirma très clairement que :

« [l]a Thaïlande a plusieurs fois été en mesure de soulever auprès des autorités françaises la question de la carte de l'annexe I. Il y a eu en premier lieu les négociations relatives aux traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus en 1925 et en 1937 entre la France, agissant au nom de l'Indochine, et le Siam. Ces traités, qui établissaient une procédure générale de révision ou de remplacement des accords antérieurs, en excluaient les règlements de frontières de 1893, 1904 et 1907. Par là même et par certaines dispositions plus directes, les Parties confirmaient les frontières existantes quelles qu'elles fussent. En pareilles circonstances (...), il aurait été naturel que la Thaïlande soulevât la question si elle considérait que le tracé de la frontière de Préah Vihéar porté sur la carte était inexact ; elle pouvait et aurait dû le faire si telle était sa conviction »¹⁸⁰⁷.

Enfin, dans certains cas, l'acquiescement se matérialise du fait de la passivité de l'État à la suite d'une première protestation. À cet égard, on a déjà évoqué le fait qu'en raison de l'opposabilité présumée des prétentions normatives *stricto sensu* identifiées dans cette étude, le maintien de celles-ci laissait perdurer la sommation de réagir, obligeant alors les tiers à réitérer,

¹⁸⁰⁴ Affaire de l'Île de Palmas (*Pays-Bas/États-Unis*), SA préc., p. 198.

¹⁸⁰⁵ CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond., préc., p. 39.

¹⁸⁰⁶ CIJ, *Affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, préc., § 68.

¹⁸⁰⁷ CIJ, *Affaire du temple de Préah Vihéar (Thaïlande c. Cambodge)*, fond., préc., pp. 27-28.

autant que de besoin, leur protestation¹⁸⁰⁸. Une protestation non répétée joue dans cette hypothèse comme preuve de l'appréciation du contenu normatif d'une prétention. Elle rend de ce fait d'autant plus aisée la concrétisation de l'acquiescement si elle n'est pas renouvelée face au comportement actif de l'auteur de la prétention¹⁸⁰⁹. On en trouve une illustration dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord aérien (États-Unis/France)* (1963). Le Secrétaire d'État français à l'aviation civile protesta en avril 1955 contre la desserte de Téhéran par la *Panamerican Airlines* (non prévue par l'accord du 27 mars 1946). Elle ne fut cependant jamais réitérée et les hauts fonctionnaires français approuvèrent constamment les horaires proposés par la compagnie prévoyant la desserte. En conséquence, le Tribunal arbitral conclut que la France avait acquiescé à la modification de l'accord par la pratique¹⁸¹⁰.

En définitive, le silence trouve sa cohérence globale et sa signification dans le rapport qu'il entretient avec l'ensemble du contexte dans lequel il s'inscrit, en particulier face à la teneur et aux formes prises par la prétention dont il découle une sommation de réagir. Les États se doivent ainsi d'être vigilants dans la mesure où leur acceptation, explicite comme silencieuse, peut avoir une portée considérable sur les rapports de droit.

§3. La portée des actes d'acceptation

407. Portée de l'acceptation à l'égard du droit objectif – L'effet propre d'un acte d'acceptation, on l'a dit, consiste pour son auteur à se rendre définitivement opposable la prétention d'un tiers. La reconnaissance comme l'acquiescement impliquent que la prétention a été appréciée et acceptée ; ils traduisent en ce sens un engagement à ne plus la contester. Du point de vue de sa portée, un acte d'acceptation entraîne une conséquence opposée à celle de la protestation. En tant que contre-prétention, la protestation fait survenir, entre son auteur et celui de la prétention initiale, un différend juridique¹⁸¹¹. L'acceptation, quant à elle, révèle la concordance des positions des États interagissant à l'égard d'un même objet normatif. Il en découle, dès lors, un accord informel. Or, en tirer pareille conséquence ne revient pas à nier à la reconnaissance ni à l'acquiescement leur qualité d'actes unilatéraux¹⁸¹². Il s'agit bien d'actes unilatéraux autonomes ayant des effets propres ; mais ces actes participent d'un processus

¹⁸⁰⁸ V. *supra*, § 379.

¹⁸⁰⁹ En ce sens, J. Barale, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 399.

¹⁸¹⁰ *Interprétation de l'accord aérien du 27 mars 1946 (États-Unis/France)*, SA préc., pp. 251-252 et pp. 253-254 pour la conclusion.

¹⁸¹¹ Sur la portée des actes de protestation, v. *supra*, §§ 380-381.

¹⁸¹² *Contra*, v. J. Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, pp. 800-801.

normatif interactif donnant naissance à un genre d'acte juridique plus complexe, *i.e.* un accord (l'acte-juridique « accord » renvoyant ici à un mode de production du droit international)¹⁸¹³.

Souligner que la reconnaissance et l'acquiescement, en répondant à des prétentions normatives unilatérales *stricto sensu*, participent à la formation d'accords informels revient ainsi à confirmer le rôle « quasi législatif » que certains auteurs leur attribuent¹⁸¹⁴. Il ne s'agit pas là de chercher à combler absolument une « carence » de l'ordre juridique international, comme si cela eût été un besoin inconscient ou militant¹⁸¹⁵. La remarque procède d'un simple constat prenant pour point de départ l'effet juridique propre des actes d'acceptation. Les expressions employées pour décrire la portée de ces derniers méritent néanmoins d'être précisées et mises en cohérence avec la représentation du processus normatif proposée dans cette étude.

La première précision a trait au sens qui peut leur être attribué. Parce que l'ordre juridique international est décentralisé et le pouvoir normatif dispersé entre les États, le mode principal d'appréciation de la régularité des prétentions unilatérales étatiques est nécessairement intersubjectif. Ainsi, par son acceptation, l'État émet, d'une part, un jugement de conformité au droit ; d'autre part, l'acte fait naître un accord entre lui et l'auteur de la prétention relativement à la signification attribuée à une norme. Cela dit, pareille portée quasi législative opère uniquement dans le cadre d'un référentiel relationnel donné. L'acceptation établit, interprète ou modifie un rapport de droit *entre* les acteurs concernés. Elle n'a donc pas un rôle « législatif » au sens employé dans un ordre interne centralisé où le mode législatif de création ou de modification du droit est institutionnalisé et exclusif. Dans les rapports internationaux, le pouvoir d'émettre une prétention normative comme l'appréciation du

¹⁸¹³ En ce sens, v. J. Barale, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 419 : « [c]e qui paraît en tout cas certain c'est que le phénomène d'acquiescement atténue considérablement l'intérêt de la distinction entre les actes conventionnels et les actes unilatéraux ». Cela rejoint aussi une réflexion initiée par P. Reuter, « Principes de droit international public », *op. cit.*, p. 581 : « [d]ans certains cas (...) il apparaîtra que le lien est plus fort, que chaque acte est conditionné par l'autre, qu'il est la *cause* juridique de l'autre ; dans les cas où la solidarité est la plus forte il faudrait considérer que ces différents actes constituent une opération juridique unique », italique de l'auteur.

¹⁸¹⁴ V. par ex. H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1947, not., p. 6 ; C. H. Alexandrowicz, « The Quasi-judicial Function in Recognition of States and Governments », *AJIL*, vol. 46, 1952, n° 4, pp. 631-640 ; G. Venturini, « La valeur juridique des attitudes et des actes unilatéraux des États », *op. cit.*, p. 417 ; I. C. MacGibbon, « The Scope of Acquiescence in International Law », *op. cit.* p. 145 ; E. Wyler, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État. Une approche épistémologique du droit international*, *op. cit.*, p. 317. V. aussi, sans qu'il emploie l'expression, C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, pp. 190-191 : « [l]a reconnaissance est pratiquement le plus important des actes unilatéraux. Elle remplit dans les rapports internationaux un rôle régulateur comparable à celui des traités. D'une façon générale, elle a pour objet d'affirmer l'attitude positive d'un État envers d'autres États relativement à un élément nouveau qui s'introduit dans leurs rapports respectifs ».

¹⁸¹⁵ La critique est formulée par J. Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, pp. 819-820.

contenu de celle-ci ne valent que dans le seul cadre des rapports de droit liant leurs auteurs. Dans ce référentiel-ci, les États sont effectivement les créateurs et les juges de leurs propres droits et obligations. D'un côté, ils peuvent agir unilatéralement sur le fondement du droit objectif (*i.e.* des règles d'habilitation qu'ils s'octroient ou se reconnaissent) ; de l'autre, les tiers intéressés évaluent pour eux-mêmes la régularité des prétentions portées à leur connaissance. L'acceptation permet ainsi au processus de déboucher sur une signification commune et, dans le même temps, de rétroagir sur les habilitations, en confirmant leur sens, en les précisant ou en les modifiant.

La seconde précision concerne le champ d'application de la portée des actes d'acceptation. Celui-ci est fonction de la nature du rapport de droit qu'une prétention normative a entendu générer, interpréter ou modifier. Trois hypothèses peuvent être envisagées. S'il s'agit, d'une part, d'un rapport de droit purement bilatéral, alors la portée de la reconnaissance ou de l'acquiescement et l'accord qui en découle se limitera à ce rapport-ci. D'autre part, s'il s'agit d'un rapport de droit multilatéral, la portée de l'acceptation à l'égard de la prétention émise par l'une des parties à ce rapport dépendra de la possibilité pour les États concernés d'adopter des accords *inter se* (hypothèses des accords interprétatifs ou modificatifs bilatéraux dans le cadre d'un traité multilatéral ou hypothèse de la coutume bilatérale)¹⁸¹⁶. Enfin, s'il s'agit d'un rapport multilatéral et non réciproque, alors l'acceptation ne suffira pas à générer un accord interprétatif ou modificatif. La réaction des autres parties est également requise. Toutefois, dans les deux derniers cas, l'acceptation peut constituer un élément d'une pratique tendant à se généraliser parmi les parties à ce rapport. Dans cette hypothèse, cependant, ce n'est plus tant la portée de l'acceptation comme acte juridique qui intéresse mais sa portée en tant que simple fait.

408. Portée de l'acceptation en tant qu'élément d'une pratique générale – On se concentre ici sur le processus coutumier mais les remarques formulées sont aussi valables, *mutatis mutandis*, pour ce qui concerne la pratique subséquente, interprétative ou modificative, dans le cadre du droit conventionnel¹⁸¹⁷. La reconnaissance entretient un rapport étroit avec le processus coutumier. Les études doctrinales ont largement souligné son rôle, et plus largement celui des actes unilatéraux des États, à l'égard de la formation des règles

¹⁸¹⁶ Cela renvoie à des réflexions précédentes sur l'identification du cercle des États sommés de réagir à une prétention, v. *supra*, §§ 347 et s.

¹⁸¹⁷ Sur la valeur de la pratique en droit conventionnel, v. *supra*, §§ 242 et s.

coutumières¹⁸¹⁸. Il doit en aller de même pour l'acquiescement dans la mesure où ces effets sont identiques à ceux d'une reconnaissance explicite ou implicite. Cela dit, les études ne révèlent pas nécessairement toute la portée des actes d'acceptation. Dans le cadre du processus coutumier, la reconnaissance et l'acquiescement ne jouent pas uniquement comme mécanismes d'opposabilité. Il est vrai que, dans la recherche d'une règle coutumière, le juge peut, d'une part, se fonder sur la pratique active de certains États, voire d'une minorité d'entre eux, et, d'autre part, trouver dans l'inaction des autres une tolérance générale lui permettant de conclure au fait que la pratique n'est pas contestée. S'arrêter là revient cependant à se limiter à leur portée immédiate résidant, très logiquement, dans le constat d'une absence de protestation. Pareille approche favorise par ailleurs une vision des règles coutumières comme étant le résultat d'accords tacites. Néanmoins, c'est sans compter le rôle que jouent les reconnaissances et acquiescements dans la propagation d'une prétention interprétative ou modificative et donc, plus généralement, sur l'extension du cercle des États sommés de réagir, c'est-à-dire des États pouvant s'estimer potentiellement lésés dans leur droit au maintien du droit en vigueur¹⁸¹⁹. Les actes d'acceptation participent en effet d'une tolérance générale qui infuse progressivement une transformation du droit jusqu'à donner le sentiment d'un droit nouveau sur lequel les États demeurés passifs ne pourront plus revenir. Le constat est partagé par différents auteurs, notamment C. De Visscher :

« [l]a reconnaissance implicite ou tacite ne limite pas son action au plan des rapports de droit subjectif entre États et gouvernements. Au-delà et très au-dessus de la sphère des droits subjectifs et des intérêts particuliers, elle contribue de la façon la plus constante à la formation du droit objectif quand, revêtant la forme d'une tolérance générale, elle travaille à la formation du droit coutumier. (...) Cette tolérance dont le rôle grandit avec le nombre et surtout l'importance des États qui y participent, ne se satisfait pas ici de la seule constatation de l'effectivité ; elle se double d'un jugement de valeur. Une tolérance générale et prolongée implique, en effet, un jugement de conformité au droit des comportements qui en bénéficient »¹⁸²⁰.

I. C. MacGibbon décrit la portée de l'acquiescement à l'égard du processus coutumier d'une manière assez similaire :

« [*i*]n the early stages of the development of a customary right other States are faced with the choice of objecting or remaining passive. From their inaction the inference of consent in and acceptance of the validity of the claim may be drawn; and this inference may be strengthened by the passage of time, the

¹⁸¹⁸ V. not., J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, op. cit., pp. 236-238 ; J. Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, op. cit., pp. 824-836.

¹⁸¹⁹ Sur le phénomène de propagation d'une prétention et l'extension du cercle des États sommés de réagir, v. supra, § 354.

¹⁸²⁰ C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, op. cit., p. 195.

growth in the number of States participating in the claim and the extent to which the claim is enforced »¹⁸²¹.

Formuler les choses ainsi implique certes de reconnaître que toute acceptation explicite ou non, en tant qu'acte juridique, est réputée manifester la position de son auteur à l'égard d'un processus normatif donné ; c'est là son effet propre. Toutefois, cela ne revient pas à considérer que la coutume est nécessairement faite d'actes de volonté ni d'accords tacites¹⁸²². La question du fondement de son caractère obligatoire est une question externe à ce raisonnement. À cet égard, il peut être affirmé que le fondement de la coutume, et plus généralement du droit international, fait intervenir, avec plus ou moins de poids selon les cas, les volontés des acteurs du système comme les nécessités sociales qui leur sont sous-jacentes. Il ne convient pas ici de trancher pareille question. Ce que l'on retient, c'est que tout acte d'acceptation d'une prétention intervient au même titre que cette prétention dans la constitution d'une pratique générale en tant qu'élément d'identification des règles coutumières. À ce titre, si, d'une part, la reconnaissance et l'acquiescement sont des actes unilatéraux ayant, dans le cadre d'un rapport de droit donné, une portée quasi législative, d'autre part, leur portée excède ce référentiel-ci pour en atteindre un autre, celui du processus coutumier à l'égard duquel ils ne sont que de simples faits. L'un des deux constats n'exclut pas l'autre ; chacun vaut sur un plan différent. Dans un cas, la portée de l'acceptation est celle d'une volonté, dans l'autre, elle est celle d'un fait social.

¹⁸²¹ I. C. MacGibbon, « Customary International Law and Acquiescence », *op. cit.*, p. 130. On trouve encore une réflexion similaire dans les propos d'A. Marie sur le silence, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, *op. cit.*, p. 399 : « [L]orsqu'ils ne protestent pas, les États manifestent d'abord une tolérance qui contribue au processus de concrétisation d'une indétermination du rapport de droit en cause, au même titre que les comportements déviants ou de simple application y participent à mesure qu'ils se répètent, se généralisent, s'intensifient, ou qu'ils sont expressément assumés. Mais les États perdent leur faculté de réagir à mesure que le doute se propage et se concrétise. C'est alors que la simple tolérance devient acquiescement et que le silence participe à la formation et pas uniquement à son opposabilité ».

¹⁸²² La critique est formulée par J. Verhoeven, qui y voit une consécration inconsciente du volontarisme à l'égard de la coutume, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, *op. cit.*, p. 828.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ET DU TITRE 2

409. Toutes les caractéristiques des actes d'acceptation sont fonction de la nature des prétentions normatives auxquelles ils répondent. En premier lieu, pourvu que leurs auteurs n'y soient pas simplement indifférents, les reconnaissances et acquiescements sont généralement motivés par l'intérêt qu'ils trouvent à voir le contenu de la prétention d'un pair se concrétiser. L'acceptation manifeste, ensuite, l'appréciation de son bien-fondé. Elle a par ailleurs un effet propre : dans la mesure où la prétention normative *stricto sensu* d'un État est certes présumée opposable mais pas incontestable, la reconnaissance ou l'acquiescement entraînent son opposabilité définitive. Ils constituent en ce sens des engagements à ne plus contester le nouveau rapport de droit qui en découle. En second lieu, la formation des actes d'acceptation dépend également des prétentions auxquelles ils réagissent. Comme tout acte unilatéral, en l'absence de règle spéciale, l'acceptation naît de l'expression claire et non équivoque de la volonté de son auteur. Sa reconstruction est alors éminemment dépendante du contexte incluant l'ensemble des interactions entre les acteurs concernés. En conséquence, si elle n'est pas explicite, la reconnaissance peut naître d'une pratique concordante faisant écho à la prétention qu'elle prend pour objet. Par ailleurs, si l'État a connaissance de la prétention d'un pair et si les faits démontrent qu'il a eu l'opportunité d'y réagir, son silence se verra attribuer la valeur d'un acquiescement. Enfin, on a distingué entre l'effet juridique propre des acceptations et leur portée. En tant qu'acte juridique, les acceptations participent d'une opération normative globale, d'un processus interactionnel dont découlent autant d'accords informels entre les acteurs ayant interagi. Le contenu de la prétention initiale se voit ainsi consacré comme la signification commune attribuée à leurs rapports de droit ; elle devient la norme en vigueur. La portée des acceptations peut en outre dépasser ces rapports-ci et interagir avec d'autres processus normatifs à vocation plus générale. En tant que faits juridiques, cette fois, les reconnaissances et acquiescements intègrent, renforcent et/ou propagent une pratique générale, qu'elle soit subséquente à un traité multilatéral ou coutumière.

410. Finalement, face à une prétention normative unilatérale *stricto sensu* les sommant de réagir, les États n'ont d'autres possibilités que d'en contester le bien-fondé, de la reconnaître ou d'y acquiescer. La protestation, la reconnaissance et l'acquiescement ont pour fonction de satisfaire à la condition hétéronome d'(in)opposabilité du contenu normatif d'une prétention. À cet égard, les effets propres des actes de réaction sont à la fois nécessaires et suffisants aux

fins du processus normatif décrit. Les protestations et acceptations des États assurent en ce sens un rôle fondamental au sein d'un ordre juridique international où le pouvoir normatif est dispersé entre ses sujets. D'un côté, la protestation suffit à empêcher la naissance d'un acquiescement et *a fortiori*, à bloquer toute opposabilité définitive d'une prétention. Elle fait surgir un différend que les États peuvent régler par de nouvelles interactions ou par le recours à un tiers impartial. De l'autre, la reconnaissance et l'acquiescement sont nécessaires et suffisants en vue de manifester l'appréciation du bien-fondé d'une prétention et consacrer l'évolution du rapport de droit qu'elle véhicule. En cela, ces actes d'acceptation remplissent une fonction quasi législative ; ils mettent fin à une interaction déterminant la signification attribuée à un rapport de droit.

