

LE PROCÉDE DE LA FICTION EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

par

Jean J.A. SALMON

Professeur à l'Université de Bruxelles

« Trompeurs, c'est pour vous que j'écris,
Attendez-vous à la pareille. »
(Le Renard et la Cigogne)
La Fontaine, *Fables*, livre I, fable XVIII.

INTRODUCTION

1. *Définition.*

Parlant des fictions, Claude du Pasquier¹ écrit que c'est « le plus artificiel des procédés de la technique juridique. Elles traitent juridiquement comme vrai ce qui est faux; elles raisonnent sur la base d'une situation imaginaire, donc fictive ». Paul Roubier souligne pour sa part² que « la fiction représente une atteinte directe à ce qui semble naturel, en vue d'imposer des solutions désirées, mais qui faussent délibérément la réalité ».

En d'autres termes nous dirons que la fiction est un procédé de technique juridique par lequel on qualifie une situation, de manière contraire au réel, en vue de lui attribuer les conséquences juridiques découlant de la qualification.

Avant d'examiner comment le procédé est utilisé en droit international public, il convient de préciser quelques points. Le procédé de la fiction implique une autorité susceptible de la créer. Qui peut-elle être en droit international public ? D'autre part, à quel stade d'élaboration de la règle le procédé de la fiction joue-t-il ?

¹ *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Delachaux et Niestlé, 3^e éd., 1948, Neuchâtel, p. 167.

² *Théorie générale du droit*, Sirey, Paris, 2^e éd., 1951, p. 115.

2. *Autorité susceptible de créer la fiction.*

En droit interne on parle de fictions légales, jurisprudentielles et doctrinales. Ces distinctions conviennent-elles à la matière du droit international public ?

La transposition de ces catégories en droit international est peu recommandable car elles impliquent une analogie entre les deux systèmes. Or si on peut parler de doctrine en droit international, le concept de législateur est inexistant, celui de jurisprudence ne peut y avoir le même sens ni la même portée.

En droit international il n'y a pas de législateur dont la volonté s'imposerait à celle des Etats. Il y a simplement des accords entre les sujets de droit, les Etats, pour créer entre eux des règles qui les lieront pourvu qu'ils aient participé à l'établissement de la règle conventionnelle ou coutumière ou y aient donné ultérieurement leur consentement³.

L'accord peut s'établir à des stades variés de généralité mais n'atteint quasi jamais l'universalité d'application qui caractérise l'action législative. Il est rare que la collectivité universelle des Etats s'entende pour l'établissement des normes. Au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle l'apparente unanimité dans la règle de droit des gens recouvrait simplement l'accord des grandes puissances européennes dont l'impérialisme ne laissait aux Etats petits et moyens que le choix entre l'adhésion plus ou moins spontanée et le rejet du groupe sous la qualification de barbares ou de non-civilisés.

Cette vision ne peut plus avoir cours aujourd'hui. Le système de création de normes est très décentralisé, relativisé, singularisé. Du bilatéral à l'universel tous les degrés de généralité se trouvent dans la pratique⁴.

La décentralisation, la relativisation n'est que le résultat, la conséquence de la division du monde en Etats souverains d'une part, à régime politique, économique et social différent, d'autre part.

Il découle donc de ce qui précède qu'en droit international public la fiction sera l'œuvre de ceux qui créent les règles, c'est-à-dire non pas un législateur, mais *les Etats parties à l'accord*.

La *jurisprudence* n'a pas non plus le même sens en droit international public où le rôle du judiciaire est minime⁵ et au demeurant surfait⁶. L'application et l'interprétation des règles de droit international relèvent de la *pratique des Etats* qui ne confient que rarement ce soin à des juges.

³ Voy. CHAUMONT, Charles, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1970, vol. 1, spéc. pp. 417 et ss.

Voir aussi notre contribution « La règle de droit en droit international public » dans PERELMAN, Ch., *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 193 et ss.

⁴ *Ibidem*, p. 202.

⁵ *Ibidem*, p. 195.

⁶ Voy. nos observations au Colloque d'Heidelberg de juillet 1972, « International Symposium on the Judicial Settlement of International Disputes, 10-12 July 1972 » (sous presse).

La *doctrine* en revanche joue un rôle non négligeable dans la systématisation du droit et des esprits. Nous y reviendrons.

3. Niveau de réalisation de la norme auquel s'applique la fiction.

Certes la fiction peut naître au moment de l'*élaboration*, de la création de la règle de droit : ainsi, dans un traité fait par les Etats.

Mais elle peut aussi être introduite au moment de l'*interprétation* ou de l'*application* de la règle de droit. Ainsi, dans leur pratique courante les Etats peuvent, nous en verrons plus loin des exemples, qualifier des situations de manière contraire au réel. Ces interprétations ou applications peuvent être *contra legem*, représenter une violation du droit pure et simple, quoique cachée par le procédé de la fiction. Si le phénomène se répète, la fiction devient un procédé non seulement d'*extension* de la règle de droit mais d'*extinction* de cette règle (désuétude par pratique contraire).

La doctrine, pour sa part, est responsable des fictions qui s'introduisent à propos de la *systématisation* des règles, des constructions, des abstractions, sans rapport avec le réel mais en relation étroite avec l'idéologie de la classe dominante.

Dans les pages suivantes, nous examinerons les fictions quels que soient l'autorité créatrice et l'ampleur de leur application, nous nous attacherons plutôt à essayer de déterminer quelles sont les fonctions du procédé.

4. Fonctions du procédé.

Plutôt que de classer les fictions en droit international d'après l'autorité qui les crée ou leur fréquence d'application, il nous a paru plus révélateur d'opérer un classement selon le *but* recherché par les fictions, selon leurs *fonctions*.

On aboutit ainsi aux deux aspects suivants que nous souhaiterions suggérer :

A. Les fictions comme procédé de technique juridique.

1) Les unes visent à la simplification. La qualification erronée est utilisée — par raccourci légistique — pour faciliter l'*exposition* de la règle.

2) D'autres sont la conséquence du manque d'imagination; le juriste utilise des concepts inadéquats mais commodes parce que connus. La qualification erronée est utilisée par peur du neuf, par tradition, pour l'*explication* de la règle.

3) D'autres enfin sont utilisées en vue d'*écarter l'application* d'un texte ou d'*étendre l'interprétation* de ses termes à l'occasion d'une espèce donnée.

B. Les fictions comme reflet de l'idéologie.

1) Les plus évidentes proviennent du fait que le droit international ne

réglemente pas les conséquences que les Etats doivent tirer du réel. La qualification erronée est utilisée par les Etats dans l'exercice de prérogatives souveraines qui leur permettent d'*apprécier le réel*, voire de le refuser.

2) D'autres fictions naissent du fait que les Etats n'osent pas dire la vérité, la reconnaître comme telle. La qualification erronée est utilisée par courtoisie ou hypocrisie (la première n'étant jamais qu'un avatar de l'autre) *pour cacher le réel*.

3) D'autres encore découlent des théories établies par la doctrine et le formalisme juridique. La qualification erronée est utilisée par souci de systématisation d'ordonnancement ou de rationalisation, mais a pour effet de *justifier le réel* en vue de faire triompher des intérêts de classe.