Le processus décrit repose, au moins en droit et en théorie, sur l'égalité des acteurs qui y participent. En pratique, cependant, dès lors que l'absence de protestation à une prétention ayant pour effet de sommer les tiers de réagir est interprétée comme un consentement, le processus peut aisément tourner à l'avantage des États puissants ou d'autres États ayant les moyens d'être particulièrement vigilants¹⁸²³. Ceux ayant un intérêt moindre au suivi des rapports internationaux ou, plus simplement, n'ayant que de faibles moyens financiers et humains pour assurer un degré de vigilance accru se voient opposer les résultats de processus normatifs auxquels leur participation apparaît plus théorique que réelle.

¹⁸²³ Il existe néanmoins quelques contre-exemples illustrant d'autant mieux le degré de vigilance attendu des grandes puissances. Ainsi, on a vu que dans l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, préc., la position du Royaume-Uni en tant que puissance maritime, particulièrement intéressée par les enjeux soulevés par le différend, a pesé dans la qualification de son acquiescement aux délimitations norvégiennes.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

411. *Opposabilité des actes et opposabilité des normes* – L’opposabilité des prétentions normatives *stricto sensu* à l’égard des tiers ne relève pas d’une logique purement relativiste. En réalité, il est possible d’opérer en la matière une distinction claire entre les prétentions unilatérales comme actes juridiques et l’objet normatif qu’elles véhiculent. Ainsi, d’un côté, l’opposabilité des actes unilatéraux étatiques vecteurs de prétentions normatives repose sur une logique objective. Dès lors qu’ils sont fondés sur des normes d’habilitation et ne sont pas manifestement irréguliers, ces actes existent en droit et, à ce titre, bénéficient d’une opposabilité présumée. Cependant, parce qu’ils sont, en même temps et pour la même raison, potentiellement contestables, ils génèrent un effet de sommation à l’égard des tiers intéressés. D’un autre côté, l’opposabilité définitive du contenu normatif d’une prétention unilatérale dépend d’une condition hétéronome. La sommation requiert ainsi la réaction des tiers et leurs réactions apparaissent de ce fait nécessaires et suffisantes aux fins de l’(in)opposabilité de l’objet normatif d’une prétention.

Le processus assure ainsi l’équilibre entre divers éléments structurels de l’ordre juridique international. D’une part, il garantit l’égalité souveraine des États dans la confrontation de leurs prétentions et réactions unilatérales respectives. Tous ont au moins la faculté d’exprimer (ou sont au moins réputés exprimer) leur position à l’égard de l’interprétation ou de l’évolution de leurs rapports de droit. Cette exigence se réalise néanmoins en accord avec l’objectif de sécurité juridique. C’est la raison pour laquelle le silence d’un tiers intéressé face à une prétention dont il a connaissance emporte son acquiescement. Pareille prétention ne pourrait demeurer indéfiniment contestable sans laisser planer un irréductible doute sur l’existence ou la teneur de la règle qu’elle prend pour objet.

D’autre part, le processus permet l’articulation entre l’application du droit international et sa transformation, les deux étant inextricablement liés dans un ordre décentralisé. En ce sens, l’effet de sommation découlant des prétentions normatives unilatérales remplit une fonction de réduction des tensions entre l’exercice par les États du pouvoir d’appliquer le droit (par l’adoption d’actes unilatéraux) et l’exercice du pouvoir de le transformer (réparti entre l’ensemble des sujets). L’application du droit international véhicule, selon les cas, diverses prétentions relatives à sa transformation ; sa transformation permet son application future sur la base de fondements établis ou précisés. En somme, dans le cadre d’une telle représentation,

les actes et les normes se réalisent dans un schéma circulaire en s'attribuant mutuellement des significations et des effets.

CONCLUSION GENERALE

412. L'utilité du concept de « prétention normative unilatérale stricto sensu » – Au seuil de cette étude, le droit international a été décrit comme un ordre houleux. Cette impression de houle dans la définition et l'évolution des normes internationales est le fruit des comportements unilatéraux variés des États et des éventuelles réactions qu'ils suscitent. Face à cette somme virtuellement infinie de comportements, le concept de « prétention normative unilatérale *stricto sensu* » démontre son utilité à divers titres.

Premièrement, il permet d'opérer un tri : parmi tous les comportements unilatéraux des États, certains seulement sont des actes juridiques vecteurs de prétentions normatives et déploient des effets autonomes pesant sur la définition et l'évolution des rapports de droit. Les prétentions normatives *stricto sensu* constituent en ce sens une catégorie particulière d'actes unilatéraux étatiques. Il ne s'agit pas simplement d'actes d'application pure et simple du droit international. Ils ne sont pas non plus des offres *largo sensu* dont les éventuels effets normatifs dépendent nécessairement de l'acceptation expresse des tiers. Les actes identifiés se caractérisent par leur double nature : ils sont autant des actes d'application du droit – pris sur le fondement de règles d'habilitation établies ou dont l'existence est revendiquée – que les véhicules de prétentions normatives de diverses natures. Ces prétentions peuvent avoir pour objet d'interpréter ou modifier leur fondement ou, lorsqu'un État agit sur la base d'une liberté *a priori* inconditionnée, celui-ci peut chercher à créer des droits nouveaux au profit des tiers ou renoncer à ses propres droits. Un recours au concept de norme d'habilitation a offert une vision globale et cohérente des fondements des actes unilatéraux étatiques, ce qui a permis, par la même occasion, d'appréhender les marges d'appréciation et contraintes dans le cadre desquelles ou à l'égard desquelles les États peuvent formuler des prétentions normatives.

Deuxièmement, le concept proposé permet d'identifier les actes unilatéraux ayant un effet propre sur le processus normatif. Cet effet consiste à requérir la réaction des tiers intéressés. Les prétentions normatives *stricto sensu* manifestent ainsi l'utilisation par leurs auteurs d'un véritable pouvoir de sommation. Dans la mesure où ces prétentions ne sont pas manifestement régulières, les tiers intéressés, susceptibles de s'estimer potentiellement lésés, sont tenus de réagir et de soulever d'éventuels motifs d'irrégularité s'ils ne souhaitent pas voir leur silence interprété comme un acquiescement. Les prétentions normatives identifiées

gènèrent en ce sens une tension, un doute sur la définition et l'évolution des rapports de droit. L'effet de sommation qu'elles produisent vis-à-vis des tiers intéressés est facteur d'apaisement en ce qu'il permet d'éviter à des situations d'insécurité juridique de perdurer. La sommation limite, par ailleurs, un relativisme total des normes internationales en poussant les États à s'accorder sur leur statut et leur contenu. La contrepartie de la sommation, toutefois, est qu'il pèse sur les tiers intéressés un devoir accru de vigilance à l'égard des actes unilatéraux de leurs pairs ayant une portée normative.

Troisièmement, le concept retenu fait la lumière sur un processus normatif propre à une catégorie particulière d'actes unilatéraux. Dans un ordre juridique décentralisé où le pouvoir normatif est dispersé entre les États, les prétentions normatives unilatérales identifiées, sommant les tiers de réagir, ont pour fonction de provoquer des interactions sociales et juridiques. La définition et l'évolution des normes internationales est le résultat de ces interactions.

413. « Ceci n'est pas une thèse volontariste » – Au cas où un doute surgirait à la lecture de cette étude, la thèse formulée se limite au constat que le processus normatif décrit procède de la concordance des volontés des États. L'interprétation et l'évolution du droit international par leurs actes unilatéraux n'opèrent que dans la mesure où elles ont été prétendues par les uns et consenties par les autres. C'est l'une des rares concessions faites au volontarisme. Il apparaît en effet insuffisant de s'appuyer sur cette seule approche pour expliquer la nature du phénomène analysé, qui présente bien des éléments de nature à dépasser la stricte volonté des États.

En premier lieu, nulle affirmation péremptoire ne sera formulée quant au fondement du droit international, ni à l'égard du fondement du droit tout court. Il est certes permis de reconnaître que la volonté des États joue un rôle dans la naissance, l'interprétation et l'évolution des règles qui les lient. Toutefois, bien au-delà de leur volonté, le caractère obligatoire du droit international réside certainement dans les nécessités inhérentes aux rapports sociaux ou encore dans l'adhésion des acteurs du système aux valeurs que les règles auxquelles ils se conforment sous-tendent¹⁸²⁴. La sécurité juridique et la bonne foi constituent sans doute les principes régulateurs du processus représenté autant que des contraintes pesant sur les États. D'un côté, ces derniers prétendent, la plupart du temps, agir de bonne foi sur la base des règles en vigueur ou qu'ils estiment à tout le moins en formation ; ils cherchent à

¹⁸²⁴ Sur ce dernier point, v. F. Brunet, *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2012, 678 p.

justifier juridiquement leurs conduites. D'un autre côté, les actes unilatéraux vecteurs de prétentions normatives *stricto sensu*, dès lors qu'ils ne sont pas manifestement réguliers, somment les tiers intéressés de réagir. La sécurité juridique et la bonne foi constituent à nouveau les causes principales d'un tel effet.

En second lieu, plusieurs remarques peuvent être formulées à l'égard du fonctionnement du processus dans le but d'en relativiser les ressorts volontaristes. D'une part, la notion même d'acte juridique, qui ne constitue qu'un outil scientifique utile à la description des phénomènes soumis à l'étude, renvoie à une volonté objective. Les actes juridiques unilatéraux des États ne constituent pas des manifestations de la volonté réelle de leurs auteurs. La « volonté » procède d'une construction juridique. Elle est une volonté au sens du droit et celle-ci correspond à la manifestation extérieure (le « dire » ou le « locutoire ») indiquant l'utilisation d'un pouvoir donné en vue de la réalisation de certains effets (le « faire » ou le « illocutoire ») prescrits par une règle écrite ou non. La volonté n'est que le message donnant à voir que l'État exerce un pouvoir fondé sur une règle secondaire d'habilitation. Dans ces conditions, il n'y a aucun obstacle à considérer que la pratique d'un ou plusieurs États ou encore leur silence puissent être envisagés comme l'exercice d'un tel pouvoir et donnent ainsi naissance à des actes juridiques. Comme tout message dont il peut découler certains effets, la pratique d'un État comme son silence sont interprétés en fonction des données factuelles émanant du contexte dans lequel ils s'inscrivent et y trouvent une signification admise entre les acteurs.

D'autre part, les prétentions identifiées bénéficient d'une opposabilité présumée. Cela découle, là encore, du jeu d'une condition objective. Dans la mesure où elles sont fondées sur des normes d'habilitation, leur existence et leur effet dépendent d'une logique de légalité. Mais parce que les tiers intéressés peuvent en remettre en cause le bien-fondé durant un certain laps de temps, les prétentions identifiées ont pour effet autonome de sommer ces derniers de réagir. Cela découle, certes, du caractère décentralisé de l'ordre juridique international et de la répartition entre les États du pouvoir normatif. Ce n'en est pas moins la conséquence d'une exigence de sécurité juridique.

Enfin, la condition de connaissance des prétentions normatives *stricto sensu* par les tiers sommés de réagir relève également d'une construction objective. La preuve de la connaissance réelle peut effectivement être apportée. Cependant, la connaissance juridique inclut, en outre, la connaissance présumée (qui découle de la preuve d'une notification) comme l'ignorance invraisemblable ou inexcusable à la lumière des faits. Il en va de même pour l'évaluation du délai consacré à l'appréciation d'une prétention réputée connue des tiers intéressés. En

l'absence de délai préfixé (comme dans le cas de l'acceptation tacite des réserves aux traités), c'est toujours en fonction d'une somme de facteurs liés aux circonstances de chaque espèce qu'un État peut être réputé avoir eu l'opportunité raisonnable d'apprécier une prétention ainsi que l'opportunité d'y réagir.

Finalement, la représentation proposée permet de s'écarter d'un jugement classique selon lequel la production du droit international procéderait purement et simplement de la « volonté » des États. D'autant plus qu'ils agissent par la voie unilatérale, le processus de création, d'interprétation et d'évolution du droit international est régi par des principes de droit objectifs dépassant la seule volonté des souverains. Simplement, la réalisation de ces principes et du processus décrit fait appel à la technique de l'acte juridique.

414. Retour sur la problématique de l'autonomie d'un mode de production unilatéral du droit international – L'intérêt de la représentation proposée réside, par ailleurs, dans le fait qu'elle offre une possible réponse au débat sur l'autonomie des actes unilatéraux soulevé dès l'introduction. Sur ce point, il est permis de rejeter définitivement l'approche restreinte prônée par le Rapporteur spécial de la CDI sur les actes unilatéraux des États. Les actes unilatéraux susceptibles d'emporter des effets sur les rapports de droit ne se limitent pas à la figure de la « déclaration purement autonome ». D'abord, aucun acte juridique, tout unilatéral qu'il soit, n'est autonome des règles secondaires qui le fondent et lui attribuent sa valeur et ses effets. Tous les actes unilatéraux étatiques sont adoptés sur la base de règles d'habilitation, que l'on qualifie comme telles des traités et coutumes spécifiques ou la liberté *a priori* inconditionnée des États. Ensuite, du point de vue du processus de définition et d'évolution du droit international, aucun acte unilatéral n'est parfaitement autonome des positions exprimées par les tiers intéressés. Les actes unilatéraux des États ne peuvent générer du droit *in vacuo*. Dans un ordre décentralisé composé de sujets souverains, la création et l'évolution du droit est toujours le résultat d'une interaction, plus ou moins déterminante, débouchant sur l'attribution à un acte et son contenu d'une signification commune entre les sujets intéressés.

In fine, la représentation donnée incite à constater que les actes unilatéraux des États subissent nécessairement « l'attraction d'une situation conventionnelle »¹⁸²⁵. La définition et

¹⁸²⁵ L'expression de P. Reuter est reprise par D. Alland, *Manuel de droit international public, op. cit.*, pp. 186-187 : « [d]ans cette perspective, l'acte unilatéral est une prétention dont l'acceptation par un autre sujet explique et conditionne l'opposabilité et la force obligatoire, lesquelles viennent bien de ce consentement – aussi largement entendu soit-il – et non (...) de l'acte unilatéral en tant que tel. (...) les conditions auxquelles [les actes unilatéraux des États] sont producteurs d'obligations – dès lors, encore une fois, qu'il

l'évolution du droit international par les actes unilatéraux étatiques est en effet le résultat de la concordance des positions des sujets qui interagissent. Il en découle certes des accords informels. C'est néanmoins un processus normatif particulier qui a été mis en lumière, composé d'actes unilatéraux ayant des effets autonomes. Parfois, le résultat de ce processus se rapproche du modèle-type de l'accord explicite, dans les cas où une prétention et une réaction explicite sont exprimées dans un temps relativement court. Dans d'autres cas, le processus s'en éloigne, lorsqu'une prétention émane d'une pratique interprétative ou modificative étalée dans le temps et que celle-ci fait face au silence des tiers intéressés.

Point d'autonomie des actes unilatéraux, en somme. Le constat est toutefois purement théorique. En pratique, le processus représenté dans cette étude laisse transparaître tout le poids de l'unilatéralisme sur la définition du droit international.

s'agit d'engager un autre sujet que l'auteur de l'acte – montrent qu'ils se coulent sagement dans les catégories canoniques de l'engagement international, à savoir la coutume et le traité ».

TABLE ET INDEX DE LA JURISPRUDENCE

N.B. : l'index renvoie aux affaires citées en corps de texte.

Cour Permanente de Justice internationale

Avis consultatifs

Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis du 7 février 1923, *Série B*, n° 4, p. 7 : § 208.

Certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne, avis du 10 septembre 1923, *Série B*, n° 6, p. 6.

Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne (frontière entre la Turquie et l'Irak), avis du 21 novembre 1925, *Série B*, n° 12, p. 5.

Arrêts

Affaire du Vapeur « Wimbledon » (Allemagne c. France et autres), arrêt du 17 août 1923, *Série A*, n° 1, p. 14 : §§ 14 ; 76 ; 142.

Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni), arrêt du 30 août 1924, *Série A*, n° 2, p. 5 : § 381.

Affaire des Concessions Mavrommatis à Jérusalem (Grèce c. Grande-Bretagne), arrêt du 26 mars 1925, *Série A*, n° 5, p. 6 : §§ 124 ; 255.

Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne), *fond*, arrêt du 25 mai 1926, *Série A*, n° 7, p. 3.

Affaire du Lotus (Turquie/France), arrêt du 7 septembre 1927, *Série A*, n° 10, p. 3 : §§ 131 ; 179 ; 201 ; 205.

Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires) (Allemagne c. Pologne), arrêt du 26 avril 1928, *Série A*, n° 15, p. 4 : § 168.

Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France (France/Serbie), arrêt du 12 juillet 1929, *Série A*, n° 20/21, p. 5.

Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France (France/Brésil), arrêt du 12 juillet 1929, *Série A*, n° 21, p. 93.

Affaire des Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (France/Suisse), arrêt du 7 juin 1932, *Série A/B*, n° 46, p. 95 : § 262.

Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège), arrêt du 5 avril 1933, *Série A/B*, n° 53, p. 21 : §§ 22 ; 125 ; 156 ; 165 ; 170 ; 270 ; 271.

Prises d'eau de la Meuse (Pays-Bas c. Belgique), arrêt du 28 juin 1937, *Série A/B*, n° 70, p. 3 : § 399.

Phosphates du Maroc (Italie c. France) (exceptions préliminaires), arrêt du 14 juin 1938, *Série A/B*, n° 74, p. 3.

Cour internationale de Justice

Avis

Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis du 11 avril 1949, *Rec.* p. 174.

Statut international du Sud-Ouest africain, avis du 11 juillet 1950, *Rec.*, p. 128 : § 244.

Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis du 28 mai 1951, *Rec.* p. 15 : § 90.

Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis du 21 juin 1971, *Rec.*, p. 16 : §§ 233 ; 343.

Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis du 20 décembre 1980, *Rec.*, p. 73.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis du 8 juillet 1996, *Rec.*, p. 226.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis du 9 juillet 2004, *Rec.*, p. 136 : § 346.

Arrêts et ordonnances

Affaire du Déroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), exceptions préliminaires, arrêt du 25 mars 1948, *Rec.*, p. 15 : §§ 168 ; 341.

Affaire du Déroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt du 9 avril 1949, *Rec.*, p. 4 : §§ 308 ; 323.

Affaire du Droit d'asile (Colombie/Pérou), arrêt du 20 novembre 1950, *Rec.* p. 266 : § 76.

Affaire Haya de la Torre (Colombie/Pérou), arrêt du 13 juin 1951, *Rec.*, p. 71.

Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège), arrêt du 18 décembre 1951, *Rec.* 1951, p. 116 : §§ 10 ; 317 ; 318 ; 322 ; 330 ; 338 ; 363 ; 379 ; 405.

Anglo-Iranian Oil Company (Royaume-Uni c. Iran), exceptions préliminaires, arrêt du 2 juillet 1952, *Rec.*, p. 93 : §§ 168 ; 321.

Droits des ressortissants des États-Unis au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 août 1952, *Rec.* p. 176 : §§ 152 ; 269.

Affaire des Minquiers et des Écréhous (France/Royaume-Uni), arrêt du 17 novembre 1953, *Rec.* p. 47 : §§ 378 ; 379.

Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), deuxième phase, arrêt du 6 avril 1955, *Rec.* p. 4 : §§ 160 ; 292.

Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège), arrêt du 6 juillet 1957, *Rec.* p. 9.

Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde), exceptions préliminaires, arrêt du 26 novembre 1957, Rec. p. 125.

Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas), arrêt du 20 juin 1959, Rec. p. 209 : §§ 248 ; 317 ; 319 ; 323.

Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua), arrêt du 18 novembre 1960, Rec. p. 192 : §§ 399 ; 405.

Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde), fond, arrêt du 12 avril 1960, Rec., p. 6 : §§ 265 ; 269 ; 406.

Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), exceptions préliminaires, arrêt du 26 mai 1961, Rec., p. 17 : § 156.

Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), fond, arrêt du 15 juin 1962, Rec., p. 6 : §§ 170 ; 296 ; 311 ; 321 ; 330 ; 331 ; 333 ; 335 ; 338 ; 388 ; 395 ; 406.

Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, Rec., p. 319.

Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne), exceptions préliminaires, arrêt du 24 juillet 1964, Rec. p. 6.

Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark et Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, Rec. p. 3 : §§ 164 ; 240.

Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt du 5 février 1970, Rec., p. 3 : §§ 192 ; 352.

Appel concernant la compétence de l'OACI (Inde c. Pakistan), arrêt du 18 août 1972, Rec., p. 46.

Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt du 25 juillet 1974, Rec., p. 3 : § 364.

Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France et Australie c. France), arrêts du 20 décembre 1974, Rec. 1974, p. 457 et p. 253 : §§ 10 ; 12 ; 13 ; 14 ; 22 ; 37 ; 125 ; 146 ; 156 ; 161 ; 163 ; 164 ; 166 ; 205 ; 216 ; 217 ; 218 ; 257 ; 259 ; 309.

Affaire du Plateau continental (Tunisie/Jamabiriya arabe libyenne), arrêt du 24 février 1982, Rec. p. 18 : § 340.

Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique), arrêt (chambre constituée par ordonnance du 20 janvier 1982) du 12 octobre 1984, Rec. p. 246 : §§ 146 ; 147 ; 148 ; 321 ; 332 ; 395 ; 404.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt du 26 novembre 1984, Rec., p. 392 : § 217.

Affaire du Plateau continental (Jamabiriya arabe libyenne/Malte), arrêt du 3 juin 1985, Rec. p. 13.

Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Libye) (Tunisie c. Libye), arrêt du 10 décembre 1985, Rec. p. 192 : §§ 318 ; 322.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, Rec. p. 14 : §§ 165 ; 210 ; 259 ; 337.

Affaire du Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), arrêt du 22 décembre 1986, Rec. p. 554 : §§ 78 ; 161 ; 164 ; 243.

Affaire Elettronica sicala S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt du 20 juillet 1989, Rec. p. 15.

Affaire du différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), requête du Nicaragua à fin d'intervention, arrêt du 13 septembre 1990, Rec. p. 92.

Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée Bissau c. Sénégal), arrêt du 12 novembre 1991, Rec., p. 53.

Certaines terres à phosphate à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt du 26 juin 1992, Rec. p. 240.

Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant)), arrêt du 11 septembre 1992, Rec. p. 351 : §§ 243 ; 248 ; 296 ; 380.

Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)), nouvelles demandes en indications de mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, Rec., p. 325 : § 168.

Affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt du 3 février 1994, Rec. p. 6 : § 406.

Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), compétence et recevabilité, arrêt du 1^{er} juillet 1994, Rec., p. 112 : § 379.

Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996, Rec., p. 595 : § 168.

Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, Rec. p. 7.

Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt du 11 juin 1998, Rec. p. 275 : § 374.

Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), arrêt du 4 décembre 1998, Rec., p. 432.

Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, Rec., p. 761.

Affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), arrêt du 13 décembre 1999, Rec., p. 1045 : §§ 79 ; 244.

Affaire de la délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), fond, arrêt du 16 mars 2001, Rec. p. 40 : §§ 171 ; 378.

Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, Rec. p. 466 : § 255.

Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, Rec., p. 3.

Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt du 10 octobre 2002, *Rec.* p. 303 : § 321.

Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie), arrêt du 17 décembre 2002, *Rec.*, p. 625.

Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 31 mars 2004, *Rec.*, p. 12.

Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Canada), exceptions préliminaires, arrêt du 15 décembre 2004, *Rec.* p. 429.

Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt du 12 juillet 2005, *Rec.*, p. 90.

Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005, *Rec.* p. 168 : §§ 160 ; 167 ; 388.

Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt du 3 février 2006, *Rec.* p. 6.

Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la Mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt du 8 octobre 2007, *Rec.* p. 659.

Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour), arrêt du 23 mai 2008, *Rec.* 2008, p. 12 : 10 ; §§ 79 ; 165 ; 248 ; 301 ; 396.

Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt du 4 juin 2008, *Rec.* p. 177 : §§ 146 ; 147 ; 162.

Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt du 18 novembre 2008, *Rec.* p. 3.

Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, *Rec.* p. 139 : §§ 124 ; 256.

Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 13 juillet 2009, *Rec.*, p. 213 : §§ 246 ; 248.

Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* p. 14.

Affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Russie), exceptions préliminaires, arrêt du 1^{er} avril 2011, *Rec.* p. 70 : §§ 374 ; 379.

Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012, *Rec.* p. 422 : §§ 229 ; 375.

Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)), arrêt du 31 mars 2014, *Rec.*, p. 226.

Affaire des violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016, p. 3.

Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Pakistan), compétence et recevabilité, arrêt du 5 octobre 2016, Rec., p. 552 : §§ 374 ; 375.

Obligations de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili), arrêt du 1^{er} octobre 2018 (Rôle général n° 153).

Sentences arbitrales

Steamer « Montijo » (Colombie/États-Unis d'Amérique), SA du 26 juillet 1875, RAI, vol. III, pp. 651-688 : § 150.

Affaire de l'Île de Lamu (Allemagne/Royaume-Uni), SA du 17 août 1889, RSA, vol. XXVIII, pp. 237-248.

Affaire relative aux Droits de juridiction des États-Unis dans les eaux de la mer de Behring et à la préservation des phoques à fourrure (États-Unis/Grande-Bretagne), SA du 15 août 1893, RSA, vol. XXVIII, pp. 263-276 : § 235.

Sentence relative à la frontière entre la colonie de Guyane britannique et les États-Unis du Venezuela, SA du 3 octobre 1899, RSA, vol. XXVIII, pp. 331-340.

Gentini, SA de la Commission mixte italo-vénézuélienne, 1903, RSA, vol. X, pp. 551-561.

Tagliaferro, SA de la Commission mixte italo-vénézuélienne, 1903, RSA, vol. X, pp. 592-594.

Loretta G. Barberie, SA de la Commission des réclamations États-Unis d'Amérique/Venezuela (Convention du 5 décembre 1885), non datée, reproduite dans RSA, vol. XXIX, pp. 293-294

Stevenson, SA de la Commission mixte anglo-vénézuélienne, 1903, RSA, vol. IX, pp. 385-387.

Frontière entre la Guyane britannique et le Brésil (Brésil/Royaume-Uni), SA du 6 juin 1904, RSA, vol. XI, pp. 11-23 (version française RGDIP, 1904, pp. 18-30).

Affaire des Grisbadarna (Norvège c. Suède), SA du 23 octobre 1909, RSA, vol. XI, pp. 147-166 : § 405.

Affaire Savarkar (Great Britain/France), SA du 24 février 1911, RSA, vol. XI, pp. 243-255 : § 265.

Affaire relative à l'interprétation du traité de commerce conclu entre l'Italie et la Suisse le 13 juillet 1904 (Italie, Suisse), SA du 27 avril 1911, RSA, vol. XI, pp. 257-262.

Affaire Chamizal (Mexique/États-Unis), SA du 15 juin 1911, RSA, vol. XI, pp. 309-347 : §§ 10 ; 379.

Affaire de l'indemnité russe (Turquie, Russie), SA du 11 novembre 1912, RSA, vol. XI, pp. 421-446 : §§ 226 ; 269.

Affaire Owners, officers and men of the Wanderer (Great Britain v United States of America), SA du 9 décembre 1921, RSA, vol. VI, pp. 68-77.

Charterers and Crew of the Kate (Great Britain) v. United States, RSA, vol. VI, pp. 77-82.

Laughlin McLean (Great Britain) v. United States, RSA, vol. VI, pp. 82-85.

Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (affaire « Tinoco ») (Great Britain v. Costa Rica), SA du 18 octobre 1923, RSA, vol. I, pp. 369-399.

Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne/Royaume-Uni), SA du 29 décembre 1924, RSA, vol. II, pp. 651-673 : § 229.

Tacna-Arica (Chili/Pérou), SA du 4 mars 1925, RSA, vol. II, pp. 921-958.

Affaire Sarropoulos c. Bulgarie, SA du Tribunal mixte gréco-bulgare du 14 février 1927, Rec. TAM, vol. VII, pp. 47-55.

Affaire des frontières du Honduras (Guatemala, Honduras), SA du 23 janvier 1933, RSA, vol. II, pp. 1307-1366.

Affaire de l'Île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis), SA du 4 avril 1928, RSA, vol. II, pp. 829-871 (version française RGDIP, vol. 42, 1935, pp. 156-202) : §§ 78 ; 151 ; 406.

Georges Pinson (France) c. États-Unis du Mexique, SA du 19 octobre 1928, RSA, vol. V, pp. 327-466 : § 158.

Affaire de l'Île de Clipperton (France/Mexique), SA du 28 janvier 1931, RSA, vol. II, pp. 1108-1111.

Affaire Campbell (RU c. Portugal), SA du 10 juin 1931, RSA, vol. II, pp. 1145-1158 : § 160.

Affaire du Kronprinz Gustav Adolf (Suède/États-Unis d'Amérique), SA du 18 juillet 1932, RSA, vol. II, pp. 1239-1305.

Affaire du différend de la Société des explosifs et produits chimiques, Commission de conciliation franco-italienne, décision n° 108 du 15 septembre 1951, RSA, vol. XIII, pp. 280-288.

Affaire du différend de la Società Anonima Michelin Italiana, commission de conciliation franco-italienne, décision n° 175 du 15 novembre 1954, RSA, vol. XIII, pp. 612-618.

Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre C, du Traité de Paix (Biens italiens en Tunisie – Échange de lettres du 2 février 1951), décisions n° 136, 171 et 196 des 25 juin 1952, 6 juillet 1954 et 7 décembre 1955, RSA, vol. XIII, pp. 389-439.

Ambatielos (Grèce/Royaume-Uni), SA du 6 mars 1956, RSA, vol. XII, pp. 83-153 : § 379.

Affaire du lac Lanoux (Espagne, France), SA du 16 novembre 1957, RSA, vol. XII, pp. 281-317 : § 205.

Affaire de l'Arabian American Oil Company (Aramco) c. Gouvernement de l'Arabie Saoudite, SA du 23 août 1958, RCDIP, 1963, pp. 272-363.

Flegenheimer, commission de conciliation italo-américaine, décision n° 182 du 20 septembre 1958, RSA, vol. XIV, pp. 327-390 : § 158.

Affaire de l'Interprétation de l'accord aérien du 27 mars 1946 (États-Unis/France), SA du 22 décembre 1963, RSA, vol. XVI, pp. 5-74 (version française, RGDIP, vol. 69, 1965, n° 1, pp. 189-260) : §§ 153 ; 248, 301 ; 396 ; 406.

Affaire de la Frontière indo-pakistanaise occidentale (Rann de Kutch) (Inde/Pakistan), SA du 19 février 1968, RSA, vol. XVII, pp. 1-576.

Affaire relative au Canal de Beagle (Argentine/Chili), SA du 18 février 1977, RSA, vol. XXI, pp. 53-264 : §§ 242 ; 340.

Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France, SA du 9 décembre 1978, RSA, vol. XVIII, pp. 417-493 : §§ 99 ; 100 ; 110 ; 118.

Affaire de la Délimitation du plateau continental de la mer d'Irlande entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française (Royaume-Uni/France), SA du 30 juin 1977, RSA, vol. XVIII, pp. 3-413.

Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2 e), de l'annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part, SA du 16 mai 1980, RSA, vol. XIX, pp. 67-145 : § 152.

Affaire du Différend frontalier entre Dubaï et Sharjah (Dubaï/Sharjah), SA du 19 octobre 1981, ILR, vol. 91, 1993, pp. 543-680 : §§ 248 ; 323 ; 333 ; 338 ; 386.

Affaire de la Délimitation de la frontière maritime (Guinée/Guinée-Bissau), SA du 14 février 1985, RSA, vol. XIX, pp. 149-196 : § 319.

Southern Pacific Properties (SPP) c. Égypte, décision sur la compétence du 27 novembre 1985, CIRDI n° ARB/84/3, ICSID Review, vol. 3, p. 112.

Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent (France/Canada), SA du 17 juillet 1986, RSA, vol. XIX, pp. 225-296 (RGDIP, vol. 90, 1986, n° 3, pp. 713-786) : §§ 124 ; 192.

Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël, SA du 29 septembre 1988, RSA, vol. XX, pp. 1-119.

Affaire relative à la rémunération des services de recherche fournis par l'Office européen des brevets à l'État belge, SA du 15 décembre 1997, RBDI, 1997, n° 1, pp. 380-407 : § 333.

Affaire du Différend (Érythrée/Yémen), tribunal arbitral dans la première étape de la procédure (souveraineté territoriale et champ du différend), SA du 9 octobre 1998, RSA, vol. XXII, pp. 209-332 : §§ 319 ; 340.

CME Czech Republic BV (The Netherlands) c. République Tchèque, sentence partielle CNUDCI, 1^{er} septembre 2001 (en ligne : www.italaw.com).

Délimitation de la frontière maritime entre l'Érythrée et l'Éthiopie (Érythrée/Éthiopie), SA du 13 avril 2002, RSA, vol. XXV, pp. 83-195 : § 10.

Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France (France / UNESCO), SA du 14 janvier 2003, RSA, vol. XXV, pp. 231-266 : §§ 152 ; 243.

CME Czech Republic B.V. (Pays-Bas) c. République tchèque, CNUDCI, sentence finale du 14 mars 2003 (en ligne : www.italaw.com).

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique (dite « *Tecmed* »), sentence du 29 mai 2003, CIRDI n° ARB(AF)/00/2 (en ligne : www.italaw.com).

Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-Est (Convention OSPAR), SA du 2 juillet 2003, RSA, vol. XXIII, pp. 59-151.

CMS Gas Transmission Company c. République argentine, décision sur la compétence du 17 juillet 2003, n° ARB/01/8 : § 244.

Ligne du Rhin de fer (Belgique c. Pays-Bas), SA du 24 mai 2005 (en ligne : pca-cpa.org).

Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, relatif à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental entre ces deux pays, SA du 11 avril 2006, RSA, vol. XXVII, pp. 147-251.

PSEG Global, Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie, sentence du 19 janvier 2007, CIRDI n° ARB/02/5 (en ligne : www.italaw.com).

Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie, sentence du 11 septembre 2007, CIRDI n° ARB/05/8 (en ligne : www.italaw.com).

Sempra Energy International c. Argentine, sentence du 28 septembre 2007, CIRDI n° ARB/02/16 (en ligne : www.italaw.com).

Continental Casualty Company c. Argentine, sentence du 5 septembre 2008, CIRDI n° ARB/03/9 (en ligne : www.italaw.com).

Total S.A. c. Argentine, sentence sur la responsabilité du 27 septembre 2010, CIRDI n° ARB/04/01 (en ligne : www.italaw.com) : § 260.

El Paso Energy International Company c. Argentine, sentence du 31 octobre 2011, CIRDI n° ARB/03/15 (en ligne : www.italaw.com) : § 260.

Tidewater inc. c. Venezuela, décision sur la compétence du 8 février 2013, CIRDI n° ARB/10/5 (en ligne : www.italaw.com).

Ioan Micula et autres c. Roumanie, sentence du 11 décembre 2013, CIRDI n° ARB/05/20 (en ligne : www.italaw.com) : § 260.

Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), SA du 18 mars 2015 (en ligne : pca-cpa.org) : §§ 166 ; 331.

Tribunal international du droit de la mer

Affaire du navire « Saiga » (n° 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), fond, arrêt du 1^{er} juillet 1999, Rec., p. 10 : § 292.

Affaire du « Grand Prince » (n° 8) (Belize c. France), prompte mainlevée, arrêt du 20 avril 2001, Rec., p. 17 : § 292.

Affaire de l'usine Mox (n° 10) (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, Rec., p. 95.

Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (n° 12) (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, Rec., p. 10.

Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (n° 16) (Bangladesh/Myanmar), arrêt du 14 mars 2012, Rec. TIDM, p. 4.

Affaire du navire Norstar (n° 25) (Panama c. Italie), exceptions préliminaires, 4 août 2016, Rec., p. 38.

Organe de règlement des différends de l'OMC

Japon – Boissons alcooliques II, rapport de l'Organe d'appel, 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R : § 240.

États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, rapport du Groupe spécial du 22 décembre 1999, WT/DS152/R : § 147.

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport du Groupe spécial, 15 mai 1998, WT/DS58/R : § 83.

Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, décisions du 12 juillet 1999, WT/DS26/ARB (plainte initiale des États-Unis) et WT/DS48/ARB (plainte initiale du Canada).

Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel, 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R : § 87.

Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés, rapport de l'Organe d'appel du 12 septembre 2005, WT/DS269/AB/R.

Communautés européennes – Bananes III, rapport de l'Organe d'appel du 26 novembre 2008, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA.

Juridictions régionales

CJCE/CJUE

A. Ahlström Osakeyhtiö et autres contre Commission des Communautés européennes (Pâtes de bois), 27 septembre 1988, aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85.

Parfums Christian Dior et al., 4 novembre 1997, aff. C-337/95.

Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change, 6 octobre 2011, aff. C-366/10 : § 82.

CEDH

Wemhoff c. Allemagne, arrêt du 27 juin 1968, requête n° 2122/64.

Irlande c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978, requête n° 5310/71.

Soering c. Royaume-Uni, arrêt 7 juillet 1989, requête n° 14038/88 : § 125.

Chahal c. Royaume Uni, arrêt du 15 novembre 1996, 70/1995/576/662.

Loizidou c. Turquie, arrêt du 18 décembre 1996, requête n° 15318/89 : § 244.

Ismoïlov et autres c. Russie, arrêt du 24 avril 2008, requête n° 2947/06.

Saadi c. Italie, arrêt du 28 février 2009, requête n° 37201/06.

Al-Saadoon et Mufidhi c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 2010, requête n° 61498/08 : § 248.

Medvedyev et autres c. France, arrêt du 29 mars 2010, requête n° 3394/03 : § 123.

Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni, arrêt du 17 janvier 2012, requête n° 8139/09 : § 125.

Hassan c. Royaume-Uni, arrêt 16 septembre 2014, requête n° 29750/09.

Juridictions nationales

France

Cour de cassation

Cass. crim., 8 août 2007, n° 07-83689, affaire « *Canito* », *AFDI* 2008, p. 663.

Cass. crim., 29 avril 2009, n° 09-80157, affaire « *Junior* », *Bull. crim.*, n° 83.

Cass. crim., 16 septembre 2009, n° 09-82777, affaire « *Ponant* », *RGDIP* 2010, n° 4, p. 904 : § 123.

Conseil d'État

CE, 5 décembre 1986, *Catli*, n° 76040, *Dalloz*, 1988, p. 134.

CE, ass., 15 octobre 1993, *Mme Joy Davis-Aylor*, n° 144590, *Lebon*, p. 283 : §§ 125 ; 146.

CE, sr, 14 décembre 1987, *Gacem*, n° 85491, *Tables*, p. 733.

CE, 10 avril 1991, *Kilic*, n° 115836.

CE, 30 décembre 2003, *Comité contre la guerre en Irak et autres*, *RGDIP*, vol. 108, 2004, n° 2, pp. 543-546.

États-Unis d'Amérique

Cour suprême fédérale

US v. Alvarez-Machain, 504 US 665 (1992) : § 92.

Hartford Fire Insurance Co. v. California, 509 US 764 (1993).

F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A., 542 US 155, 124 S. Ct 2358 (2004) : § 185.

Goodyear Dunlop Tires Operations S.A. v Brown, 564 US 915 (2011).

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, 133 S.Ct 1659 (2013) : § 187.

Daimler AG v Bauman, 571 US (2014).

Jesner v. Arab Bank, PLC, 584 U.S. (2018).

Autres

United States Court of Appeals (2nd Cir.), *United States v. Aluminium Co of America (Alcoa)*, 148 F. 2d 416 (1945).

United States District Court (Southern District of Florida), *US v. James-Robinson*, 515 F. Supp. 1340 (1981).

United States District Court (Massachusetts), *US v. Zebe*, 601 F. Supp. 196 (1985).

United States Court of Appeals (3rd Cir.), *IMO Industries, Inc. v. Kiekert AG*, 155 F 3d 254 (1998).

United States Court of Appeals (2nd Cir.), *US v. Youssef*, 327 F 3d 56 (2003).

United States District Court for the Eastern District of Virginia, *United States v. Kim Dotcom, Megaupload Limited*, Criminal No. 1:12CR3 (2012) : § 185.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

PHILOSOPHIE, PHILOSOPHIE DU DROIT ET SCIENCE DU DROIT

A. Manuels et ouvrages généraux

AMBROISE (B.), *Qu'est-ce qu'un acte de parole ?*, Paris, J. Vrin, 2008, 128 p.

AMSELEK (P.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, 252 p.

ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, XXXVII-758 p.

ATIAS (C.), *Épistémologie du droit*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1994, 127 p.

ATIAS (C.), *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, 230 p.

AUSTIN (J. L.), *Quand dire, c'est faire*, 1962, trad. et commentaire par G. Lane, Paris, Seuil, 1991, 202 p.

BOBBIO (N.), *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1998, 286 p.

BOYER-KASSEM (T.), *Qu'est-ce que la mécanique quantique ?*, Paris, J. Vrin, 2015, 128 p.

BRUNET (F.), *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2012, 678 p.

CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2004, 415 p.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, XIII-432 p.

DE BECHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 302 p.

BOURDIEU (P.), *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982, rééd. 1995, 244 p.

DUCLOS (J.), *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, Paris, LGDJ, 1984, 544 p.

HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, 1961, trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint Louis, 1976, 314 p.

HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, (contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p.

KANT (E.), *Œuvres philosophiques. 1. Des premiers écrits à la "Critique de la raison pure"*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1980, XXXI-1795 p.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, réédition, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1999, 367 p.

KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud, F. Malkani, réédition, Paris, PUF, 1996, X-604 p.

LECOURT (D.) (dir.), *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, Paris, PUF, 2006,

- LEGAULT (G. A.),** *La structure performative du langage juridique*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977, 524 p.
- POPPER (K. R.),** *La logique de la découverte scientifique*, 1935, trad. N. Thyssen-Rutten et P. Devaux, Paris, Payot, 1973, 480 p.
- POPPER (K. R.),** *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*, 1972, trad. M.-I. de Launay et M.-B. de Launay, Paris, Payot, 1985, 610 p.
- POPPER (K. R.),** *La connaissance objective*, 1972, trad. J.-J. Rosat, Paris, Flammarion, 1991, 578 p.
- QUINE (W. V. O.),** *From a Logical Point of View. 9 Logico-Philosophical Essays*, Cambridge, Harvard University Press, 2nd ed., 1964, VI-184 p.
- QUINE (W. V. O.),** *La poursuite de la vérité*, 1990, trad. M. Clavelin, Paris, Le Seuil, 1993, 160 p.
- SEARLE (J. R.),** *Les actes de langage*, 1968, trad. H. Pauchard, Paris, Hermann, 2008, 261 p.
- THIBIERGE (C.),** *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ-Bruylant, 2009, XIII-891 p.
- TROPER (M.),** *La philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^{ème} éd., 2005, 127 p.
- TROPER (M.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.), GRZEGORCZYK (C.)** (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2005, VI-203 p.
- TUSSEAU (G.),** *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, XVIII-813 p.
- VILLA (V.),** *La science du droit*, Paris, LGDJ, 1990, 209 p.
- VIRALLY (M.),** *La pensée juridique*, 1960, réédition, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2010, XLI-225 p.

B. Articles et contributions à des ouvrages collectifs

- ALLAND (D.),** « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, vol. 55, 2012, pp. 85-101.
- AMBROISE (B.),** « Les effets de la parole, de la promesse au droit », *Dissensus*, vol. 3, février 2010, pp. 44-68.
- AMSELEK (P.),** « L'étonnement devant le droit », *APD*, vol. 13, 1968, pp. 163-183.
- AMSELEK (P.),** « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in AMSELEK (P.) (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, pp. 31-65.
- AMSELEK (P.),** « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits*, vol. 11, 1990, pp. 85-92.
- AMSELEK (P.),** « La teneur indécise du droit », *RDP*, vol. 107, 1991, n° 5, pp. 1199-1216.
- AMSELEK (P.),** « Ontologie du droit et logique déontique », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, vol. 27, 1995, pp. 115-152.
- AMSELEK (D.),** « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, 1997, n° 39, pp. 337-342.

- BRUNET (P.)**, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *RGDIP*, vol. 115, 2011, n° 2, pp. 311-327.
- CARBONNIER (J.)**, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, vol. 11, 1990, pp. 5-9.
- CAYLA (O.)**, « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », *Droits*, n° 7, 1988, pp. 59-73.
- COMBACAU (J.)**, « Sur une définition restrictive du droit – Dialogue sans issue », in CHANTEBOUT (B), HAMON (F) (dir.), *Le pouvoir. Mélanges offerts à G. Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, pp. 1033-1052.
- COMBACAU (J.)**, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *APD*, vol. 31, 1986, pp. 85-105.
- COMBACAU (J.)**, « L'acte juridique, ouverture », *Droits*, vol. 7, 1988, pp. 3-10.
- COMBACAU (J.)**, « Une manière d'être des choses », *Droits*, vol. 11, 1990, pp. 11-14.
- DUGUIT (L.)**, « Théorie générale de l'acte juridique », *RDP*, vol. 36, 1919, pp. 313-337.
- GRZEGORCZYK (C.)**, « Le rôle du performatif dans le langage du droit », *APD*, vol. 19, 1974, pp. 229-241.
- GRZEGORCZYK (C.)**, « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *APD*, vol. 31, 1986, pp. 282-301.
- GRZEGORCZYK (C.)**, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits*, vol. 7, 1988, pp. 47-57.
- JACQUE (J.-P.)**, « L'acte juridique. Réflexions d'un internationaliste », *Droits*, vol. 7, 1988, pp. 95-108.
- KELSEN (H.)**, « What is a Legal Act? », *AJIL*, vol. 29, 1984, pp. 199-212.
- MOREAU (J.)**, « À la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public français », *Droits*, vol. 7, 1988, pp. 75-84.
- PFERSMANN (O.)**, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in PFERSMANN (O.), TIMSIT (G.) (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 11-34.
- ROUHETTE (G.)**, « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents », *Droits*, vol. 7, 1988, pp. 29-35.
- QUINE (W. V. O.)**, « Les deux dogmes de l'empirisme », in P. Jacob (dir.), *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique de 1950 à nos jours*, Paris, Gallimard, 1980, pp. 87-113.
- SUR (S.)**, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *RGDIP*, vol. 89, 1985, pp. 901-928.
- SUR (S.)**, « Système juridique international et utopie », *APD*, vol. 32, 1987, pp. 35-45.
- SUR (S.)**, « Actes, normes, droit : dix mille signes », *Droits*, vol. 11, 1990, pp. 59-62.
- TROPER (M.)**, « Système juridique et État », *APD*, vol. 31, 1986, pp. 35-36.

TROPER (M.), « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, 1989, n° 10, p. 101-104.

TROPER (M.), « Une théorie réaliste de l'interprétation », in M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, pp. 69-84.

VIRALLY (M.), « Le phénomène juridique », *RDP*, vol. 82, 1966, n° 1, pp. 5-64.

*

DROIT INTERNATIONAL ET RELATIONS INTERNATIONALES

I. ACTES JURIDIQUES ET COMPORTEMENTS UNILATÉRAUX DES ÉTATS *LARGO SENSU*

A. Monographies et thèses

ALLAND (D.), *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, 503 p.

ALOUPI (N.), *Le rattachement des engins à l'État en droit international public (navires, aéronefs, objets spatiaux)*, Thèse, Panthéon Assas Paris II, 2011, 600 p.

BEAUCILLON (C.), *Les mesures restrictives de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, XVII-712 p.

BHAGWATI (J. N.), **PATRICK (H. T.)** (eds), *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1990, xii-268 p.

BISCOTTINI (G.), *Contributo alla teoria degli atti unilaterali nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1951, 184 p.

BONDIA GARCIA (D.), *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, Barcelone, Bosch, 2004, 221 p.

CANSACCHI (V.), *La notificazione internazionale*, Milan, Istituto per gli studi di politica internazionale, 1943, 307 p.

CARBONE (S.), *Promessa e affidamento nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1967, 214 p.

CHARPENTIER (J.), *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, Pedone, 1956, VIII-357 p.

CLARENC (N.), *La suspension des engagements internationaux*, Paris Dalloz, 2017, XX-550 p.

CRAWFORD (J.), *The Creation of States*, New York-Oxford, Clarendon Press-OUP, 2^{ème} éd., 2006, LXXII-870 p.

ECKART (C.), *Promises of States under International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, XX-342 p.

GREEN (J. A.), *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, OUP, 2016, xxii-317 p.

HORN (F.), *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Amsterdam, TMC Asser Institut, 1988, XXIX-514 p.

- IMBERT (P.-H.),** *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, 503 p.
- KASSOTI (E.),** *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2015, XXVIII-240 p.
- KOHL (U.),** *Jurisdiction and the Internet: a Study of Regulatory Competence over Online Activity*, Cambridge, CUP, 2007, XXII-323 p.
- KYRIAKOPOULOS (G. D.),** *Les actes unilatéraux des États. Essai sur la théorie et la pratique internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 149 p.
- LAUTERPACHT (H.),** *Recognition in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1947, XIX-442 p.
- MARIE (A.),** *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Paris, Pedone, 2018, 719 p.
- MARTINEZ PUÑAL (A.),** *Actos unilaterales, promesa, silencio y nomogenesis en el derecho internacional*, Santiago de Compostela, Andavira Editorial, 2011, 211 p.
- PFLUGER (F.),** *Die einseitige Rechtsgeschäfte im Völkerrecht*, Zurich, Schulthess und Co., 1936, XXI-347 p.
- SAGANEK (P.),** *Unilateral Acts of States in Public International Law*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2016, VIII-662 p.
- SFDI,** *Les compétences de l'État en droit international. Colloque de Rennes*, Paris, Pedone, 2006, 320 p.
- SUY (E.),** *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, XII-290 p.
- TOMMASI DI VIGNANO (A.),** *La rinuncia in diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1960, 180 p.
- TORRES CAZORLA (M. I.),** *Los actos unilaterales de los estados : un analisis a la luz de la practica estatal y de la labor de la Comision de derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 2010, 211 p.
- VERHOEVEN (J.),** *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, 1975, XI-861 p.
- WYLER (E.),** *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État. Une approche épistémologique du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, XXVI-380 p.

B. Cours

- CAHIER (P.),** « Le problème des effets des traités à l'égard des Etats tiers », *RCADI*, vol. 143, 1974, pp. 589-736.
- ERICH (R.),** « La naissance et la reconnaissance des États », *RCADI*, vol. 13, 1926, pp. 427-507.
- MANN (F. A.),** « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *RCADI*, vol. 111, 1964, pp. 1-162.
- MANN (F.),** « The Doctrine of Jurisdiction Revisited after Twenty Years », *RCADI*, vol. 186, 1984, pp. 9-116.

VENTURINI (G.), « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *RCADI*, vol. 112, 1964, pp. 363-467.

C. Articles et contributions

ABI-SAAB (G.), « De la sanction en droit international. Essai de clarification », in MAKARCZYK (J.) (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 61-77.

ALEXANDROWICZ (C. H.), « The Quasi-judicial Function in Recognition of States and Governments », *AJIL*, vol. 46, 1952, n° 4, pp. 631-640.

ALLAND (D.), « Les contre-mesures d'intérêt général », in DUPUY (P.-M.) (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003, pp. 167-187.

ALLAND (D.), « The Definition of Countermeasures », in CRAWFORD (J.), PELLET (A.), OLLESON (S.) (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010, pp. 1127-1136.

AUDIT (M.), BISMUTH (R.), MIGNON-COLOMBET (A.), « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *JCP(G) – La semaine juridique*, 2015, n° 1-2, pp. 64-65.

BARALE (J.), « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *AFDI*, vol. 11, 1965, pp. 389-427.

BARBERIS (J.), « Los actos juridicos unilaterales como fuente del derecho internacional publico », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Diez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 101-116.

BARSALOU (O.), « Les actes unilatéraux étatiques en droit international public : observations sur quelques incertitudes théoriques et pratiques », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 44, 2006, pp. 395-420.

BARSALOU (O.), « La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public », *RQDI*, vol. 19, 2006, n° 1, pp. 1-18.

BEAUCILLON (C.), « Crise ukrainienne et mesures restrictives de l'Union européenne : quelle contribution aux sanctions internationales à l'égard de la Russie ? », *JDI*, vol. 141, 2014, n° 3, pp. 787-807.

BEAUCILLON (C.), « Practice Makes Perfect, Eventually? Unilateral State Sanctions and the Extraterritorial Effects of National Legislation », in RONZITTI (N.) (ed.), *Coercitive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2016, pp. 103-126.

BENTZ (J.), « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public », *RGDIP*, 1963, pp. 44-91.

BERGER (J. R.), « Unilateral Trade Measures to Conserve the World's Living Resources: an Environmental Breakthrough for the GATT in the WTO Sea Turtle Case », *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 22, 1999, pp. 355-411.

BILDER (R. B.), « The Role of Unilateral State Action in Preventing International Environmental Injury », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 14, 1981-82, pp. 51-95.

BISMUTH (R.), « Odyssée dans le conundrum des réactions décentralisées à l'illicite », *JDI*, vol. 141, 2014, n° 3, pp. 719-731.

BISMUTH (R.), « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI*, vol. 61, 2015, pp. 785-807.

BISMUTH (R.), « L'extraterritorialité du FATCA et le problème des "américains accidentels" », *JDI*, vol. 144, 2017, n° 4, pp. 1197-1261.

BISSET (M.), Crowhurst (G.), « Is the EU's Application of its Emissions Trading Scheme to Aviation Illegal? », *Air and Space Law*, vol. 23, 2011, n° 3, pp. 1-18.

BLIN (O.), « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *JDI*, vol. 135, 2008, n° 2, pp. 441-466.

BODANSKY (D.), « What's So Bad about Unilateral Action to Protect the Environment? », *EJIL*, vol. 11, 2000, n° 2, pp. 339-347.

BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues », *EJIL*, vol. 11, 2000, pp. 315-338.

BOGOJEVIC (S.), « Legalising Environmental Leadership: A Comment on the CJEU's Ruling in C-366/10 on the Inclusion of Aviation in the EU Emissions Trading Scheme », *Journal of Environmental Law*, vol. 24, 2012, n° 2, pp. 345-356.

BOURGUIGNON (J.), « La recherche de preuves informatiques et l'exercice extraterritorial des compétences de l'État », in SFDI, *Internet et le droit international. Colloque de Rouen*, Paris, Pedone, 2014, pp. 357-372.

BROWNLIE (I.), « Recognition in Theory and Practice », *BYIL*, vol. 53, 1982, pp. 188-211.

CAHIER (P.), « Le comportement des Etats comme sources de droits et d'obligations », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, I.U.H.E.I., 1968, pp. 237-265.

CAHIN (G.), « Rapport » sur les notions, in SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 7-52.

CAHIN (G.), « Le comportement des États et des organisations internationales comme précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international*, Paris, Pedone, 2016, pp. 49-86.

CARBONE (S.), « Promise in International Law: a Confirmation of its Binding Force », *Italian Journal of International Law*, 1975, vol. 1, pp. 166-172.

CARON (D.), « The Interpretation of National Foreign Investment Laws as Unilateral Acts under International Law », in ARSANJANI (M. H.) (dir.), *Looking to the future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, Nijhoff, 2011, pp. 649-674.

CASSELLA (S.), « Le Guide de la pratique sur les réserves aux traités : une nouvelle forme de codification ? », *AFDI*, vol. 58, 2012, pp. 29-60.