Les distinctions qui précèdent sont présentées dans un seul souci de clarté. En effet, elles ne sont pas nécessairement exclusives l'une de l'autre. Bien au contraire, elles se cumulent fréquemment. Une fiction présentée comme légistique — relevant de la pure technique juridique — recouvrira fréquemment des buts idéologiques. Nous en verrons plus loin des exemples.

PREMIERE PARTIE

LES FICCTIONS COMME PROCÉDE DE TECHNIQUE JURIDIQUE

Section 1. — LES FICCTIONS A BUT SIMPLIFICATEUR - LA QUALIFICATION ERRONÉE EST UTILISÉE PAR RACCOURCI LÉGISLATIF POUR FACILITER L'EXPOSITION DE LA RÈGLE

5. Cette méthode se rencontre dans les textes écrits, aussi bien dans les traités internationaux que dans les lois nationales relatives au droit international; elle se présente sous deux formes : ou bien il s'agit de l'insertion forcée d'un fait dans une catégorie à laquelle il ne correspond pas afin d'assurer à ce fait le traitement prévu par la catégorie, ou bien il s'agit de l'exclusion forcée d'un fait de la catégorie à laquelle il correspond afin de lui assurer un autre traitement.

6. *Fiction par insertion forcée dans une catégorie.*

Voici quelques exemples.

— L'article 3 du Traité de Washington du 6 février 1922 relatif à l'emploi des sous-marins et des gaz asphyxiants en temps de guerre où il est dit :

« Tout individu... qui violera, l'une ou l'autre des dites règles sera réputé avoir violé les lois de la guerre et sera susceptible d'être jugé et puni comme s'il avait commis un acte de piraterie. »

S'il y a analogie entre les deux situations — au niveau de la désapprobation

de l'acte — il n'en demeure pas moins qu'elles ne répondent pas aux mêmes définitions : assimiler une catégorie à l'autre constitue une fiction.

— L'article 4 de la convention du 15 mai 1956 entre la Belgique et la République fédérale d'Allemagne relative à la création de bureaux à contrôles nationaux juxtaposés etc. dispose que :

« Les prescriptions légales et réglementaires du pays limitrophe relatives aux contrôles sont applicables dans la zone, ... telles qu'elles sont applicables dans la commune à désigner à cet effet par le gouvernement dudit pays. Les infractions aux dites prescriptions, commises sur le territoire du pays de séjour, sont commises sur le territoire du pays limitrophe dans cette commune. »

Dans le même sens on verra aussi les arrêtés royaux relatifs à la création de bureaux à contrôles nationaux juxtaposés aux frontières en application des conventions du type de celle citée immédiatement ci-dessus.

— L'accord du 6 septembre 1957 entre la Belgique et la France relatif aux exploitations minières le long de la frontière, en son article 5, prévoit, pour toute une série d'opérations juridiques, l'application du droit de l'Etat où le charbon est amené à la surface, même s'il a été extrait au-delà de la frontière (*M.B.*, septembre 1959).

— Les fictions de ce type s'inscrivent souvent dans des dispositions contenant des définitions qui figurent au début des traités ou dans les clauses finales.

Ainsi certaines clauses dites territoriales ou coloniales : l'article 1, 3, b) i) de la Convention sur les pêcheries de l'Atlantique du Nord-Est faite à Londres le 24 janvier 1959 :

« Aux fins de la présente convention (...)

b) l'expression " territoires " s'étend, en ce qui concerne tout Etat contractant :

(i) à tout territoire situé dans la zone de la convention ou adjacent à cette zone dont les relations internationales sont assumées par ledit Etat contractant... »

— L'article 23 de la convention pour la répression de la traite des êtres humains et l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949 :

« Aux fins de la présente convention, le mot " Etat " désignera également toutes les colonies et territoires sous tutelle dépendant de l'Etat qui signe ou ratifie la convention, ou y adhère, ainsi que tous les territoires que cet Etat représente sur le plan international. »

On remarquera dès à présent que les deux exemples qui précèdent recèlent en outre des aspects idéologiques. L'amalgame entre « territoire » ou « Etat » colonisateur et « territoire » ou « Etat » colonisé correspond à une confusion longtemps entretenue; elle l'est encore, par exemple, par le Portugal qui parle de ses « provinces d'Afrique ».

— L'article 73, alinéa 1 de la loi belge du 5 juin 1928 portant révision du code disciplinaire et pénal pour la marine marchande et la pêche maritime stipule que « les infractions commises à bord d'un navire belge sont réputées commises sur le territoire du royaume ».

Dans tous les exemples envisagés dans ce paragraphe, la fiction consiste donc à qualifier d'une manière contraire à la réalité une situation A comme une situation B afin de faire régir la situation A par le statut juridique de B.

7. Fiction par exclusion forcée d'une catégorie.

Le procédé légistique joue ici dans l'autre sens. Il s'agit d'exclure un fait de la catégorie qui doit le régir pour lui assurer le traitement d'une autre catégorie.

La clause d'attentat en est un exemple typique.

Exemple l'article 3 de la Convention d'extradition entre la Belgique et la France du 15 août 1874 :

« Il est expressément stipulé que l'étranger dont l'extradition aura été accordée ne pourra dans aucun cas, être poursuivi ou puni pour aucun délit politique antérieur à l'extradition, ni pour aucun fait connexe à un semblable délit.

Ne sera pas réputé délit politique, ni fait connexe à un semblable délit, l'attentat contre la personne du chef d'un Etat étranger ou contre celle des membres de sa famille, lorsque cet attentat constituera le fait soit de meurtre, soit d'assassinat, soit d'empoisonnement. »

La fiction est évidente. L'attentat contre un chef d'Etat est le crime politique par excellence. Ceci est d'autant plus frappant que l'on aurait pu obtenir un résultat identique en prévoyant purement et simplement une exception à la règle. C'est qu'ici encore la fiction, procédé technique, a aussi une fonction idéologique. Le crime politique bénéficie dans la civilisation bourgeoise, libérale et individualiste, d'un certain préjugé favorable (le héros romantique, etc.) dont on a voulu priver celui qui commet pareil attentat en disant qu'il ne s'agit pas d'un crime politique. Le procédé de l'exception n'aurait pas eu cet effet idéologique.

Section 2. — LES FICTIONS COMME CONSEQUENCE DU MANQUE D'IMAGINATION DU JURISTE QUI UTILISE DES CONCEPTS INADEQUATS, MAIS COMMODES, PARCE QUE CONNUS. LA QUALIFICATION ERRONEE EST UTILISEE PAR PEUR DU NEUF, PAR TRADITION, POUR L'EXPLICATION DE LA REGLE

8. L'exemple le plus net est sans doute celui de la notion d'« exterritorialité » ou d'« extraterritorialité » que l'on a appliquée aux hôtels diplomatiques, aux résidences des chefs de mission, voire aux diplomates eux-mêmes.

Pour autant que l'on puisse limiter le contenu de la notion à l'idée que l'hôtel diplomatique et la résidence des chefs de mission sont, par une fiction, considérés comme une parcelle du territoire de l'Etat accréditant, il a été démontré à de multiples reprises que la notion est non seulement fautive — par définition — mais totalement incapable de rendre compte du phénomène que la notion contemporaine d'immunité recouvre au contraire fort bien.