- CASTELLARIN (E.)**, « Le gel des avoirs d'une banque centrale étrangère comme réaction décentralisée à un fait internationalement illicite : rétorsion ou contre-mesure ? », *Hague Yearbook of International Law*, vol. 25, 2012, pp. 173-197.
- CAVAGLIERI (A.)**, « Alcune osservazioni sul concetto di renuncia nel diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 12, 1918, pp. 3-33.
- CAZALA (J.)**, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, vol. 23, 2009, n° 1, pp. 5-32.
- CHAN (P. C. W.)**, « Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: *Temple of Preah Vihear* Revisited », *Chinese Journal of International Law*, vol. 3, 2004, pp. 421-439.
- CHARPENTIER (J.)**, « Engagements unilatéraux et engagements conventionnels : différences et convergences », in MAKARCZYK (J.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honor of K. Skubiszewski*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 367-380.
- CHARPENTIER (J.)**, « La reconnaissance du Kosovo », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 185-215.
- CHINKIN (C.)**, « The State that Acts Alone: Bully, Godd Samaritan or Iconoclast? », *EJIL*, vol. 11, 2000, n° 1, pp. 31-41.
- CHRISTAKIS (T.)**, « L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales », in THOUVENIN (J.-M.), TOMUSCHAT (C.) (eds), *The Fundamental Rules of the International Legal Order : Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden-Boston, Nijhoff, 2006, pp. 127-166.
- COMBACAU (J.)**, « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'Etat en droit international », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, pp. 93-116.
- COMBACAU (J.)**, « L'objection à la formation et à l'opposabilité des règles internationales. Le volontarisme a-t-il encore un intérêt ? », in CASSELLA (C.), DELABIE (L.) (dir.), *Faut-il prendre le droit international au sérieux ? Journée d'étude en l'honneur de Pierre Michel Eisemann*, Paris, Pedone, 2016, pp. 109-120.
- COT (J.-P.)**, « La conduite subséquente des parties à un traité », *RGDIP*, vol. 70, 1966, pp. 632-666.
- D'ASPREMONT (J.)**, « Les travaux de la Commission du droit international relatif aux actes unilatéraux des Etats », *RGDIP*, vol. 109, 2005, pp. 163-189.
- DANIC (O.)**, « L'évolution de la pratique française en matière de reconnaissance de gouvernement », *AFDI*, vol. 59, 2013, pp. 511-534.
- DAS (H.)**, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *RBDI*, 1997, n° 2, pp. 607-634.
- DAWIDOWICZ (M.)**, « Public Law Enforcement Without Public Law Safeguards? An Analysis of State Practice on Third Party Countermeasures and Their Relationship to the UN Security Council », *BYIL*, vol. 77, 2006, pp. 333-418.

DAWIDOWICZ (D.), « The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation », in CRAWFORD (J.), OLLESON (S.), PELLET (A.) (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010, pp. 677-686.

DEGAN (V.-D.), « Opposable Situations in International Law », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 232-243.

DEGAN (V. D.), « Unilateral Act as a Source of Particular International Law », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1994, pp. 149-266.

DEHAUSSY (J.), « La déclaration égyptienne de 1957 sur le canal de Suez », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 169-184.

DEHAUSSY (J.), « Les actes juridiques unilatéraux en droit international. A propos d'une théorie restrictive », *JDI*, vol. 92, 1965, pp. 41-66.

DEHAUSSY (J.), « Les actes juridiques unilatéraux comme sources du droit international », *Cours I.H.E.I.*, 1966-1967, 80 p.

DE VISSCHER (C.), « Remarques sur l'évolution de la jurisprudence de la C.I.J. relative au fondement obligatoire de certains actes unilatéraux », in MAKARCZYK (J.) (ed.), *Etudes de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Nijhoff, 1984, pp. 459-465.

DISTEFANO (G.), « La pratique subséquente des États parties à un traité », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 41-71.

DUFOUR (G.), « Le retrait du Canada du Protocole de Kyoto et le droit international public : droit de dénonciation, abus de droit et responsabilité internationale », *RQDI*, vol. 25, 2012, n° 1, pp. 29-56.

DUMBERRY (P.), « Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, n° 3, pp. 779-802.

DUPUY (P.-M.), « The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law », *EJIL*, vol. 11, 2000, n° 1, pp. 19-29.

ELLIS (J.), « Extraterritorial Exercise of Jurisdiction for Environmental Protection: Addressing Fairness Concerns », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, 2012, n° 2, pp. 397-414.

EMMENEGGER (S.), « Extraterritorial Economic Sanctions and their Foundations in International Law », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, 2016, pp. 632-660.

ESPA (I.), « Action pour le climat et mesures commerciales unilatérales : les initiatives les plus récentes de l'Union européennes », *Revue internationale de droit économique*, vol. 26, n° 3, 2012, pp. 295-320.

FALK (R.), « The *Kosovo* Advisory Opinion: Conflict Resolution and Precedent », *AJIL*, vol. 105, 2005, pp. 50-60.

FIEDLER (W.), « Unilateral Acts in International Law », in *Encyclopedia of Public International Law*, t. 7, Amsterdam-New-York-Oxford, North-Holland Pub., 1984, pp. 517-522.

FLEINER (T.), « The Unilateral Secession of Kosovo as a Precedent in International Law », in *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, op. cit., pp. 877-894.

FLEURY GRAFF (T.), « L'arrêt de la Cour Suprême des États-Unis du 17 avril 2013, *Kiobel et al. V. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* Présomption contre l'extraterritorialité de la compétence juridictionnelle nationale en matière de violations du droit international », *AFDI*, vol. 59, 2013, pp. 17-42.

FRANCK (T.), « Word Made Law: The Decision of the I.C.J. in the Nuclear Test Cases », *AJIL*, vol. 69, 1975, pp. 612-620.

GARCIA-RUBIO (M.), « Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions », in Picchio Fortali (L.), Sicilianos (L.-A.), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 445-475.

GARNER (J.), « The Binding Force of Unilateral Oral Declarations », *AJIL*, 1933, pp. 493-497.

GATTINI (A.), « La renonciation au droit d'invoquer la responsabilité », in DUPUY (P.-M.), TOMUSCHAT (C.) (eds), *Common Values in International Law. Essays in honour of Christian Tomuschat*, Kehl, Engel, 2006, pp. 317-340.

GIGANTE (A.), « The Effect of Unilateral State Acts in International Law », *N.Y.U. Journal of Int. Law and Pol.*, 1969-2, pp. 333-362.

GATTINI (A.), « La renonciation au droit d'invoquer la responsabilité », in DUPUY (P.-M.), TOMUSCHAT (C.) (dir.), *Common Values in International Law. Essays in honour of Christian Tomuschat*, Kehl, N. P. Engel Verlag, 2006, pp. 317-340.

GUILLAUME (G.), « La reconnaissance en droit international », in PUIGELIER (C.), MALAURIE (P.) (dir.), *La reconnaissance*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 3-12.

GOLDSMITH (J.), « Unilateral Regulation of the Internet: A Modest Defence », *EJIL*, vol. 11, n° 1, 2000, pp. 135-148.

GOODMAN (C.), « *Acta Sunt Servanda*, a Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 25, 2004, pp. 43-73.

HAKIMI (M.), « Unfriendly Unilateralism », *Harvard International Law Journal*, vol. 55, 2014, n° 1, pp. 105-150.

HARTMANN (J.), « A Battle for the Skies: Applying the European Emissions Trading System to International Aviation », *Nordic Journal of International Law*, vol. 82, 2013, n° 2, pp. 187-220.

HENKIN (L.), « Arctic Anti-Pollution: Does Canada Make – or Break – International Law? », *AJIL*, vol. 65, 1971, n° 1, pp. 131-136.

- HILLGRUBER (C.)**, « The Right of Third States to Take Countermeasures », in TOMUSCHAT (C.), THOUVENIN (J.-M.) (eds), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations erga omnes*, Leiden, Nijhoff, 2006, pp. 265-293.
- JACQUE (J.-P.)**, « À propos de la promesse unilatérale », in BARDONNET (D.) et al. (dir.), *Le droit international, unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 327-345.
- JANSEN (B.)**, « The Limits of Unilateralism from a European Perspective », *EJIL*, vol. 11, n° 2, 2000, pp. 309-313.
- JAYAGOVIND (A.)**, « Legality of Unilateral Measures in International Trade », *Indian Journal of International Law*, vol. 40, 2000, pp. 14-27.
- KASSOTI (E.)**, « Unilateral Acts Revisited: Common Law v. Civil Law Approaches and Lessons from the International Law Commission's (failed) Attempt to Codify Unilateral Acts of States », *Hague Yearbook of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 168-200.
- KELSEN (H.)**, « Recognition in International Law. Theoretical Observations », *AJIL*, vol. 35, 1941, pp. 605-617.
- KHERAD (R.)**, « La reconnaissance internationale des États baltes », *RGDIP*, vol. 96, 1992, n° 4, pp. 843-872.
- KISS (C.)**, « Les actes unilatéraux dans la pratique française du droit international », *RGDIP*, vol. 65, 1961, pp. 317-331.
- KLEIN (P.)**, « Les prétentions des États à la mise en œuvre "unilatérale" du droit international », *RBDI*, vol. 43, 2010, n° 1, pp. 141-202.
- KOLB (R.)**, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – essai de clarification conceptuelle », in PICCHIO FORLATI (L.), SICILIANOS (L.-A.) (dir.), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 379-443.
- KRAMER (F. V.)**, « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale », in CDI, *Le droit international à l'aube du XXI^e siècle : réflexions de codificateurs*, New York, United Nations, 1997, pp. 137-161.
- KRISCH (N.)**, « Unilateral Enforcement of the Collective Will: Kosovo, Irak and the Security Council », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 3, 1999, pp. 59-103.
- LAGERWALL (A.)**, « Que reste-t-il de la compétence universelle au regard de certaines évolutions législatives récentes ? », *AFDI*, vol. 55, 2009, pp. 743-763.
- LAGERWALL (A.)**, « Non-Recognition of Jerusalem as Israel's Capital: a Condition for International Law to Remain a Relevant Framework? », *Questions of International Law*, vol. 5, juillet 2018, pp. 33-46.
- LAGRANGE (E.)**, « Rapport » sur les titres de compétence, in SFDI, *Les compétences de l'État en droit international. Colloque de Rennes*, Paris, Pedone, 2006, pp. 97-132.
- LALONDE (S.), LASSERRE (F.)**, « The Position of the United States on the Northwest Passage: Is the Fear of Creating a Precedent Warranted? », *Ocean Development and International Law*, vol. 44, 2013, n° 1, pp. 28-72.

- LAPRES (D. A.)**, « L'exorbitante affaire Yahoo », *JDI*, vol. 129, 2002, n° 4, pp. 975-999.
- LAUTERPACHT (H.)**, « Sovereignty Over Submarine Areas », *BYIL*, vol. 27, 1950, pp. 376-433.
- LEBEN (C.)**, « Les contre-mesures interétatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *AFDI*, vol. 28, 1982, pp. 9-77.
- LEVIN (D.), DORAN (S.), MARIA (L. A.)**, « Megaupload and Criminal Charges », *Revista española de relaciones internacionales*, vol. 4, 2012, pp. 23-47.
- LEVY (J.-P.)**, « De quelques "modifications" et "interprétations" de la Convention sur le droit de la mer », *RGDIP*, vol. 111, 2007, n° 2, pp. 407-421.
- LIM (D.)**, « State Interest as the Main Impetus for US Antitrust Extraterritorial Jurisdiction: Restraint Through Prescriptive Comity », *Emory International Law Review*, vol. 31, 2017, n° 3, pp. 415-448.
- MAHINGA (J.-G.)**, « La compétence de l'État du port en droit international public », *JDI*, vol. 132, 2005, n° 4, pp. 1093-1130.
- MACGIBBON (I. C.)**, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *BYIL*, vol. 30, 1953, pp. 293-319.
- MACGIBBON (I. C.)**, « The Scope of Acquiescence in International Law », *BYIL*, vol. 31, 1954, pp. 143-186.
- MACGIBBON (I. C.)**, « Customary International Law and Acquiescence », *BYIL*, vol. 34, 1957, pp. 115-123.
- MANERO SALVADOR (A.)**, « Hacia una definición de acto unilateral del estado », *Revista colombiana de derecho internacional*, vol. 9, 2007, pp. 453-489.
- MANI (V. S.)**, « Unilateral Imposition of Sanctions through Extra-territorial Application of Domestic Laws: A Tale of two US Statutes », *Indian Journal of International Law*, vol. 38, 1998, n°1, pp. 1-27.
- MARIE (A.)**, « Accords et désaccords sur le rôle de la notification dans la formation du droit international (Arrigo Cavaglieri) », in IHEI, *Grandes pages du droit international. Les sources*, Paris, Pedone, 2016, pp. 371-381.
- MBENGUE (M.)**, « National Legislation and Unilateral Acts of States », in GAZZINI (T.), DE BRABANDERE (E.) (eds), *International Investment Law: the Sources of Rights and Obligations*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 183-216.
- MELOT (N.)**, « Essai sur la compétence fiscale étatique (1^{ère} partie) », *JDI*, vol. 131, 2004, n° 3, pp. 751-787.
- MIAJA DE LA MUELA (A.)**, « Los actos unilaterales en las relaciones internacionales », *Revista española de derecho internacional*, 1967, n° 3, pp. 429-464.
- MILANO (E.)**, « The Non-Recognition of Russia's Annexation of Crimea: Three Different Legal Approaches and one Unanswered Question », *Questions of International Law*, vol. 1, 2014, pp. 35-55.

MILLS (A.), « Rethinking Jurisdiction in International Law », *BYIL*, vol. 84, 2014, n°1, pp. 187-239.

MONEBHURRUN (N.), « *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*: Enshrining Legitimate Expectations as a General Principle of International Law? », *Journal of International Arbitration*, vol. 32, 2015, n° 5, pp. 551-562.

MOULIER (I.), « Les implications des obligations de non-reconnaissance et de non-assistance au maintien de la situation illicite issue de la politique de colonisation d'Israël pour les États tiers », *RBDI*, 2013, n° 2, pp. 490-512.

MURASE (S.), « Unilateral Measures and the Concept of Opposability in International Law », in KOUFA (K.), *Might and Right in International Relations*, Thessalonique, Sakoulas, 1999, pp. 397-454.

O'BRIEN (P.), « Unilateral environmental measures after the WTO appellate body's shrimp-turtle decision », in BROWN WEISS (E.), JACKSON (J. H.), BERNASCONI-OSTERWALDER (N.) (eds), *Reconciling Environment and Trade*, New York, Ardsley, 2001, pp. 445-473.

O'CONNELL (M.), « La doctrine américaine et l'intervention en Iraq », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 3-16.

PAULSSON (J.), « The Power of States to Make Meaningful Promises to Foreigners », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, 2010, n° 2, pp. 341-352.

PAVOT (D.), **CHEVALIER (C.)**, « Réflexions sur l'interprétation des actes unilatéraux des États à la lueur de la décision de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples du 3 juin 2016 dans l'affaire *Victoire Ingabire Umubozza c. Rwanda* », *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 95, 2018, n° 1, pp. 85-112

PELLET (A.), « La CIJ et les réserves aux traités – Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle », in ANDO (N.) et al. (eds), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, vol. 1, pp. 481-514.

PETERS (A.), « Les changements collectifs de nationalité », in SFDI, *Droit international et nationalité. Colloque de Poitiers*, Paris, Pedone, 2012, pp. 167-201.

PETMAN (J.), « Resort to Economic Sanctions by Not Directly Affected States », in PICCHIO FORLATI (L.), SICILIANOS (L.-A.) (dir.), *Les sanctions économiques en droit international*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 309-377.

PICCHIO FORTALI (L.), « The Legal Core of International Economic Sanctions », in PICCHIO FORLATI (L.), SICILIANOS (L.-A.) (dir.), *Les sanctions économiques en droit international*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 99-207.

PICKER (C. B.), « Fishing for Answers in Canada's Inside Passage: Exploring the Use of the Transit Fee as a Countermeasure », *Yale Journal of International Law*, vol. 21, 1996, n° 2, pp. 349-393.

POIRAT (F.), « Actes unilatéraux », in ALLAND (D.) (dir.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, pp. 310-347.

POIRAT (F.), « Rapport » sur l'exercice des compétences, in SFDI, *Les compétences de l'État en droit international. Colloque de Rennes*, Paris, Pedone, 2006, pp. 203-238.

POULIOT (V.), « Le *forum prorogatum* devant la Cour internationale de Justice. L'affaire *Djibouti c. France* », *Journal judiciaire de La Haye*, vol. 3, 2008, n° 3, pp. 30-41.

REIMANN (M.), « Introduction: the Yahoo! Case and Conflict of Law in the Cyberage », *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, 2003, n° 3, pp. 663-672.

REISMAN (W. M.), « Unilateral Action and the Transformations of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention », *EJIL*, vol. 11, 2000, n° 1, pp. 3-18.

REISMAN (W. M.), **ARSANJANI (M. H.)**, « The Question of Unilateral Governments Statements as Applicable in Investments Disputes », in DUPUY (P.-M.), TOMUSCHAT (C.) *Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl, Engel, 2006, pp. 409-422.

REISMAN (W. M.) **SHUCHART (S.)**, « Unilateral Action in an Imperfect World Order », *Austrian Review of International and European Law*, vol. 8, 2003, pp. 163-177.

RIGALDIES (F.), « Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral en droit international public », *Thémis*, vol. 15, 1980-81, pp. 417-451.

ROBINET (I.), « La compétence extraterritoriale des cours américaines dans le domaine anti-trust », *Revue de droit des affaires internationales*, 1990, n° 2, pp. 201-226.

RODRIGUEZ CEDENO (V.), **GUERRERO PENICHE (N.)**, « Los actos unilaterales de los estados en derecho internacional: los trabajos de codificacion en la comision de derecho internacional », *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2003, pp. 195-223.

RODRIGUEZ CEDEÑO (V.), **TORRES CAZORLA (M. I.)**, « Unilateral Acts of States in International Law », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (version en ligne), février 2013.

ROUSSEAU (C.), « L'aménagement des compétences en droit international », *RGDIP*, vol. 57, 1930, pp. 420-460.

ROZAKIS (C. L.), « Unilateral Declarations as a Means of Settling Human Rights Disputes: a New Tool for the Resolution of Disputes in the ECHR's Procedure », in Kohen (M.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international : liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 1003-1014.

RUBIN (A. P.), « The International Legal Effects of Unilateral Declarations », *AJIL*, vol. 71, 1977, pp. 1-30.

RYNGAERT (C.), « Territorial Jurisdiction over Cross-Frontier Offences: Revisiting a Classic Problem of International Criminal Law », *International Criminal Law Review*, vol. 9, 2009, n° 1, pp. 187-209.

SAGANEK (P.), « Unilateral Acts in Polish-German Relations », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 29, 2006-2008, pp. 85-113.