Rappelons rapidement quelques-uns des arguments critiques :

- la notion n'explique pas les immunités des agents lorsqu'ils sont en dehors des locaux;
- elle n'explique pas certaines limites particulières aux immunités alors que les agents sont dans les locaux (en matière de taxation, de juridiction civile et pénale, etc.);
- elle n'explique pas le fait que l'inviolabilité implique non seulement un devoir d'abstention mais encore une obligation de protection de la part de l'Etat accréditaire;
- mais surtout il est reconnu par les jurisprudences nationales et la pratique des exécutifs et législatifs nationaux que les actes et faits accomplis à l'intérieur des locaux de la mission ou de la résidence du chef de mission sont, à tous points de vue, des actes et des faits accomplis sur le territoire de l'Etat accréditaire. Rappelons les cas de crimes et délits, le domicile des agents, l'application des lois sur les dommages de guerre, ou relatives à l'urbanisme et aux permis de bâtir, la nationalité des enfants des agents diplomatiques, les actes d'adoption, de célébration de mariage, les conventions privées, etc.

En dépit du fait que ce concept est totalement impropre, et décrié depuis le début du siècle, il continue à traîner dans des jugements nationaux sinon dans les manuels. Il est à espérer que les conventions de Vienne de 1961 et 1963 sur les relations diplomatiques et consulaires qui ont totalement exclu ce concept finiront par imposer celui d'immunité dont le maniement souple et affiné répond mieux aux exigences des relations à régir.

9. La notion d'exterritorialité a aussi été utilisée, avec la même inefficacité, pour tenter d'expliquer les immunités des chefs d'Etat étrangers, du souverain-pontife et des troupes étrangères en stationnement sur le territoire national.

Cette fiction utilisée par paresse mentale et manque d'imagination apparaît aujourd'hui comme totalement dépassée et utilement remplacée par le concept beaucoup plus souple, varié et relatif d'immunité.

10. C'est encore la notion d'exterritorialité que l'on met en avant pour expliquer la situation juridique des *navires de mer*.

On a soutenu qu'il s'agissait de portions flottantes du territoire du pays dont ils battent pavillon. La jurisprudence belge notamment.

Ainsi, la Cour d'appel de Gand le 12 février 1883 :

« Attendu que tout navire belge doit en pleine mer être considéré comme une portion du territoire du royaume, et que les tribunaux belges sont compétents pour connaître des délits qui s'y commettent, même par des étrangers⁷. »

⁷ B.J. 1883, 510. Voyez encore : Bruxelles 24 mai 1856, B.J. 1857, 1421; Gand 12 février 1883, B.J. 1883, 510; Corr. Anvers, 26 janvier 1905, P.P. 1906, n° 97; Corr. Anvers, 15 juin 1910, B.J. 1911, 251.

La Cour permanente de justice internationale dans la célèbre affaire du *Lotus* a soutenu la même idée :

« Le principe de la liberté de la mer a pour conséquence que le navire en haute mer est assimilé au territoire de l'Etat dont il porte le pavillon, car, comme dans le territoire, cet Etat y fait valoir son autorité, et aucun autre Etat ne peut y exercer la sienne... Il s'ensuit que ce qui se passe à bord d'un navire en haute mer doit être regardé comme s'étant passé dans le territoire de l'Etat dont le navire porte le pavillon... aucune règle de droit international ne défend à l'Etat dont relève le navire où les effets du délit se sont manifestés, de considérer ce délit comme s'il avait été commis dans son territoire et d'exercer des poursuites pénales contre le délinquant⁸. »

Dans son opinion dissidente Lord Finlay avait déjà montré le caractère fictif de cette assimilation en disant :

« Un bateau est un bien meuble; ce n'est pas un lieu; lorsqu'il navigue il change de place jour par jour et heure par heure, et, dans un port, c'est un bien meuble qui, temporairement, se trouve être dans un endroit déterminé. La compétence pour connaître de crimes commis à bord d'un navire en mer n'est pas du tout de nature territoriale; elle dépend de la législation qui, par commodité et par consentement mutuel, s'applique dans le cas de ces biens meubles de nature très spéciale que sont les navires. Il me paraît impossible d'appliquer, avec quelque raison, le principe du *locus delicti* en cas de collision entre navires...⁹ »

On sait que l'arrêt du *Lotus*, qui n'avait pu être obtenu, les voix des juges s'étant également partagées, que grâce à la voix prépondérante du président, fut vivement critiqué. Une solution inverse à celle de l'arrêt : compétence exclusive de l'Etat du pavillon fut d'ailleurs finalement adoptée par la convention internationale du 10 mai 1952 pour l'unification de certaines règles relatives à la compétence pénale en matière d'abordage.

Le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Chung Chi Cheung v. The King*¹⁰ a démontré les déficiences de la fiction d'exterritorialité appliquée au navire dans des termes souvent cités :

« Their Lordships have no hesitation in rejecting the doctrine of exterritoriality expressed in the words of Mr. Oppenheim, which regards the public ship "as a floating portion of the flagstate". However the doctrine of exterritoriality is expressed, it is a fiction, and legal fictions have a tendency to pass beyond their appointed bounds and to harden into dangerous facts. The truth is that the enunciators of the floating island theory have failed to face very obvious possibilities that make the doctrine quite impracticable when tested by the actualities of life on board a ship and ashore. »

Encore une fois la fiction est insuffisante pour expliquer la situation complexe du régime juridique des navires de mer : cette concurrence de juridiction entre l'Etat du pavillon et d'autres Etats varie selon divers éléments :

⁸ Série A, n° 10, p. 25.

⁹ *Ibidem*, p. 53.

¹⁰ 1939 A.C. 160; 3 B.I.L.C., 96.

— le lieu où se trouve le navire (eaux intérieures, eaux territoriales, zone contiguë, haute mer);

— le type de navire (privé ou d'Etat et, dans ce second cas, navire de guerre ou de commerce dans les relations entre Etats non socialistes, ces derniers n'admettant pas la distinction);

— la nature de la compétence ou de la juridiction exercée (police douanière, sanitaire, fiscale, pénale, civile, etc.).

Les conventions de Genève sur le droit de la mer du 29 avril 1958 proposent ainsi des solutions très diversifiées avec des dispositions sous forme de souhaits, des abstentions volontaires relevant de la courtoisie, et des immunités proprement dites pour les navires d'Etat.

La fiction n'ose d'ailleurs pas aller au bout de ses conséquences. Si le navire devait être assimilé à une portion du territoire de l'Etat dont il arbore le pavillon, son statut devrait se rapprocher de celui d'une île, c'est-à-dire, souveraineté sur le sous-sol et la colonne d'air qui le surplombe, ainsi que dans la mer territoriale entourant l'île. Jamais pareilles extravagances n'ont été soutenues.

11. Toujours la même utilisation de la notion d'exterritorialité à propos des *aéronefs*. On y retrouve *mutatis mutandis* les mêmes difficultés que pour les navires¹¹.

Les législations nationales se bornent le plus souvent à des fictions limitées du type analysé à la section 1 ci-dessus. Ainsi l'article 36 de la loi belge du 27 juin 1937 :

« Les infractions commises à bord d'un aéronef belge en vol sont réputées commises en Belgique et peuvent y être poursuivies même si l'inculpé n'est pas trouvé sur le territoire du royaume... Les articles 6 à 13 de la loi du 17 avril 1878 formant le titre préliminaire du code de procédure pénale s'appliquent aux infractions commises à bord d'un aéronef étranger en vol, comme si le fait s'était accompli hors du territoire du royaume... »

L'article 7 de la même loi :

« Les naissances, en cours de vol, à bord des aéronefs belges sont réputées survenues sur le territoire du royaume... »

Même disposition pour les décès (art. 7bis de la même loi).

12. Dans tous les exemples de cette deuxième section, la fiction consiste à utiliser une catégorie juridique ancienne pour répondre à une situation nouvelle. L'exterritorialité est le type même de concept qui néanmoins s'avère inadéquat, transitoire; c'est par la création d'un nouveau concept (immunité)

¹¹ Voyez en cette matière CHENG, Bin, « Analogies and Fictions in Air and Space Law », *Current Legal Problems*, 1968, pp. 137-158.

ou l'utilisation de plusieurs concepts que l'on pourra donner un statut juridique précis à la situation nouvelle.

D'autres extensions de concepts se font en revanche sans difficultés. C'est le cas de la notion de « personnalité morale » qui après avoir été appliquée à l'Etat, a été étendue aux organisations internationales. Pareillement la notion de « nationalité » primitivement prévue pour les particuliers a été étendue aux personnes morales, puis aux navires et aux aéronefs sans difficultés majeures au point que plus personne ne s'aperçoit de la fiction originale.

Section 3. — LES FICTIONS ELABOREES EN VUE D'ECARTER L'APPLICATION
D'UNE REGLE DE DROIT OU D'ETENDRE L'INTERPRETATION
DE SES TERMES

13. Au cours du XVIII^e siècle et au début du XIX^e siècle, le blocus était une mesure de guerre couramment utilisée par les puissances maritimes; elle consistait à cerner un port ou une portion de côte au moyen de forces navales permanentes de façon à empêcher toute communication avec l'extérieur par voie maritime. Ce blocus était effectué en croisant devant la portion de côte bloquée (blocus par croisière).

Or une pratique s'établit dite blocus de cabinet ou blocus sur papier ou encore blocus fictif : les puissances se contentaient de notifier le blocus sans l'assurer effectivement.

Cet abus fit l'objet de vives critiques et la déclaration du 16 avril 1856 y mit fin en proclamant en son article 4 que :

« ... les blocus pour être obligatoires doivent être effectifs, c'est-à-dire maintenus par une force suffisante pour interdire réellement l'accès du littoral ennemi ¹². »

Le but recherché par la fiction, pour l'application de la règle, était en fait de se dispenser d'une condition indispensable à l'application de la règle.

14. La pratique des organisations internationales aboutit fréquemment à des résultats de ce genre.

Sous la S.D.N. l'unanimité était de règle dans les décisions de l'Assemblée et du Conseil. En effet, selon l'article 5, paragraphe 1 du Pacte :

« Sauf disposition expressément contraire du présent Pacte ou des clauses du présent Traité, les décisions de l'Assemblée ou du Conseil sont prises à l'unanimité des membres de la Société représentés à la réunion. »

¹² Sur cette question voyez GOZLAND, Albert, *La fiction en droit international*, Faculté de droit de l'Université de Paris, Thèse pour le doctorat, Paris, L.G.D.J., 1921, pp. 55 et ss.

En vue d'assouplir cette règle la pratique s'est introduite de considérer les abstentions des membres comme ne faisant pas obstacle à la réalisation de l'unanimité. Cette pratique aboutissait, en fait, à écarter l'application d'une règle, stricte sans doute, par le moyen d'une unanimité fictive.

On sait que le même procédé a été employé à l'O.N.U. pour les abstentions au Conseil de Sécurité alors que le texte de la Charte est formel :

Art. 27, paragraphe 3 :

« Les décisions du Conseil de Sécurité sur toutes autres questions sont prises par un vote affirmatif de neuf de ses membres dans lequel sont comprises les membres permanents... »

En aucun cas une abstention ne peut être assimilée à un vote affirmatif. La pratique est donc *contra legem*. Elle est néanmoins acceptée sans objection¹³.

15. Un autre exemple célèbre est fourni par la XX^e session de l'Assemblée Générale, où, en vertu de l'application de l'article 19 de la Charte, plusieurs Etats y compris la France et les Etats socialistes, devaient selon l'interprétation donnée aux faits par les Etats-Unis et leurs alliés, perdre automatiquement leur droit de vote à l'Assemblée Générale faute d'avoir payé leurs contributions au budget de l'O.N.U.

On sait comment s'est développée alors au cours de la session une procédure de substitution au vote — afin d'éviter que le problème ne se pose — celle du *consensus* par laquelle des décisions pourraient être prises sans vote s'il n'y avait d'objection. La fiction atteignit son point culminant le 18 février 1965 lorsque un vote de procédure fut rendu obligatoire par l'Albanie sur le point de savoir si l'Assemblée devait ou non poursuivre ses travaux sans vote. Les Etats-Unis firent alors savoir qu'ils ne considéreraient pas ce vote comme mettant en jeu l'application de l'article 19 de la Charte. L'Assemblée votait qu'elle continuait à ne pas voter et ce vote n'était pas un vote ! En réalité, c'est l'application de l'article 19 qui était ainsi écartée¹⁴.

16. Nous avons exposé ailleurs¹⁵ comment, en arguant qu'un texte comporte des lacunes, les Etats peuvent écarter son application. Rappelons l'espèce :

En 1962 devant la Conférence Générale de l'Unesco, la question s'est posée de savoir si une décision portant sur le projet relatif au sauvetage des monuments

¹³ Il en va autrement de l'*absence*; on sait que sur ce point l'U.R.S.S. a estimé que les résolutions prises par le Conseil de Sécurité en son absence lors de la guerre de Corée étaient illégales.

¹⁴ Pour plus de détails sur cette question voyez J.J.A. SALMON et P.F. SMETS, « La crise financière et constitutionnelle de l'O.N.U. devant la XIX^e session de l'Assemblée générale », *Socialisme*, n^o 73, janvier 1966.

¹⁵ « Quelques observations sur les lacunes du droit international public », *R.B.D.I.*, 1967, p. 450.

de Nubie — qui comportait l'émission par l'organisation d'un emprunt — devait être prise à la majorité simple ou à la majorité des deux tiers.

Selon l'article IX, C, paragraphe 8, a) de l'acte constitutif de l'Unesco

« ... les décisions sont prises à la majorité simple, sauf dans les cas où les dispositions de la présente convention ou du règlement intérieur de la Conférence générale exigent une majorité des deux tiers. »

Or ni l'acte constitutif ni le règlement intérieur n'exigeaient pour l'adoption de la résolution en question la majorité des deux tiers. On aurait donc dû décider que la résolution en question devait être prise à la majorité simple. Toutefois, devant l'ampleur de l'engagement projeté, le représentant de la France au Comité juridique argumenta que les rédacteurs de l'acte constitutif et du règlement intérieur n'avaient jamais envisagé une opération semblable; que l'on se trouvait devant un « vide juridique réglementaire » qui appelait l'application par analogie de l'article 18 de la Charte des Nations Unies, qui stipule que les décisions sur les questions importantes sont prises à la majorité des deux tiers.