- SALMON (J.)**, « Reconnaissance d'États », *RBDI*, vol. 25, 1992, n° 1, pp. 226-239.
- SAPIENZA (R.)**, « Les déclarations interprétatives unilatérales et l'interprétation des traités », *RGDIP*, vol. 103, 1999, n° 3, pp. 601-629.
- SICILIANOS (L.-A.)**, « Countermeasures in Response to Grave Violations of Obligations Owed to the International Community », in CRAWFORD (J.), PELLET (A.), OLLESON (S.) (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010, pp. 1137-1148.
- SCOTT (J.)**, **RAJAMANI (L.)**, « EU Climate Change Unilateralism », *EJIL*, vol. 23, 2012, n° 2, pp. 469-494.
- SHAFFER (G.)**, **BODANSKY (D.)**, « Transnationalism, Unilateralism and International Law », *Transnational Environmental Law*, vol. 1, 2012, pp. 31-41.
- SICAULT (J.-D.)**, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *RGDIP*, vol. 83, 1979, pp. 633-688.
- SICILIANOS (L.-A.)**, « Sanctions institutionnelles et contre-mesures : tendances récentes », in PICCHIO FORLATI (L.), SICILIANOS (L.-A.) (dir.), *Les sanctions économiques en droit international*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 3-98.
- SIROËN (J.-M.)**, « L'unilatéralisme des États-Unis », *AFRI*, vol. 1, 2000, pp. 570-582.
- SKUBISZEWSKI (K.)**, « Les actes unilatéraux des États », in BEDJAOUÏ (M.), *Droit international : bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, t. 1, pp. 231-251.
- SLATTERY (C.)**, « A New World Order: FIFA Fiscal Scandal Opens the Door for the United States Department of Justice to Prosecute Crimes Committed across the Globe Through the Use of Extraterritorial Jurisdiction », *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 41, 2018, n° 1, pp. 201-231.
- STERN (B.)**, « L'affaire des essais nucléaires français devant la Cour internationale de Justice », *AFDI*, vol. 20, 1974, pp. 299-333.
- STERN (B.)**, « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy », *RGDIP*, vol. 100, 1996, n° 4, pp. 979-1003.
- STERN (B.)**, « L'extraterritorialité revisitée. Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres... », *AFDI*, vol. 38, 1992, pp. 239-313.
- STERN (B.)**, « Can the United States set Rules for the World? », *Journal of World Trade*, vol. 31, 1997, n° 4, pp. 5-26.
- STERN (B.)**, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in LOQUIN (É.), LEBEN (C.), SALEM (M.) (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l'honneur de P. Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 233-244.
- SUR (S.)**, « Les affaires des essais nucléaires (Australie c. France. Nouvelle-Zélande c. France. C.I.J. – arrêts du 20 décembre 1974) », *RGDIP*, vol. 79, 1975, pp. 972-1027.
- SUR (S.)**, « À propos du Traité sur l'interdiction complète des essais nucléaires : les États-Unis entre l'unilatéralisme et le multilatéralisme », *AFRI*, vol. 1, 2000, pp. 747-757.

SUY (E.), ANGELET (N.), « Rechtsgeschäfte, einseitige », in I. Seidl-Hohenveldern (ed.), *Lexikon des Rechts, Völkerrecht*, 3rd ed., 2001, pp. 319-321.

SUY (E.), « Unilateral Acts of States as Source of International Law: Some New Thoughts and Frustrations », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 631-642.

SWIFT (C. M.), « European Banks and Extraterritorial Sanctions: Lessons From the BNP Paribas Settlement », *International Trade Law and Regulation*, vol. 21, 2015, n° 2, pp. 61-64.

TAMS (C. J.), « Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription », in CRAWFORD (J.), PELLET (A.), OLLESON (S.) (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010, pp. 1035-1049.

TEBOUL (G.), « Actes unilatéraux (États) », *Répertoire international Dalloz*, (en ligne) avril 2016.

THOUVENIN (J.-M.), « Le "mode d'emploi" des déclarations interprétatives », in SFDI, *Actualité des réserves aux traités. Journée d'études de Nanterre*, Paris, Pedone, 2014, pp. 65-74.

TOMUSCHAT (C.), « Unilateral Acts Under International Law », in *Droits et culture : mélanges en l'honneur du Doyen Yadh Ben Achour*, Tunis, Centre de publication universitaire, pp. 1487-1507.

TREPPOZ (E.), « Jurisdiction in the Cyberspace », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 26, 2016, n° 2, pp. 273-287.

VERHOEVEN, (J.), « La reconnaissance internationale : déclin ou renouveau ? », *AFDI*, vol. 39, 1993, pp. 7-40.

YAMEL (M.), HENKEL (M. S.), « El final de la espiral del caos: la regulación de los actos jurídicos unilaterales de los estados », *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 12, 2012, pp. 631-672.

YEE (S.), « *Forum prorogatum* Returns to the International Court of Justice », *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, 2003, n° 4, pp. 701-713.

ZEMANEK (K.), « Unilateral Legal Acts Revisited », in *International Law Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Nijhoff, 1998, pp. 209-221.

II. AUTRES THEMATIQUES

A. Manuels, encyclopédies et dictionnaires

ALLAND (D.) (dir.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, 807 p.

ALLAND (D.), *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 5^{ème} éd., 2018, 308 p.

ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international*, Paris, Sirey, 1929, vol. 1, XII-534 p.

ASCENSIO (H.), DECAUX (E.), PELLET (A.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2^{ème} éd., 2012, 1279 p.

BASDEVANT (J.) (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, XV-755 p.

- BARBERIS (J.),** *Formacion del derecho internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, 324 p.
- BERNHARDT (R.),** (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute, Amsterdam-New-York-Oxford, North Holland Pub., 12 vol, 1981-1990.
- BRIERLY (J.-L.),** *The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace*, Oxford, Clarendon Press, 6^{ème} éd., 1963, XV-442 p.
- BROWNLIE (I.),** *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 4^{ème} éd., 1990, 748 p.
- CALVO (C.),** *Dictionnaire de droit international public et privé*, Berlin-Paris, Puttkammer & Mühlbrecht, Pedone-Rousseau, 1885, 2 vol., VIII-517 p. et 374 p.
- CARREAU (D.), MARELLA (F.),** *Droit international*, Paris, Pedone, 11^{ème} éd., 2012, 733 p.
- CAVARE (L.),** *Le droit international public positif*, Paris, Pedone, 2^{ème} éd., 1962, t. 2, 668 p.
- COMBACAU (J.), SUR (S.),** *Droit international public*, Paris, Lextenso, 12^{ème} éd., 2016, XXVI-832 p.
- CRAWFORD (J.),** *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, OUP, 8^{ème} éd., 2012, LXXX-803 p.
- DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.),** *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, 1722 p.
- DECAUX (E.), DE FROUVILLE (O.),** *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10^{ème} éd. 2016, X-628 p.
- DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.),** *Droit international public*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2016, XXX-920 p.
- FAUCHILLE (P.),** *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau, 8^{ème} éd., 1926, t. 1, XII-1059 p.
- FORTEAU (M.), THOUVENIN (J.-M.),** *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, 1321 p.
- GHORRA-GOBIN (C.)** (dir.), *Dictionnaire critique de la mondialisation*, Paris, Armand Colin, 2012, 645 p.
- GUGGENHEIM (P.),** *Traité de droit international public*, t. 1, Genève, Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., 2^{ème} éd., 1967, XXXI-352 p.
- KISS (A.-C.),** *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, Éditions CNRS, 1962-1972, 7 vol.
- KOLB (R.),** *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2013, XIX-830 p.
- LAGRANGE (E.), SOREL (J.-M.)** (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, XXXIX-1197 p.
- PANCRACIO (J.-P.),** *Droit de la mer*, Paris, Dalloz, 2010, XIV-528 p.
- RENAUT (M.-H.),** *Histoire du droit international public*, Paris, Ellipses, 2007, 190 p.

- REUTER (P.),** *Droit international public*, Paris, PUF, 5^{ème} éd., 1976, 528 p.
- RIVIER (R.),** *Droit international public*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2017, XXX-841 p.
- ROUSSEAU (C.),** *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, t. 1, 470 p.
- ROUSSEAU (C.),** *Traité de droit international, t. 3. Les compétences*, Paris, Sirey, 1977, xvi-635 p.
- SALMON (J.)** (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, XLI-1198 p.
- SANTULLI (C.),** *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, 276 p.
- SANTULLI (C.),** *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2015, 626 p.
- SCELLE (G.),** *Précis de droit des gens*, 1932, réédition, Paris, Dalloz, 2008, XV-312 p.
- SCHWARZENBERGER (G.),** *A Manual of International Law*, London, Stevens & Sons Limited, 5th ed., 1967, LX-712 p.
- SUR (S.),** *Relations internationales*, Paris, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2011, XV-598 p.
- TOURME-JOUANNET (E.),** *Le droit international*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2013, 128 p.
- VERHOEVEN (J.),** *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 856 p.

B. Monographies et thèses

- BADIE (B.),** *La fin des territoires*, Paris, Éditions CNRS, 2013, 278 p.
- BARBOU DES PLACES (S.)** (dir.), *Protectionnisme et droit de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2014, 188 p.
- BEAUD (O.),** *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, 512 p.
- BYERS (M.),** *The Role of Law in International Politics: Essays in International Law and International Relations*, Oxford, OUP, 2000, XVI-354 p.
- CAHIN (G.),** *La coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001, VII-782 p.
- CHAN-TUNG (L.),** *L'opposabilité en droit international*, Thèse, Université de Grenoble, 2012, 610 p.
- COMBACAU (J.),** *Droit des traités*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1991, 123 p.
- CORTEN (O.),** *L'utilisation du raisonnable par le juge international : discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, xxiii-696 p.
- CORTEN (O.),** *Le discours du droit international – Pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009, 350 p.
- CORTEN (O.), KLEIN (P.)** (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 3 volumes, XXXIX-2965 p.
- COUVEINHES-MATSUMOTO (F.),** *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, XXIV-692 p.

- CRAWFORD (J.),** *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, Paris, Pedone, 2003, XVI-461 p.
- CRAWFORD (J.),** *State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, LXXIV-825 p.
- D'ASPREMONT (J.),** *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, OUP, 2011, XXIV-322 p.
- DEGAN (V. D.),** *Sources of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, 564 p.
- DELABIE (L.),** *Approches américaines du droit international. Entre unité et diversité*, Paris, Pedone, 2011, 506 p.
- DE LACHARRIERE (G.),** *La politique juridique extérieure*, Paris, Économica, 1983, 236 p.
- DE VISSCHER (C.),** *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, 269 p.
- DE VISSCHER (C.),** *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967, 175 p.
- DE VISSCHER (C.),** *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 4^{ème} éd., 1970, 450 p.
- FERNANDEZ (J.),** *La politique juridique extérieure des États-Unis à l'égard de la Cour pénale internationale*, Paris, Pedone, 2010, 649 p.
- FERNANDEZ (J.) et al.,** *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, 2 vol., 2459 p.
- GHERARI (H.),** *Droit international des échanges*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 456 p.
- JACQUE (J.-P.),** *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, VIII-511 p.
- KELSEN (H.),** *The Law of the United Nations*, Londres, Stevens, 1951, XVII-994 p.
- KOHEN (M.),** *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, PUF, 1997, XXV-579 p.
- KOLB (R.),** *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, XLI-756 p.
- KOLB (R.),** *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Genève, Publications de l'IHEID, 2001, 404 p.
- KOLB (R.),** *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006, X-959 p.
- KOLB (R.),** *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, 1356 p.
- KOLB (R.),** *Réflexions sur les politiques juridiques extérieures*, Paris, Pedone, 2015, 138 p.
- KOSKENNIEMI (K.),** *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, 423 p.
- LALY-CHEVALIER (C.),** *La violation du traité*, Bruxelles, Bruylant, 2005, XVIII-657 p.
- NOLTE (G.) (ed.),** *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2013, XXXVIII-393 p.

- ORAISON (A.)**, *L'erreur dans les traités*, Paris, LGDJ, 1972, xiv-281 p.
- POIRAT (F.)**, *Le traité, acte juridique international : recherche sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, X-506 p.
- PROUKAKI (E. K.)**, *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*, London, Routledge, 2010, XXI-331 p.
- REINISCH (A.)** (ed.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2013, XXVIII-376 p.
- REUS-SMIT (C.)** (ed.), *The Politics of International Law*, Cambridge, CUP, 2004, xiv-324 p.
- SANTULLI (C.)**, *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, Paris, LGDJ, 1995, VII-97 p.
- SANTULLI (C.)**, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, XIV-540 p.
- SCHWARZENBERGER (G.)**, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens & Sons Limited, 1957, 3rd ed., vol. 1, XLVIII-808 p.
- SFDI**, *Le droit international et le temps. Colloque de Paris*, Paris, Pedone, 2001, 282 p.
- SFDI**, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2016, 498 p.
- SFDI**, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2018, 340 p.
- STERN (B.)**, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, 382 p.
- SUR (S.)**, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974, X-449 p.
- SUMMERS (J.)**, *Kosovo: a Precedent? The Declaration of Independence, the Advisory Opinion and Implications for Statehood, Self-determination and Minority Rights*, Leiden, Nijhoff, 2011, XVI-455 p.
- TAMS (C. J.)**, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, CUP, 2005, XXXI-359 p.
- TRUYOL Y SERRA (A.)**, **KOLB (R.)**, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Paris, Pedone, 2007, 158 p.
- VERHOEVEN (J.)**, *Les nullités du droit des gens*, Cours et travaux de l'IIHEI, Paris, Pedone, 1981, VI-174 p.
- VENTURA (D.)**, *Le gel et la confiscation des avoirs des dirigeants d'État étrangers en droit international*, Thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017, 558 p.
- VILLIGER (M. E.)**, *Commentary of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston, Nijhoff, 2009, XXXIV-1057 p.
- ZIMMERMAN (A.)** et al., *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary*, Oxford, OUP, 2^{ème} éd., 2012, LII-1745 p.
- ZOLLER (E.)**, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, XXVI-392 p.

C. Cours

BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 58, 1936, pp. 471-692.

CAVAGLIERI (A.), « Règles du droit de la paix », *RCADI*, vol. 26, 1929, pp. 311-585.

CHAUMONT (C.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 129, 1970, pp. 333-528.

DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 9-489.

FROWEIN (J. A.), « Reactions by not Directly Affected States to Breaches of Public International Law », *RCADI*, vol. 248, 1994, pp. 345-437.

GIRAUD (E.), « Le droit international public et la politique », *RCADI*, vol. 110, 1963, pp. 419-809.

GOMEZ-ROBLEDO (A.), « Le *jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, vol. 172, 1981, pp. 9-217.

GUILLAUME (G.), « Terrorisme et droit international », *RCADI*, vol. 215, 1989, pp. 287-416.

GUGGENHEIM (P.), « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *RCADI*, vol. 74, 1949, pp. 195-265.

JACQUE (J.-P.), « Acte et norme en droit international public », *RCADI*, vol. 227, 1991, pp. 357-418.

JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, vol. 250, pp. 9-216.

KAMTO (M.), « La volonté de l'Etat en droit international », *RCADI*, vol. 310, 2004, pp. 9-428.

MENDELSON (M.), « The formation of Customary International Law », *RCADI*, 1998, vol. 272, pp. 155-410.

PINTO (R.), « La prescription en droit international », *RCADI*, vol. 87, 1955, pp. 387-455.

POLITIS (N.), « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus de droit dans les rapports internationaux », *RCADI*, vol. 6, 1925, pp. 1-121.

QUADRI (R.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 113, 1964, pp. 237-483.

QUENEUDEC (J.-P.), « La notion d'État intéressé en droit international », *RCADI*, vol. 255, 1996, pp. 339-462.

REUTER (P.), « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 103, 1961, pp. 425-655.

SCELLE (G.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1933, pp. 327-703.

SIMMA (B.), « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *RCADI*, vol. 250, 1994, pp. 217-384.

SUR (S.), « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 363, 2012, pp. 9-331.

TOMUSCHAT (C.), « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 281, 1999, pp. 9-438.

VERDROSS (A.), « Règles générales du droit international de la paix », *RCADI*, vol. 30, 1929, pp. 271-517.

VERHOEVEN (J.), « Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public (2002) », *RCADI*, vol. 334, 2008, pp. 9-434.

VIRALLY (M.), « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *RCADI*, vol. 122, 1967, pp. 1-105.

VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 183, 1983, pp. 9-382.

WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992, pp. 9-370.

YASSEEN (M. K.), « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, vol. 151, 1976, pp. 1-151.

ZEMANEK (K.), « The Legal Foundations of the International System. General Course of Public International Law », *RCADI*, vol. 266, 1997, pp. 9-336.

D. Articles et contributions à des ouvrages collectifs

ABI-SAAB (G.), « Éloge du "droit assourdi" : quelques réflexions sur le rôle de la "*soft law*" en droit international contemporain », in ABI-SAAB (G.), KOHEN (M.), LANGER (M.), *Le développement du droit international : réflexions d'un demi-siècle*, Paris, PUF, 2013, vol. 1, pp. 137-144

ARCARI (M.), « The Relocation of the US Embassy to Jerusalem and the Obligation of Non-Recognition in International Law », *Questions of International Law*, vol. 50, mai 2018, pp. 1-13.

AKEHURST (M.), « Custom as a Source of International Law », *BYIL*, vol. 47, 1974-75, pp. 1-53.

ALOUPI (N.), KLEINER (C.), « Rapport introductif. Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », in SFDI, *Le précédent en droit international*, Paris, Pedone, 2016, pp. 15-46.

BAKER (R.), « Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates », *EJIL*, vol. 21, 2010, n° 1, pp. 173-204.

BASSAN (F.), « Host States and Sovereign Wealth Funds, Between National Security and International Law », *European Business Law Review*, vol. 21, 2010, n° 2, pp. 165-201.

BIAD (A.), « Les arrangements internationaux pour garantir les États non dotés d'armes nucléaires contre l'emploi ou la menace de ces armes », *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 227-252.

BISMUTH (R.), « Les fonds souverains face au droit international. Panorama des problèmes juridiques posés par des investisseurs peu ordinaires », *AFDI*, vol. 56, 2010, pp. 567-606.

BISMUTH (R.), « L'internationalisation du capitalisme d'État en question : les failles de l'encadrement juridique des risques politiques et économiques posés par les investissements souverains étrangers (entreprises d'État et fonds souverains), *Études internationales*, vol. 45, 2014, n° 3, pp. 379-398.

BODEAU-LIVINEC (P.), « Le domaine réservé : persistance ou déliquescence des fonctions étatiques face à la mondialisation », in SFDI, *L'État dans la mondialisation. Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 2013, pp. 153-175.

BROWNLIE (I.), « The Relation of Law and Power », in *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger on his Eightieth Birthday*, London, Stevens, 1988, pp. 19-24.

BYERS (M.), « International Law and the American National Interest », *Chicago Journal of International Law*, vol. 1, 2000, n° 2, pp. 257-261.

CAHIN (G.), « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *RGDIP*, vol. 107, 2003, n° 3, pp. 535-600.

CAHIN (G.), « La fragmentation des États au regard du droit international », in MOUTON (J.-D.), PIERRE-CAPS (V.) (dir.), *États fragmentés*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 2012, pp. 23-60.

CARDENAS CASTAÑEDA (F. A.), « A Call for Rethinking the Sources of International Law: "Soft Law" and the Other Side of the Coin », *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 13, 2013, pp. 355-403.

CAZALA (J.), « Le *soft law* international : entre inspiration et aspiration », in HACHEZ (I.) et al., *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthémis, 2012, vol. 1, pp. 17-55.

CHENG (B.), « United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law? », *Indian Journal of International law*, vol. 5, 1965, pp. 23-111.

COMBACAU (J.), « Logique de validité contre logique d'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 195-203.