Bien que l'acte constitutif de l'Unesco ne contînt aucune règle similaire à l'article 18 de la Charte des Nations Unies, cette thèse française du vide juridique emporta l'adhésion de la Conférence générale. Cette thèse n'était pourtant qu'une pure fiction. C'était un paravent aux fins politiques évidentes; il visait à écarter une disposition patente de la Constitution de l'Unesco. La création d'une lacune, aussitôt complétée par une autre règle, permettait d'écarter l'application du droit, de créer une nouvelle règle.

17. Une autre forme de fiction consiste, en suivant rigoureusement les formes légales, à donner l'impression que la légalité est suivie alors qu'elle est violée dans son esprit. Un bon exemple réside sans doute dans l'entrée de seize Etats à l'O.N.U., les 13 et 14 décembre 1955, soit après une période de cinq ans pendant laquelle toute admission avait été bloquée.

Les Etats occidentaux faisant obstacle à l'admission de l'Albanie, la Bulgarie, la Hongrie, la Mongolie et la Roumanie. Dès lors, par mesure de rétorsion, l'U.R.S.S., au sein du Conseil, opposait son veto à l'admission des autres candidats (une douzaine). Par souci d'universalité, l'U.R.S.S. avait, à de multiples reprises, proposé d'admettre tous les candidats en bloc. Mais, consultée à propos de cette procédure, la Cour internationale de Justice insista sur le fait que chaque candidature devait être examinée séparément et que l'on ne pouvait subordonner un vote affirmatif pour l'admission d'un Etat à l'admission simultanée d'autres Etats (avis du 28 mai 1948).

Pourtant en dépit de votes séparés sur les candidatures, c'est l'admission en bloc de seize candidats (la Mongolie et le Japon étant repoussés à plus tard) qui eut lieu¹⁶. Les formes étaient sauvées, mais au fond le principe de l'admission en bloc avait triomphé. La fidélité à la lettre était de pure façade.

¹⁶ Voy. *Revue des Nations Unies*, 4^e année, n^o 12, décembre 1965, pp. 11 à 35.

DEUXIEME PARTIE

LES FICTIONS COMME REFLET DE L'IDEOLOGIE

Section 1. — LES FICTIONS PROVENANT DU FAIT QUE LE DROIT INTERNATIONAL NE REGLEMENTE PAS LES CONSEQUENCES QUE LES ETATS DOIVENT TIRER DU REEL. LA QUALIFICATION ERRONEE EST UTILISEE PAR LES ETATS DANS L'EXERCICE DE PREROGATIVES SOUVERAINES QUI LEUR PERMETTENT D'APPRECIER LE REEL, VOIRE DE LE REFUSER

18. On rejoint ici la théorie générale de la reconnaissance. Les Etats étant souverains, n'ont — du moins dans l'état actuel du droit international — aucune obligation de « reconnaître » certains faits, Etats ou situations. La reconnaissance est libre, ce qui permet aux Etats

- de refuser de reconnaître la réalité, la considérant comme inopposable ou
- de reconnaître l'irréel, le considérant comme existant.

19. *Refus de reconnaître la réalité.*

Les exemples foisonnent en ce qui concerne les Etats *tout d'abord* : Israël n'est pas reconnu par les Etats arabes. La République démocratique allemande, la République démocratique de Corée, la République démocratique du Vietnam n'étaient pas, jusqu'à tout récemment, reconnus par les Etats occidentaux et leurs alliés dans le tiers monde. Certains Etats se refusent encore à reconnaître le Bangla-Desh. Dans ce cas, ils traiteront l'Etat en question *d'entité*.

Pour ce qui est des *gouvernements*, l'exemple célèbre est celui de la République populaire de Chine que les Occidentaux et leurs alliés ont mis plus de vingt ans à reconnaître, battant en cela le record imposé au gouvernement soviétique de l'U.R.S.S pour sortir du même ghetto.

De même encore pour des *situations* : l'existence de la frontière Oder-Neisse, etc.

Certes, dans tous ces exemples, on pourrait soutenir qu'il est difficile de déterminer ce qui est la *réalité* puisqu'il s'agit d'apprécier moins l'existence d'une situation de fait qu'une situation de droit : existence d'un « Etat », d'un « gouvernement », d'une « frontière ». La différence est cependant moins grande qu'il y paraît dans la mesure où ces concepts faisant l'objet de définitions, il est possible de déterminer quand la situation répond aux conditions spécifiées dans la définition. D'ailleurs, en ces matières, l'effectivité est un phénomène objectif. L'existence de la République démocratique allemande ou de la République démocratique de Corée ou encore du gouvernement de Mao sur la Chine continentale sont des faits qui ne font l'objet d'aucune contestation.

20. *Reconnaissance de l'irréel.*

Le phénomène est encore plus frappant lorsque l'on voit des Etats considérer comme existant ce qui ne l'est pas, ne l'est plus ou ne l'est pas encore.

Ici encore, il ne manque pas d'exemples de maintien de reconnaissance à des régimes déchu (certains Etats ont maintenu la reconnaissance des Etats baltes jusqu'aux années 1960), à leurs diplomates, aux traités signés par eux, etc.

La prétention du gouvernement de Tchang Kai-Chek de représenter aux Nations Unies la Chine continentale, prétention soutenue par les Occidentaux et leurs alliés, fut un défi au réel, un scandale qui ne devait prendre fin qu'en 1971, vingt-deux ans après la prise effective du pouvoir par Mao Tsé-toung sur l'ensemble du continent chinois.

21. Parmi les exemples classiques de fictions de ce genre on citera l'Etat de la Cité du Vatican et l'Etat indépendant du Congo (1885-1908).

L'Etat de la Cité du Vatican.

On sait que, à partir de 1870 et la conquête des Etats pontificaux par l'Italie, le souverain pontife perdit tout pouvoir temporel, la loi des garanties du 13 mai 1871 se bornant à lui reconnaître divers privilèges.

Les accords de Latran du 11 février 1929 devaient remettre en cause ce statut en créant l'Etat de la Cité du Vatican. La doctrine est quasi unanime à n'y voir qu'une fiction, faute de déceler dans les faits les conditions spécifiques de la définition d'un Etat : le territoire est purement nominal (44 ha); la population se limite à quelque 500 personnes qui acquièrent la nationalité *ratione muneris*. L'ordre juridique italien est très largement applicable dans la Cité, tant sur le plan législatif qu'exécutif.

On peut discuter de l'intérêt et de l'opportunité qu'il y avait à se réfugier dans cette fiction, de l'obsession de la notion de territoire pour faire échapper le souverain pontife à toute souveraineté nationale alors que d'autres notions eussent été sans doute plus appropriées : la notion d'organisation internationale par exemple. Il n'en demeure pas moins que l'Etat italien et de nombreux Etats tiers tiennent la Cité du Vatican pour un Etat.

22. *L'Etat indépendant du Congo (1885-1908).*

Les faits sont connus. L'association internationale du Congo avait été créée en 1884 par Léopold II, roi des Belges, pour gérer les territoires découverts au Congo; elle obtint, au cours de l'année 1884 et pendant la Conférence internationale qui devait se clore par l'Acte général de Berlin du 26 février 1885, le droit de créer un Etat indépendant du Congo, ouvert au commerce de tous les Etats et neutre.

La première fiction, celle de l'internationalisation disparut rapidement lorsque celui qui avait tout organisé dans la coulisse apparut au grand jour — c'était d'ailleurs un secret de Polichinelle — comme chef de ce nouvel Etat. Léopold II obtint par une résolution des Chambres des 28 et 30 avril 1885 l'autorisation à titre personnel d'être le chef du nouvel Etat du Congo.

La seconde fiction, celle de l'indépendance du Congo, devait devenir rapidement patente.

Le premier Ministre Beernaert déclarait devant la Chambre :

« Le pays n'a pas à redouter les charges militaires et financières qu'entraîne d'ordinaire un établissement colonial. Il ne s'agit pas d'arborer le drapeau belge en Afrique. C'est un Etat indépendant qui se forme et le Roi entend régir la Colonie internationale dont il sera le chef avec des ressources et au moyen de forces qui seront exclusivement propres au nouvel Etat¹⁷. »

Il déclarait encore le 28 avril :

« ... une union personnelle, laisse les deux Etats absolument distincts, absolument indépendants; ils n'ont rien de commun entre eux ni au point de vue militaire, ni au point de vue financier, ni au point de vue diplomatique¹⁸. »

Comme on le voit, le caractère colonial de l'entreprise était dévoilé sans fausse honte et la seule chose devant laquelle la Belgique reculait c'était d'être titulaire de cette colonie, non par quelque sentiment moral qui n'avait guère cours à l'époque, mais par esprit de clocher et ladrerie.

Progressivement la mentalité du pays allait évoluer, mais en attendant ce furent des Belges qui se chargèrent de l'administration de la colonie dont le gouvernement central était à Bruxelles, où, comme le rappelle Ghozland, dans certains ministères on pouvait lire à la porte des bureaux « Sonnez deux coups pour le Congo »¹⁹. Le capitalisme belge ne laissa pas s'échapper cette magnifique occasion; en 1889 le Roi Léopold II fit connaître que par testament il laissait le Congo à la Belgique; en 1893 la constitution belge fut révisée pour permettre à la Belgique l'acquisition de colonies. En 1908, le Parlement belge accepta de procéder à l'annexion de la colonie. C'était l'abandon définitif de la fiction. Le caractère colonial belge du territoire était reconnu officiellement.

23. La qualité d'Etat reconnue implicitement à la Biélorussie et à l'Ukraine par la Charte des Nations Unies et les autres conventions créatrices d'institutions spécialisées qui ont admis ces deux Etats comme membres est encore une fiction. C'est une fiction en ce sens que s'il s'agit bien d'Etats fédérés de l'U.R.S.S. possédant des compétences internationales en vertu même de la constitution de l'U.R.S.S, il ne s'agit pas d'Etats indépendants. Ce que l'on a voulu réaliser à l'époque, sans l'avouer, c'était donner un vote plural à l'U.R.S.S.

24. Comme Etats fictifs, la doctrine cite aussi fréquemment le Mandchoukouo (1931-1945), la Slovaquie (1940-1945) et les Philippines (1943-1945) qui furent créés par le Japon ou le III^e Reich au détriment d'Etats indépendants (la Chine et la Tchécoslovaquie) ou de territoires coloniaux dépendant des Etats-Unis.

¹⁷ Cité par le baron Pierre VAN ZUYLEN, *L'échiquier congolais ou le secret du Roi*, Dessart, Bruxelles, 1959, p. 132.

¹⁸ *Ibidem*, p. 133.

¹⁹ GHOZLAND, Albert, *La fiction en droit international*, Fac. de droit de l'université de Paris, Thèse pour le doctorat, Paris, L.G.D.J., 1921, p. 92.

On se réfère alors à cette absence particulière d'effectivité qu'est l'absence d'autonomie réelle.

Par un raisonnement analogue, les Etats socialistes et une partie des Etats du tiers monde ont pu considérer comme purement fictif l'Etat du Sud-Vietnam, créé artificiellement par la France et qui n'a vécu ensuite que grâce à l'appui des Etats-Unis. On touche d'ailleurs ici au problème soulevé par les conséquences qu'il convient de tirer du réel lorsque celui-ci est le résultat d'une illégalité.

25. En droit international, le refus d'admettre les conséquences de la réalité ou de l'effectivité d'une situation peut s'expliquer par le *caractère illégal de cette situation*. Dans ce cas, refuser la réalité n'est pas l'effet d'une qualification arbitraire par les tiers, mais une obligation découlant du droit international : l'obligation de ne pas reconnaître une situation illégale.

Ainsi dans l'affaire du Katanga, le Conseil de sécurité dans sa résolution du 24 novembre 1961, déplorait « les activités sécessionnistes et l'action armée qui sont actuellement menées par l'administration provinciale du Katanga avec l'aide de ressources de l'extérieur et de mercenaires étrangers ». Il rejetait entièrement l'allégation selon laquelle le Katanga serait « une nation souveraine indépendante ». Toute autre attitude aurait été une reconnaissance prématurée, consistant en une intervention dans les affaires intérieures du Congo.

L'obligation des Etats membres de l'O.N.U. de ne pas reconnaître les situations de fait établies par la force a été de même rappelée encore récemment par le Conseil de sécurité dans diverses résolutions relatives aux conquêtes israéliennes pendant la guerre des six jours et en particulier à propos de l'occupation illégale de Jérusalem.

L'obligation de ne pas reconnaître les situations contraires au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes justifie de la même manière les décisions du Conseil de sécurité priant les Etats « de ne pas reconnaître le régime minoritaire raciste illégal de la Rhodésie du Sud » ou de reconnaître l'illégalité de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie.

C'est toujours sur base des principes qui précèdent que le maintien de la reconnaissance aux gouvernements en exil peut se justifier lorsque l'illégalité a procédé à leur départ (ainsi, l'occupation de leur pays par l'Allemagne pendant la seconde guerre mondiale).

Cette démarche est la mise en œuvre de la seule sanction (non-reconnaissance) possible dans l'état actuel du monde à défaut d'autres modes plus efficaces (économiques ou militaires) mais non réalisables, ou dont l'efficacité demeure limitée du fait de l'attitude des Etats qui devraient les appliquer.

26. Nous ne pensons pas qu'il faille confondre fiction et *impossibilité pratique d'appliquer un régime juridique déterminé à une situation donnée*.

C'est ainsi que, par sa résolution 2145 (XXI) du 27 octobre 1966, l'Assemblée

générale de l'O.N.U. a décidé de révoquer le mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain et d'en confier l'administration à l'O.N.U., le territoire prenant le nom de Namibie. Le fait que l'Afrique du Sud ne s'est jusqu'à présent pas conformée à cette décision ne confère pas à cette dernière un caractère fictif.

27. Le cas du statut de Jérusalem cumule les deux effets précédemment examinés. Avant le coup de force israélien de 1967, la majorité des Etats membres de l'O.N.U. se refusaient à accepter l'état de fait de 1948 par lequel Jérusalem avait été occupé en partie par les Israéliens (la ville nouvelle) et en partie par les Jordaniens (la ville ancienne) en opposition avec le plan de partage de l'Assemblée générale de l'O.N.U. qui avait prévu un statut international (*corpus separatum*) par la ville de Jérusalem et les lieux saints avoisinants, statut qui ne fut finalement jamais appliqué.