COMBACAU (J.), « L'écoulement du temps », in SFDI, Colloque de Paris, *Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 77-107.

CORTEN (O.), « Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 54, 1996, pp. 71-112.

CORTEN (O.), « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du raisonnable », *AFDI*, vol. 44, 1998, pp. 187-208.

CORTEN (O.), « De quel droit ? Place et fonction du droit comme registre de légitimité dans le discours sur la "compétence universelle" », *Annales de droit de Louvain*, vol. 64, 2004, n° 1-2, pp. 51-82.

CORTEN (O.), « Les ambiguïtés de la référence au droit international comme facteur de légitimation – Portée et signification d’une déformalisation du discours legaliste », in CORTEN (O.), DELCOURT (B.), *Droit, légitimation et politique extérieure : l’Europe et la guerre du Kosovo*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 223-259

CORTEN (O.), « Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des Conventions de Vienne : approche objectiviste ou approche volontariste de l’interprétation », *RGDIP*, vol. 115, 2011, n° 2, pp. 351-366.

CORTEN (O.), « L’argumentation des États européens pour justifier une intervention militaire en Syrie : vers une reconfiguration de la notion de légitime défense ? », *RBDI*, vol. 49, 2016, n° 1, pp. 31-68.

COSNARD (M.), « Les lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d’investir dans certains pays », *AFDI*, vol. 42, 1996, pp. 33-61.

COT (J.-P.), « L’arrêt de la Cour internationale de Justice dans l’affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande – fond) », *AFDI*, vol. 8, 1962, pp. 217-247.

COT (J.-P.), « L’interprétation de l’accord franco-aérien relatif au transport aérien international (sentence arbitrale du 22 décembre 1963) », *AFDI*, vol. 10, 1964, pp. 352-383.

D’ARGENT (P.), « Les enseignements du COCOM », *RBDI*, vol. 26, 1993, n° 1, pp. 147-164.

D’ASPREMONT (J.), « La déformalisation en droit international et l’abandon de la théorie des sources dans la doctrine contemporaine », *L’Observateur des Nations Unies*, vol. 30, 2011, n° 1, pp. 39-59.

DAUDET (Y.), « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, vol. 44, 1998, pp. 494-510.

DECAUX (E.), « Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fond (arrêt du 16 mars 2001) », *AFDI*, vol. 47, 2001, pp. 177-240.

DELCOURT (B.), « Usages du droit international dans le processus de légitimation de la politique extérieure européenne », *Droit et société*, vol. 49, 2001, n° 3, pp. 769-790.

DENIS (C.), « La résolution 678 (1990) peut-elle légitimer les actions armées menées contre l’Iraq postérieurement à l’adoption de la résolution 687 (1991) ? », *RBDI*, vol. 31, 1998, n° 2, pp. 485-537.

DUBOIS (L.), « L’erreur en droit international public », *AFDI*, vol. 9, 1963, pp. 191-227.

DUBUISSON (F.), « Les obligations internationales de l’Union européenne et de ses États membres concernant les relations économiques avec les colonies israéliennes », *RBDI*, vol. 47, 2013, n° 2, pp. 408-489.

DUPUY (P.-M.), « Bilan général des rencontres de la dimension multilatérale des obligations avec la codification du droit de la responsabilité », in DUPUY (P.-M.) (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003, pp. 207-240.

- DUPUY (P.-M.)**, « Observations sur la pratique récente des "sanctions" de l'illicite », *RGDIP*, vol. 87, 1983, pp. 505-548.
- DUPUY (P.-M.)**, « Responsabilité et légalité », in SFDI, *La responsabilité internationale. Colloque du Mans*, Paris, Pedone, 1991, pp. 263-297.
- DUPUY (P.-M.)**, « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan », *RGDIP*, vol. 107, 2003, n° 2, pp. 305-348.
- DUPUY (P.-M.)**, « Back to the Future of a Multilateral Dimension of the Law of State Responsibility for Breaches of 'Obligations Owed to the International Community as a Whole' », *EJIL*, vol. 23, 2012, n° 3, pp. 1059-1069.
- DUPUY (R.-J.)**, « Coutume sage et coutume sauvage », in *La communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 75-89.
- DUPUY (R.-J.)**, « Le dédoublement du monde », *RGDIP*, vol. 100, 1996, n° 2, pp. 313-321.
- EISEMANN (P.-M.)**, « Le Gentlemen's agreement comme source du droit international », *JDI*, vol. 106, 1979, pp. 326-348.
- FITZMAURICE (G.)**, « The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Other Treaty Points », *BYIL*, vol. 33, 1957, pp. 203-293.
- FORTEAU (M.)**, « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, vol. 111, 2007, n° 4, pp. 738-770.
- GAJA (G.)**, « The Concept of an Injured State », in CRAWFORD (J.), OLLESON (S.), PELLET (A.) (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010, pp. 941-947.
- HAFNER (G.)**, « Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment », in NOLTE (G.) (dir.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2013, pp. 105-122.
- HAGGENMACHER (P.)**, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, vol. 90, 1986, pp. 5-125.
- HAMANN (A.)**, « L'autorité du précédent », in SFDI, *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 2016, pp. 151-190.
- KAMMERHOFER (J.)**, « Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of its Problems », *EJIL*, vol. 15, 2004, n° 3, pp. 523-553.
- KLEIN (P.)**, « Les problèmes soulevés par la référence à la 'communauté internationale' comme facteur de légitimité », in CORTEN (O.), DELCOURT (B.) (dir.), *Droit, légitimation et politique extérieure : l'Europe et la guerre du Kosovo*, Bruxelles, Bruylant, 2001 pp. 261-297.
- KOHEN (M.)**, « L'influence du temps sur les règlements territoriaux », in SFDI, *Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 131-160.
- KOHEN (M.)**, « Le Kosovo entre le droit et la puissance (les questions négligées par l'avis consultatif de la Cour », in *L'Afrique et le droit international : variations sur l'organisation internationale. Liber Amicorum Raymond Ranjeva*, Paris, Pedone, 2013, pp. 533-547.

KOLB (R.), « Du domaine réservé. Réflexions sur la théorie de la compétence nationale », *RGDIP*, vol. 110, 2006, n° 3, pp. 597-630.

KOLB (R.), « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », *RGDIP*, vol. 113, 2009, n° 4, pp. 837-850.

KOLB (R.), « La détermination du concept de *jus cogens* », *RGDIP*, vol. 118, 2014, n° 1, pp. 5-29.

KRASNER (S. D.), « International Law and International Relations: Together, Apart, Together ? », *Chicago Journal of International Law*, vol. 1, 2000, n° 1, pp. 93-99.

KRISCH (N.), « More Equal than the Rest? Hierarchy, Equality and US Predominance in International Law », in BYERS (M.), NOLTE (G.) (eds), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, CUP, 2003, pp. 135-175.

KUSKUEVELIS (I. I.), « La légalité coutumière de l'observation spatiale militaire », *Revue française de droit aérien et spatial*, vol. 175, 1990, pp. 297-322.

LAGERWALL (A.), « L'agression et l'annexion de la Crimée par la Fédération de Russie : quels enseignements au sujet du droit international ? », *Questions of International Law*, vol. 1, 2014, pp. 57-72.

MORANGE (G.), « Nullité et inexistence en droit international public », in BASTID (S.), DE LA PRADELLE (P.), ROUSSEAU (C.) (dir.), *Les techniques et les principes du droit public. Études en l'honneur de G. Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, t. 2, pp. 894-909.

MOUTON (J.-D.), « L'État selon le droit international : diversité et unité », in SFDI, *L'État souverain à l'aube du XXI^e siècle. Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 1994, pp. 79-106.

MOUTON (J.-D.), « La mondialisation et la notion d'État », in SFDI, *L'État dans la mondialisation. Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 2013, pp. 11-36.

MURPHY (S. D.), « The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties », in NOLTE (G.) (dir.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2013, pp. 82-94.

NYE (J.), « Hard, Soft and Smart Power », in COOPER (A. F.), HEINE (J.), THAKUR (R.) (eds), *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 559-576.

ONUMA (Y.), « International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society », *EJIL*, vol. 14, 2003, n° 1, pp. 105-139.

ORAISON (A.), « Le dol dans la conclusion des traités », *RGDIP*, vol. 75, 1971, pp. 617-673.

PAPAU (A.), WYLER (E.), « Le droit international public libéré de ses sources formelle : nouveau regard sur l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice », *RBDI*, vol. 46, 2013, n° 2, pp. 525-584.

PELLET (A.), « Le "bon droit" et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 465-493.

PELLET (A.), « Art du droit et "science" des relations internationales », in BADIE (B.), PELLET (A.) (dir.), *Les relations internationales à l'épreuve de la science politique. Mélanges Marcel Merle*, Paris, Économica, 1993,

PELLET (A.), « Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États », *AFDI*, vol. 42, 1997, pp. 7-32.

PELLET (A.), « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – Suite – et fin ? », *AFDI*, vol. 48, 2002, pp. 1-23.

PELLET (A.), « *Lotus* que de sottises on profère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Paris, Pedone, 2008, pp. 215-230.

PERRIN (G.), « La détermination de l'État lésé. Les régimes dissociables et les régimes indissociables », in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honor of Kristof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 243-247.

PINTO (R.), « L'affaire de Suez. Problèmes juridiques », *AFDI*, vol. 2, 1956, pp. 20-45.

REUTER (P.), « Traités et transactions, réflexions sur l'identification de certains actes complexes », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de R. Ago*, Milan, A. Giuffrè, 1987, vol. 1, pp. 399-415.

RIVIER (R.), LAGRANGE (P.), « Travaux de la Commission du droit international et de la sixième Commission », *AFDI*, vol. 52, 2006, pp. 305-350.

SALMON (J.), « Les opérations internationales de dégagement du Canal de Suez », *AFDI*, vol. 3, 1957, pp. 349-359.

SALMON (J.), « Les notions à contenu variable en droit international public », in PERELMAN (C.), VANDER ELST (R.) (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 251-268.

SALMON (J.), « Les accords non formalisés ou "solo consensu" », *AFDI*, vol. 45, 1999, pp. 1-28.

SANTULLI (C.), « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, vol. 46, 2000, pp. 403-431.

SICILIANOS (L.-A.), « The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of the International Responsibility », *EJIL*, vol. 13, 2002, pp. 1127-1145.

SICILIANOS (L.-A.), « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale », in DUPUY (P.-M.) (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003, pp. 57-77.

STERN (B.), « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », in BARDONNET (D.) (dir.), *Le droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 479-499.

STERN (B.), « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États », *AFDI*, vol. 47, 2001, pp. 3-44.

SUR (S.), « La coutume internationale, sa vie, son œuvre », *Droits*, n° 3, 1986, pp. 111-124.

SUR (S.), « L'inhérence en droit international », *RGDIP*, vol. 118, 2014, n° 4, pp. 785-797.

THOUVENIN (J.-M.), « Le délai raisonnable », in SFDI, *Le droit international et le temps*, Paris Pedone, 2001, pp. 109-130.

TOOPE (S.), « Powerful but Unpersuasive? The Role of the United States in the Evolution of Customary International Law », in BYERS (M.), NOLTE (G.) (eds), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, CUP, 2003, pp. 287-316.

VERDIER (P.-H.), VOETEN (E.), « Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: an Explanatory Theory », *AJIL*, vol. 108, 2014, n° 3, pp. 389-434.

VERESCETIN (V. S.), DANILENKO (G. M.), « Custom as a Source of International Law of Outer Space », in LYALL (F.), LARSEN (P. B.) (eds), *Space Law*, Aldershot, Ashgate, 2007, pp. 113-126.

WEERTS (L.), « Droit, politique et morale dans le discours justificatif de l'Union européenne et de l'OTAN : vers une confusion des registres de légitimité », in CORTEN (O.), DELCOURT (B.) (dir.), *Droit, légitimation et politique extérieure : l'Europe et la guerre du Kosovo*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 85-121.

WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, vol. 86, 1982, n° 1, pp. 5-47

WORSTER (W. T.), « The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law », *Boston University International Law Journal*, vol. 31, 2013, n° 1, pp. 1-73.

WRIGHT (Q.), « Law and Politics in the World Community », in LIPSKY (G. A.) (ed.), *Law and Politics in the World Community. Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1953, pp. 3-14.

*

DROIT PUBLIC, DROIT PRIVE ET AUTRES

A. Dictionnaires et manuels

ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, XXV-1649 p.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 10^{ème} éd., 2014, XXXI-1099 p.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Éditions de Boccard, 3^{ème} éd., 1927, t. 1, XIX-763 p.

EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, 2 tomes, 786 p. et XXIV-908 p.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2012, XXVII-748 p.

FLOUR (J.), **AUBERT (J.-L.)**, **SAVAUX (E.)**, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Paris, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, X-524 p.

HERMET (G.), **BADIE (B.)**, **BIRNBAUM (P.)**, **BRAUD (P.)**, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, Armand Colin, 8^{ème} éd., 2015, 321 p.

LEVY (J.-P.), **CASTALDO (A.)**, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, XIII-1619 p.

B. Monographies et thèses

DEFOORT (B.), *La décision administrative*, Paris, LGDJ, 2015, XVII-686 p.

Di Qual (L.), *La compétence liée*, Paris, LGDJ, 1964, III-626 p.

GIRARD (A.-L.), *La construction historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Paris, Dalloz, 2013, x-620 p.

GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Thèse, Panthéon-Assas Paris II, 2005, 767 p.

IZORCHE (M.-L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, 500 p.

MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil français*, Paris, 1951, 343 p.

MORON-PUECH (B.), *Contrat ou acte juridique. Étude à partir de la relation médicale*, Thèse Panthéon-Assas Paris II, 2016, 617 p.

RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, XXII-564 p.

VEDEL (G.), *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Paris, Sirey, 1934, 510 p.

*

DOCUMENTS BRUTS CITES

I. COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL DES NATIONS UNIES

- **Actes unilatéraux des États** (Rapporteur spécial : V. Rodríguez Cedeño)

« Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », doc. A/CN.4/486, 5 mars 1998, 32 p.

« Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États », doc. A/CN.4/500, 14 avril 1999, 13 p.

« Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États – additif », doc. A/CN.4/500/add.1, 10 mai 1999, 15 p.

« Troisième rapport sur les actes unilatéraux des États », doc. A/CN.4/505, 17 février 2000, 23 p.

« Actes unilatéraux – Réponses des gouvernements au questionnaire », doc. A/CN.4/511, 6 juillet 2000, 22 p.

« Quatrième rapport sur les actes unilatéraux des États », doc. A/CN.4/519, 30 mai 2001, 37 p.

« Actes unilatéraux – Réponses des gouvernements au questionnaire », doc. A/CN.4/524, 18 avril 2002, 7 p.

« Cinquième rapport sur les actes unilatéraux des États », doc. A/CN.4/525, 4 avril 2002, 19 p.

« Cinquième rapport sur les actes unilatéraux des États », doc. A/CN.4/525/Add.1, 17 avril 2002, 17 p.

« Cinquième rapport sur les actes unilatéraux – Additif 2 », doc. A/CN.4/525/Add.2, 10 mai 2002, 13 p.

« Sixième rapport sur les actes unilatéraux des États », doc. A/CN.4/534, 30 mai 2003, 28 p.

« Actes unilatéraux des États. Rapport du Président du Groupe de travail », 29 juillet 2003, doc. A/CN.4/L.646, 8 p.

« Septième rapport sur les actes unilatéraux de l'État », doc. A/CN.4/542, 22 avril 2004, 86 p.

« Huitième rapport sur les actes unilatéraux des États », doc. A/CN.4/557, 26 mai 2005, 40 p.

« Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États », doc. A/CN.4/569, 6 avril 2006, 4 p.

« Neuvième rapport sur les actes unilatéraux – Additif », 6 avril 2006, doc. A/CN.4/569/Add.1, 55 p.

« Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs », doc. A/CN.4/L.703, 20 juillet 2006, 5 p.

- **Réserves aux traités** (Rapporteur spécial : A. Pellet)

« Troisième rapport sur les réserves au traité », doc. A/CN.4/491 et add. 1 à 6, 1998, 86 p.

« Guide de la pratique sur les réserves aux traités » et ses commentaires, reproduits dans le « Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session, 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011 », doc. A/66/10/add.1, 680 p.

« Douzième rapport sur les réserves aux traités », doc. A/CN.4/584, 2007, 20 p.

- **Accords et pratique ultérieurs** (Rapporteur spécial : G. Nolte)

« Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », doc. A/CN.4/660, 19 mars 2013, 58 p.

« Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », doc. A/CN.4/671, 26 mars 2014, 76 p.

« Quatrième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », doc. A/CN.4/694, 53 p.

- **Formation et identification du droit international coutumier** (Rapporteur spécial : M. Wood)

« Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », doc. A/CN.4/663, 17 mai 2013, 64 p.

« Deuxième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », doc. A/CN.4/672, 22 mai 2014, 74 p.

« Troisième rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », 27 mars 2015, doc. A/CN.4/682, 22 mars 2015, 72 p.

- **Autres documents de la CDI**

« Projets d'articles sur le droit des traités et commentaires y relatifs », *ACDI*, 1966, vol. II, pp. 183-197.

« Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », adopté par la CDI à sa 53^{ème} session, 2001, *ACDI*, 2001, vol. II-2, pp. 31-154.

II. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

« Résolution sur la détermination du domaine réservé et ses effets », Session d'Aix-en-Provence, *AIDI*, 1954.

« Textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus », Session de Cambridge, *AIDI*, 1983.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
§1. Les enjeux de l'étude.....	2
A. Les comportements unilatéraux des États et les rapports de droit en pratique	2
1. La double fonction des comportements unilatéraux dans le cadre du droit coutumier et conventionnel	3
2. Les effets des comportements unilatéraux dans les rapports de droit ni manifestement coutumiers ni manifestement conventionnels.....	6
3. L'accroissement des effets potentiels des comportements unilatéraux dans la pratique contemporaine.....	12
B. Les comportements unilatéraux des États et les rapports de droit en doctrine	16
1. Le débat relatif à l'autonomie et à la force obligatoire des comportements unilatéraux	17
2. Les tentatives de délimitation d'une catégorie légale assortie d'un régime juridique	22
3. La tentative infructueuse de codification du droit des actes unilatéraux des États par la CDI	27
C. Les apories des conceptions doctrinales relatives aux actes unilatéraux.....	33
1. L'indétermination des actes juridiques unilatéraux en tant que catégorie du droit positif.....	33
2. L'indétermination du « seuil » de déclenchement du caractère obligatoire des actes unilatéraux.....	36
§2. Le cadre théorique de l'étude.....	38
A. Convention théorique initiale et représentation de l'objet de l'étude	38
B. Les définitions stipulatives au fondement l'étude	43
C. Le point d'ancrage de l'étude dans la science du droit : la notion d'acte juridique	54
1. Les fonctions de la notion.....	55
2. Les éléments de définition de la notion dans la science du droit	59
§3. La position du problème et la délimitation de l'étude : existence et fonctionnement d'un mode unilatéral de production du droit.....	69
A. La position du problème : la dialectique indéterministe des actes unilatéraux étatiques	69
1. La soumission des actes unilatéraux à la systématique relativiste du droit international.....	69
2. La possibilité d'élaborer une théorie indéterministe et probabiliste.....	73
B. Le problème de la délimitation d'une étude portant sur une catégorie indéterminée d'actes juridiques.....	76
1. L'unilatéralité présumée à partir d'un double critère matériel et procédural	77
2. La distinction des actes unilatéraux collectifs d'États et des actes imputables aux institutions personnifiées aptes à les représenter	80
§4. Thèse proposée et plan de la démonstration.....	84

PARTIE 1 – L’IDENTIFICATION DES PRETENTIONS NORMATIVES..... 89

TITRE 1 – L’INTENTION : LES CAUSES SUBJECTIVES DES PRETENTIONS NORMATIVES 93

CHAPITRE 1 – LES CAUSES ENDOGENES..... 97

SECTION 1. L’UNILATERALISME DE PROJECTION 97

§1. La projection dans le temps 97

A. L’intention d’établir un précédent 98

1. La fonction du précédent 99

2. L’établissement du précédent 102

3. La constitution du précédent 106

B. L’intention d’établir une situation effective 111

§2. La projection dans l’espace 115

A. L’extension extraterritoriale du champ d’application des compétences étatiques 115

B. Les mesures internes engendrant des pressions politiques externes 120

SECTION 2. L’UNILATERALISME DE PROTECTION 123

§1. La protection par l’adoption de mesures d’isolement 123

A. L’isolement à l’égard des flux transfrontières 124

B. L’isolement par le rejet ou l’atténuation des effets du droit international 127

§2. La protection par l’adoption de mesures de substitution..... 132

A. L’unilatéralisme comme échappatoire à l’instauration d’un régime collectif..... 132

B. L’unilatéralisme visant l’ajustement de régimes déséquilibrés 134

§3. La protection par l’adoption de mesures coercitives 137

A. Aspect conservatoire : la préservation des intérêts de l’État face au comportement répréhensible d’un tiers..... 138

B. Aspect compensatoire : la réparation des intérêts étatiques prétendument lésés .141

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 145

CHAPITRE 2 – LES CAUSES EXOGENES147

SECTION 1. L’UNILATERALISME TOURNE VERS LE DEVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL 147

§1. Les techniques fondées sur le *leadership* 148

A. Les régimes unilatéraux précurseurs 149

B. Les violations symboliques du droit international..... 152

§2. Les techniques à tendance autoritaire 155

A. L’unilatéralisme pré-négociation..... 155

B. Les pressions exercées par certains régimes multilatéraux à l’égard des tiers..... 157

SECTION 2. L’UNILATERALISME TOURNE VERS L’EXECUTION DU DROIT INTERNATIONAL 160

§1. Les prétentions relatives à l’exécution de régimes collectifs..... 161

§2. Les sanctions des violations des régimes collectifs 165

A. Aspect conservatoire : la préservation de la norme violée	166
B. Aspect punitif : la répression du comportement fautif	168
SECTION 3. L'UNILATERALISME SOLLICITE PAR LES TIERS.....	171
A. Distinction entre les sollicitations politiques et les demandes juridiques	171
B. L'octroi d'autorisations	174
C. La formulation d'assurances diplomatiques.....	176
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	183
CONCLUSION DU TITRE 1.....	185

TITRE 2 – L'ENCADREMENT : MARGES D'APRECIATION ET CONTRAINTES DANS LA FORMULATION DE PRETENTIONS NORMATIVES187

CHAPITRE 1 – LES CONDITIONS RELATIVES A L'ACTEUR ET A L'ACTION 191

SECTION PRELIMINAIRE – LES POUVOIRS DES ÉTATS ANALYSES AU PRISME DU CONCEPT DE NORME D'HABILITATION.....	192
§1. Définition et caractéristiques des normes d'habilitation.....	192
§2. Les degrés variables de détermination des normes d'habilitation	199
SECTION 1 – LES CONDITIONS RELATIVES A L'ACTEUR	205
§1. L'identification des États habilités	205
A. En présence d'une règle spéciale : caractère général ou particulier de l'habilitation	205
B. En l'absence de règle spéciale : la capacité générale des États d'adopter des actes unilatéraux	208
§2. Les conditions relatives à l'imputabilité des actes unilatéraux étatiques.....	211
A. En présence d'une règle spéciale.....	212
B. En l'absence d'une règle spéciale : régime général de l'imputabilité des actes unilatéraux étatiques	213
1. Le principe : renvoi aux pouvoirs de l'organe ou de l'agent	214
2. L'encadrement du principe	219
3. L'application du principe aux régimes spéciaux silencieux quant à la condition d'imputabilité.....	225
SECTION 2 – LES CONDITIONS RELATIVES A L'ACTION.....	234
§1. La rareté des habilitations formalistes	235
A. Les exceptions au caractère non formaliste du droit international.....	235
B. Les cas de renvoi vers l'existence d'actes formellement internes	240
§2. Le cas des habilitations non formalistes : pertinence de la consistance matérielle de l'action	244
A. Les critères permettant de distinguer les déclarations juridiques et les déclarations politiques.....	244
B. L'existence d'actes unilatéraux implicites	255
§3. L'absence de vice entachant l'expression de la volonté	260
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	271

CHAPITRE 2 - LES CONDITIONS RELATIVES AUX CHAMPS D'APPLICATION ET DES EFFETS

.....	273
SECTION 1 – CONDITIONNEMENT INTRINSEQUE : LE CAS DES REGLES HAUTEMENT OU PARTIELLEMENT DETERMINEES	274
§1. Les conditions relatives au champ d'application.....	275
A. Champ d'application hautement déterminé : habilitations spécifiques.....	276
B. Champ d'application partiellement déterminé : la problématique des habilitations génériques	279
1. L'évolution des liens de rattachement traditionnels.....	281
a. Les rattachements personnels	281
b. Les rattachements territoriaux.....	285
c. Les rattachements matériels	290
2. Les facteurs d'articulation des prétentions étatiques	296
a. Les facteurs intrinsèques aux habilitations génériques	296
b. Les facteurs extrinsèques aux habilitations génériques	300
§2. Les conditions relatives au champ des effets.....	304
A. La prédétermination des effets : pouvoir dirigé	305
B. L'indétermination des effets : pouvoir discrétionnaire.....	309
SECTION 2 – DELIMITATION EXTRINSEQUE : FOCUS SUR LE CAS DE LA LIBERTE SOUVERAINE DES ÉTATS VUE COMME UNE HABILITATION AU CONTENU INDETERMINE	313
§1. La nature de la règle de liberté résiduelle	314
A. Le fondement de la liberté résiduelle.....	314
B. La portée limitée de la liberté résiduelle	317
§2. L'identification négative et relative des champs de la liberté résiduelle.....	318
A. Le champ d'application réduit de la liberté résiduelle	319
B. L'égalité souveraine comme limite au champ des effets de la liberté résiduelle....	323
§3. Le respect du droit international positif comme condition extrinsèque de régularité des actes unilatéraux étatiques.....	325
A. Exposé de la controverse	325
B. Distinction des hypothèses de conflit entre un acte unilatéral et le droit international positif.....	327
C. La question du retrait des actes unilatéraux comme illustration de l'obligation de respecter le droit existant.....	331
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	339
CONCLUSION DU TITRE 2.....	341

TITRE 3 – LES EFFETS RECHERCHES : LES CAUSES OBJECTIVES DES PRETENTIONS NORMATIVES	343
---	------------

CHAPITRE 1 – LES PRETENTIONS VISANT L’INTERPRETATION OU LA MODIFICATION DE LEURS FONDEMENTS	345
--	------------

SECTION 1. LES PRETENTIONS INTERPRETATIVES DECOULANT D’ACTES UNILATERAUX ISOLEES.....	346
§1. Application, interprétation, modification : éléments de définition.....	346
§2. Prétentions interprétatives dans le cadre de la mise en œuvre d’une obligation (compétence liée)	350
§3. Prétentions interprétatives dans le cadre de la mise en œuvre d’un pouvoir dirigé : l’exemple des réserves aux traités	353
§4. Inopposabilité automatique des actes isolés manifestement irréguliers.....	358
A. Faits illicites isolés et traités	358
B. Faits illicites isolés et coutumes	361
SECTION 2. LES PRETENTIONS NORMATIVES REVELEES PAR LA PRATIQUE DES ÉTATS..	363
§1. L’identification de la pratique étatique	364
A. La pratique des États envisagée comme manifestation de leur volonté	365
B. Le degré d’intensité de la pratique aboutissant à fonder une prétention	369
§2. La valeur attribuée à la pratique étatique.....	374
A. Le double statut de la pratique interprétative en droit conventionnel.....	375
B. La valeur de la pratique modificative en droit conventionnel.....	382
C. La valeur de la pratique modificative en droit coutumier	389
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	393

CHAPITRE 2 – LES PRETENTIONS VISANT LA CREATION OU L’EXTINCTION DE DROITS	395
--	------------

SECTION 1. LES ACTES GENERATEURS D’ENGAGEMENTS : LES PROMESSES	395
§1. Typologie des promesses selon leur objet	396
§2. Typologie des promesses selon leurs destinataires	404
§3. Typologie des promesses selon le nombre de leurs auteurs.....	410
SECTION 2. LES ACTES OCTROYANT DE NOUVEAUX POUVOIRS LEGAUX.....	415
§1. Les autorisations	415
§2. Les habilitations	419
SECTION 3. LES RENONCIATIONS	424
§1. Effet immédiat et invariable : l’abandon d’un droit subjectif ou d’une prétention.	425
§2. Effets subséquents potentiels : la reconnaissance ou la création de droit pour les tiers	429
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	435
CONCLUSIONS DU TITRE 3.....	437
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	439

PARTIE 2 – L’OPPOSABILITE DES PRETENTIONS NORMATIVES	441
TITRE 1 – L’OPPOSABILITE OBJECTIVE DES PRETENTIONS NORMATIVES.....	443
CHAPITRE 1 – LES CONDITIONS D’OPPOSABILITE DES PRETENTIONS NORMATIVES .	445
SECTION 1. LA PRESOMPTION REFRAGABLE DE REGULARITE DES PRETENTIONS NORMATIVES	445
§1. Approche théorique	446
A. La distinction entre les notions d’inexistence et de nullité	447
B. L’assimilation des notions d’existence et de validité (présumée)	450
C. La confusion partielle des logiques de validité et d’opposabilité des actes juridiques dans l’ordre international	454
§2. Approche pratique.....	459
A. Le caractère objectif de l’(in)existence d’un acte.....	459
B. L’opposabilité présumée des prétentions interprétatives	465
1. Le cas des réserves aux traités.....	466
2. Le cas des prétentions interprétatives de tracés frontaliers	468
C. Les conditions d’opposabilité des prétentions modificatives	472
1. Les conditions d’existence d’une prétention modificative : représentation du phénomène	473
2. La preuve de l’opposabilité présumée d’une prétention modificative	477
SECTION 2 – LA CONDITION DE CONNAISSANCE DES PRETENTIONS NORMATIVES PAR LES TIERS	480
§1. Présomption irréfragable de connaissance en cas de preuve de l’existence d’une notification.....	482
A. La nature juridique des notifications.....	484
1. Exposé et critique de la controverse classique	484
2. Typologie des notifications	486
B. L’effet des notifications.....	490
1. Le cas des notifications bilatérales	491
2. Le cas des actes faisant l’objet d’une transmission officielle par une autorité habilitée	495
§2. La preuve de la connaissance d’une prétention non notifiée	497
A. Les facteurs relatifs à la situation subjective de l’État face à la prétention non notifiée.....	498
1. L’existence d’échanges diplomatiques incluant l’objet de la prétention.....	499
2. L’évaluation de l’intérêt de l’État au regard de l’objet de la prétention	500
3. Les difficultés administratives de l’État à prendre connaissance de la prétention	501
B. Les facteurs relatifs à la notoriété de la prétention non notifiée	503
1. Les éléments démontrant l’accessibilité des informations pertinentes	504
2. Les facteurs géographiques et la flagrance de la prétention	506
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	509

CHAPITRE 2 – L’EFFET AUTONOME DES PRETENTIONS NORMATIVES	511
SECTION 1. LE CONTENU DE L’EFFET DE SOMMATION.....	512
§1. L’identification de l’objet de la sommation	512
A. Fonctions de l’appréciation de la prétention	513
1. Preuves de l’appréciation du contenu de la prétention	513
2. Preuves de l’absence d’erreur légitime.....	517
B. Délai(s) consacré(s) à l’appréciation de la prétention	520
1. En présence d’une règle spéciale.....	521
2. En l’absence de règle spéciale : appréciation du délai « raisonnable »	522
§2. Les exceptions à l’effet de sommation	528
A. La neutralisation volontaire de l’effet de sommation.....	528
B. La neutralisation normative de l’effet de sommation : conséquences de la violation d’une règle impérative.....	533
1. La conception minimaliste de l’obligation de non-reconnaissance : obligation d’abstention	536
2. La conception maximaliste de l’obligation de non-reconnaissance : obligation de « faire respecter » le droit international.....	538
SECTION 2. L’IDENTIFICATION DES ÉTATS SOMMES DE REAGIR	543
§1. Premier cercle : les États lésés dans leurs droits subjectifs.....	544
A. Dans le cadre d’obligations réciproques.....	544
B. Dans le cadre d’obligations interdépendantes ou non réciproques	548
§2. Second cercle : les États lésés dans leur droit au respect de la légalité	552
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	557
CONCLUSION DU TITRE 1.....	559

TITRE 2 – L’OPPOSABILITE RELATIVE DU CONTENU DES PRETENTIONS NORMATIVES

561

CHAPITRE 1 – LES ACTES DE PROTESTATION	563
§1. Les causes des actes de protestation.....	564
A. Les causes subjectives des actes de protestation.....	565
1. La préservation de la norme objet de la prétention.....	565
2. La modification de la position de l’auteur de la prétention.....	571
B. Les causes objectives des actes de protestation.....	574
1. En l’absence de règle spéciale : manifestation d’une contre-prétention portant un jugement relatif d’irrégularité	575
2. En présence d’une règle spéciale : cas de l’habilitation à établir l’inopposabilité des réserves non expressément autorisées	579
§2. Les conditions de formation des actes de protestation.....	581
A. Le rejet implicite des demandes	581
1. Les caractéristiques d’une demande conditionnant un refus silencieux	582
2. L’identification du silence valant décision de rejet	587
B. La protestation contre des prétentions autres que des demandes	589

§3. La portée des actes de protestation.....	596
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	601
CHAPITRE 2 – LES ACTES D’ACCEPTATION.....	603
§1. Les causes des actes d’acceptation	604
A. Les causes subjectives des actes d’acceptation	604
1. La convergence d’intérêts liés à la définition ou à la mise en œuvre du droit international.....	605
2. L’intention de participer au renforcement d’une pratique ou d’une situation ...	609
B. La cause objective des actes d’acceptation.....	613
1. L’acceptation comme prétention relative à la régularité de son objet.....	614
2. L’effet de l’acceptation : l’opposabilité définitive de son objet.....	618
§2. Les conditions de formation des actes d’acceptation.....	625
A. Les conditions de formation de la reconnaissance : considérations de synthèse et renvois	625
B. L’identification du silence valant acquiescement.....	628
1. Le rejet du facteur temps.....	628
2. La cohérence du comportement passif	631
§3. La portée des actes d’acceptation	637
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ET DU TITRE 2.....	643
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	645
CONCLUSION GENERALE	647
TABLE ET INDEX DE LA JURISPRUDENCE	653
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE	665
TABLE DES MATIERES	697

Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international

Les actes juridiques unilatéraux des États, extrêmement variés dans leurs formes comme leurs contenus, contribuent à la formation et à l'évolution des normes internationales. Cependant, la présente thèse soutient que ces actes unilatéraux ne constituent pas, pris isolément, un mode de production du droit international ; tout au plus en sont-ils des éléments de formation. Parmi tous les actes adoptés par les États, certains seulement véhiculent des « prétentions normatives *stricto sensu* ». Ces prétentions manifestent une certaine tension entre l'exercice par les États d'un pouvoir d'application du droit existant, en vertu de normes d'habilitation établies ou revendiquées, et d'un pouvoir de l'interpréter ou de le transformer. Dans ces conditions, ces prétentions bénéficient d'une existence objective et d'une opposabilité présumée tout en étant potentiellement contestables durant un certain laps de temps. L'attribution d'une valeur au silence des tiers intéressés apporte la preuve d'un tel présupposé. Ainsi, la représentation proposée met en lumière l'exercice par les États d'un véritable *pouvoir de sommation* : il découle des prétentions identifiées un effet autonome consistant à requérir les réactions des tiers susceptibles d'en remettre en cause le bien-fondé. Les protestations, reconnaissances ou acquiescements silencieux des tiers constituent alors la condition nécessaire et suffisante aux fins de détermination de l'(in)opposabilité du contenu normatif des prétentions.

Du processus décrit, il peut être déduit que l'existence et la signification des rapports de droit produits par la confrontation des prétentions et réactions des États reposent certes sur des accords informels. Toutefois, le fonctionnement du processus révèle avant tout l'influence considérable de l'unilatéralisme sur la définition et l'évolution du droit international. Les États se voient en effet soumis à une obligation accrue de vigilance à l'égard des prétentions susceptibles d'emporter des effets sur leurs droits et obligations.

Mots-clés : acquiescement / acte juridique / actes unilatéraux / autorisation / habilitation / objectivisme / promesse / pratique des États / pratique interprétative / pratique modificative / reconnaissance / renonciation / volontarisme

Unilateral Acts of States as Parts of the Formation Process of International Law

Unilateral acts of States, which are extremely varied in both form and content, contribute to the formation process and evolution of international standards. However, this thesis suggests that unilateral acts, taken in isolation, are not a means of producing international law; at most they are elements in its formation process. Among the acts adopted by States, some merely express "normative pretensions in the strict sense of the term". These pretensions express a certain tension in a State's exercising of a power of application of existing law, in virtue of established or claimed capacitation, and the power to interpret or transform it. Under these conditions, these pretensions benefit from objective existence and supposition of opposability, while remaining potentially contestable during a given period of time. The attribution of a value to the silence of concerned third parties is proof of such a presupposition. This means the proposed representation shows the exercising by States of an actual *power of summons*: the pretensions identified give rise to an independent effect requiring the action of third parties likely to question validity. Protests, recognition or acquiescence of third parties thus constitute the condition deemed necessary and sufficient to the determination of the (un)opposability of the normative content of the pretensions.

From the process described, it is possible to deduce that the existence and significance of law produced by the confrontation of pretensions and reactions of States is based on informal agreements. However, the functioning of the process reveals above all the considerable influence of unilateralism on the definition of the evolution of international law. States are subject to an increased obligation for vigilance with regard to pretensions likely to impact their rights and obligations.

Key Words: acquiescence / authorisation / capacitation / interpretative practice / legal act / modificative practice / objectivism / promise / practices of States / recognition / unilateral acts / voluntarism / waiver