Voyez ainsi la déclaration de M. Harmel, ministre des Affaires étrangères de Belgique, le 27 janvier 1971 :

« Je voudrais rappeler au Sénat que la Belgique demeure fidèle à la décision du 29 novembre 1947 de l'Assemblée générale des Nations Unies qui prévoyait un territoire international pour Jérusalem *corpus separatum*... Dès lors les principaux pays occidentaux... maintiennent à Jérusalem des consuls généraux.

Respectant le principe du *corpus separatum*, l'*exequatur* n'est demandé ni aux Israéliens, ni aux Jordaniens²⁰. »

Section 2. — LES FICTIONS COMME CONSEQUENCE DU FAIT QUE LES
ETATS N'OSENT PAS DIRE LA VERITE, LA RECONNAITRE COMME TELLE.
LA QUALIFICATION ERRONEE EST UTILISEE PAR COURTOISIE
OU HYPOCRISIE POUR CACHER LE REEL

28. Le colonialisme et l'impérialisme ont utilisé avec une extraordinaire constance le procédé des fictions pour couvrir d'un manteau de respectabilité des entreprises de pure rapine. Seules les préoccupations humanistes réelles ou prétendues étaient mises en avant. L'action des puissances était présentée comme une « œuvre de civilisation pacifique dans l'intérêt général de l'humanité et du commerce international ». Tout ce qui aurait pu révéler dans le vocabulaire juridique des appétits moins nobles se voyait voilé par diverses notions dont nous allons parler maintenant.

Il ne faudrait pas croire que nous faisons ainsi une critique facile *a posteriori*.

Des esprits éclairés, mais dont l'enseignement fut soigneusement refoulé par la doctrine bourgeoise et classique bien pensante, dénoncèrent en leur temps ces fictions. Ils nous facilitent aujourd'hui la tâche²¹.

²⁰ Voyez notre chronique n° 681, *R.B.D.I.*, 1973, p. 266.

²¹ En particulier : DE POUVOURVILLE, Albert, « Les fictions internationales en Extrême-Orient », *R.G.D.I.P.*, 1899, pp. 113-125; GERARD, Louis, *Les cessions déguisées de territoires en droit international public*, Paris, Larose, 1904; FERRINJAQUET, J., « Des annexions déguisées de territoire », *R.G.D.I.P.*, 1909, pp. 316-367.

29. *L'occupation des territoires sans maîtres.*

La doctrine traditionnelle expliquait que les Etats pouvaient acquérir la souveraineté d'une région ne se trouvant dans le domaine d'aucun Etat, pourvu que l'occupation en soit faite par une prise de possession effective dans l'intention de la soumettre à sa souveraineté. La région en question était appelée territoire *nullius*, ou *res nullius*, ou territoire sans maître.

On sait qu'en pratique furent considérés comme tels non seulement les territoires inhabités mais ceux qui avaient des civilisations différentes de la civilisation occidentale et n'avaient pas de puissance militaire, ou de puissance militaire suffisante pour lui résister, « Sans maître » signifiait à la limite « sans maître occidental ». Seuls quelques Etats constitués solidement purent résister, comme la Chine, le Japon, la Perse ou le Siam.

A ceux qui voulaient soutenir que les peuples ainsi soumis avaient une souveraineté, on répondait ceci :

« C'est une exagération que de parler d'une souveraineté des peuples sauvages ou demi-barbares. Il est en contradiction avec l'histoire que le droit international fasse dépendre de la cession de la souveraineté la validité d'une occupation. Un traité de cession ne peut se faire que par les Etats reconnaissant le droit international.

Certainement une occupation de territoires habités par des sauvages aura souvent pour base des arrangements avec les chefs indigènes. On condamnera la violence à l'égard des peuples inférieurs. On ne pourra même dire strictement que ceux-ci sont en dehors de la communauté du droit des gens. Mais ils n'en sont pas membres. Le droit international ne connaît pas des droits des tribus indépendantes²². »

C'est en refusant aux peuples le caractère d'Etat qu'on décidait arbitrairement que leur territoire était sans maître. Le racisme sous-jacent à ce prétendu humanisme n'est pas à souligner.

30. *L'occupation fictive.*

Dans leur enthousiasme humaniste et civilisateur, les puissances prirent l'habitude de déclarer occupés des territoires où ils ne maintenaient pas une occupation de fait. Ici le caractère fictif de l'occupation fut immédiatement dénoncé entre concurrents, et le procédé fut condamné par le chapitre IV de l'acte général de la Conférence de Berlin du 26 février 1885 qui s'emploie à y mettre fin en exigeant la notification aux tiers des occupations et protectorats (art. 34), et « l'existence d'une autorité suffisante pour faire respecter les droits acquis, et le cas échéant la liberté du commerce et du transit » dans les territoires occupés (art. 35).

²² Rapport de M. De Martitz à l'Institut de droit international sur la théorie de la conférence de Berlin de 1885 sur l'occupation des territoires, *Annuaire de l'Institut*, Edition abrégée, t. II, p. 433.

31. *Le protectorat international.*

Le *Dictionnaire de la terminologie du droit international* donne du protectorat international la définition suivante :

« Union de deux Etats, établie d'ordinaire par traité, dans laquelle l'Etat protégé, tout en conservant son caractère d'Etat, obtient de l'Etat protecteur l'engagement de le défendre contre certains dangers intérieurs ou extérieurs sans réciprocité, l'Etat protecteur exerçant certaines compétences, notamment d'ordre extérieur, appartenant jusque-là à l'Etat protégé, et assumant la responsabilité internationale correspondante. »

Dans la plupart des cas la réalité s'est présentée d'une manière moins noble et sans l'égalité que présuppose la notion. Comme l'écrivait Perrinjaquet :

« ... le protégé est généralement un Etat faible et désorganisé au point de vue militaire et financier, en proie à l'anarchie intérieure, tandis que le protecteur est un grand Etat militaire; on voit combien le masque de protectorat est une vaine apparence, comment sous le voile d'une trompeuse association le protégé est de droit et de fait à la discrétion du protecteur...²³ »

Les protectorats français sur le Cambodge, l'Annam, Tahiti et Madagascar aboutirent à de véritables annexions coloniales, ceux sur la Tunisie et le Maroc ne laissèrent au Bey et au Sultan qu'une souveraineté nominale. Les protectorats japonais en Corée, et britannique sur le Transvaal débouchèrent aussi sur l'annexion.

Dans le système du protectorat, la qualité d'Etat n'est plus contestée au peuple qui en fait l'objet, mais on le force à accepter une « protection » tout en proclamant hautement qu'il en a pris l'initiative. Le consentement du protégé était purement fictif de même que le contenu de la relation qui relevait plus de la domination politique et de l'exploitation économique que de la protection. Il devait en découler de multiples difficultés dans l'application pratique du concept de représentation.

S'agissant de *pseudo-protectorats* ou *protectorats colonisés*, la situation était semblable même si les territoires qui en faisaient l'objet étaient moins développés politiquement au sens où l'entendaient les Occidentaux. Ils n'en étaient en effet pas moins imposés lorsqu'ils n'étaient pas viciés par la lésion. Ghozland en critique sévèrement l'usage;

« Ainsi, parce qu'elles ne sont pas passées avec de véritables Etats; parce qu'elles consacrent une cession complète des droits de souveraineté; parce qu'elles ont pour but, la translation de droits qui n'existent pas et même dont le cédant n'a point la notion; parce qu'elles sont entachées de dol, d'erreur, de violence ou de lésion; parce qu'elles sont signées par d'autres que ceux qui pourraient le faire légitimement, ces conventions ne sont pas de véritables traités de protectorat et en tant qu'accords contractuels n'ont aucune valeur juridique²⁴. »

²³ *Op. cit.*, p. 324.

²⁴ *Op. cit.*, p. 129. Explicitement pourtant cette opinion participe de la fiction paternaliste de l'absence de souveraineté de ces territoires.

Les colonies allemandes en Afrique, l'implantation de la France au Dahomey sont des exemples de ces méthodes.

32. *Les cessions d'administration ou de bail de territoire.* Ces deux vocables se référant à des contrats de droit privé anodins et familiers recouvrent en fait des situations où loin d'être préservée la souveraineté de l'Etat cédant est le plus souvent définitivement affectée. La doctrine du début du siècle a ainsi percé à jour le caractère fictif des cessions d'administration et les baux de territoire²⁵, ainsi les cessions d'administration par l'Empire ottoman sur le territoire de Bosnie-Herzégovine à l'Autriche (par le traité de Berlin du 21 avril 1879) et sur le territoire de Chypre à la Grande-Bretagne (par les conventions du 4 juin et du 1^{er} juillet 1878).

Quant aux cessions à bail, leur caractère perpétuel ou quasi perpétuel (pour 99 ans et renouvelable) les apparentait à l'époque à des annexions déguisées. Tel était le cas des cessions à bail en Chine, en Afrique (bail réciproque entre la Grande-Bretagne et l'Etat indépendant du Congo), à Panama (zone du canal), à Cuba (Guantanamo), aux Philippines, etc.

Voici comment De Pourville analysait cette technique juridique, ce moyen diplomatique :

« ... il ménage l'amour-propre de celui qu'on dépouille, qui n'a pas l'air de céder et qui, en droit, ne cède pas sa souveraineté, et l'amour-propre et la respectabilité de celui qui s'approprie, parce que son larcin se parfait à longue échéance...²⁶ »

Résumant tous les modes d'action qui précèdent, le même auteur concluait à leur caractère « d'hypocrisie parce que ne répondant pas à un besoin ou à un désir raisonnable de ceux qui s'en servent, ils sont tous du domaine de l'arbitraire et parce que les puissances qui en profitent tenant à conserver leur prestige de supériorité intellectuelle et civilisatrice, couvrent cet arbitraire de prétextes souvent spécieux et parfois visiblement mensongers »²⁷.

33. *Mandats - tutelles - territoires non autonomes.*

La situation ne s'est améliorée ni avec la S.D.N. ni avec l'O.N.U., au moins aux débuts de cette dernière.

Les *mandats* de la S.D.N., en dépit encore une fois d'une terminologie tirée du droit privé, n'avaient rien à voir avec cette institution qui suppose l'égalité juridique des partenaires. Les mandats prétendument octroyés par la S.D.N. à des mandataires avaient en fait été décidés par les alliés qui la placèrent devant le fait accompli. La « mission sacrée de civilisation » cachait mal le caractère de

²⁵ Cf. *supra*, note 21.

²⁶ *Op. cit.*, p. 118.

²⁷ *Ibidem*, p. 116.

colonie déguisée des mandats A et B et le désir d'annexion des titulaires de mandat C (l'Afrique du Sud à l'égard du Sud-Ouest Africain). Pour ceux qui auraient pu se faire des illusions à cet égard il suffisait de constater que seuls les territoires appartenant aux Etats vaincus (Empire ottoman et Allemagne) furent mis sous mandat. Les colonies françaises, anglaises, belges ou hollandaises échappaient à la « mission sacrée de civilisation » et à la politique de la porte ouverte.

Par la notion de *tutelle*, les rédacteurs de la Charte cherchèrent une nouvelle étiquette pour les mandats, sans changer le contenu de la bouteille. La notion de représentation qui est la base de l'institution de droit privé est tout aussi inadéquate que celle de mandat. Le paternalisme, voire le racisme implicite de la notion correspondait sans doute mieux aux réalités sociologiques que la notion de la S.D.N.

Ici encore, pas question de mettre sous tutelle des colonies rebaptisées pudiquement « *territoires non autonomes* » par la Charte. En dépit de l'invite que comportait le texte de la Charte, aucun Etat administrant ne mit ne fût-ce qu'un seul territoire non autonome sous tutelle. Une des différences entre les deux régimes était le contrôle du Conseil de tutelle dont on ne voulait pas s'embarasser. L'O.N.U. eut plutôt à lutter contre le phénomène inverse : l'assimilation des tutelles à des territoires non autonomes, notamment par les unions administratives.

En vue d'éviter tout danger de voir certaines colonies se diriger vers l'indépendance, on essaya de camoufler au maximum leur nature allogène en les baptisant territoires d'outre-mer (ainsi pour l'Algérie ou les colonies portugaises d'Afrique). Parler d'indépendance de ces territoires ou tout simplement s'en préoccuper était présenté comme une atteinte à l'intégrité territoriale de l'Etat administrant, une intervention dans ses affaires intérieures en vue de fomenter la sécession ou la guerre civile !

34. *L'intervention sollicitée, humanitaire ou fraternelle.*

Le domaine de l'intervention est privilégié en matière de fictions.

Officiellement, elle est le plus souvent « sollicitée » ce qui dispense l'intervenant de toute autre justification à l'égard des tiers ou de son opinion publique.

Voici ce qu'écrivait Gustave Rolin-Jacquemyns en 1876 à propos de l'intervention française de 1860 au Liban :

« Seulement, soucieuse avant tout de sauver les apparences et les traditions, la diplomatie eut de nouveau recours, comme en 1856, à la fiction juridique de l'initiative du Sultan !²⁸ »

²⁸ « Le droit international et la phase actuelle de la question d'Orient », *R.D.I.L.C.*, 1876, 326.

A propos de l'intervention britannique en Egypte de 1882 et d'autres interventions permanentes, Perrinjaquet déclarait :

« Sous le prétexte de maintenir l'ordre dans un pays troublé par des désordres ou des révolutions intérieures, de protéger ses nationaux contre l'insécurité et de remédier à l'impuissance de l'autorité locale, on occupe le pays, on y rend la justice et on se substitue peu à peu à l'autorité territoriale en proclamant bien haut que l'on n'a aucune visée de conquête, que l'on exerce seulement une action passagère indispensable dans l'intérêt général de la civilisation et de l'humanité²⁹. »

Cent ans plus tard, les mêmes fictions de l'intervention sollicitée seront utilisées pour la Hongrie ou pour le Vietnam.

L'intervention sollicitée sera utilisée par les Belges en 1964 à Stanleyville : 54 otages blancs « sauvés des griffes des rebelles », bilan de l'opération : 2.000 Africains tués et fin de la rébellion. Par les Etats-Unis à Saint-Domingue : 500 Américains à sauver. De quoi ? Cela est resté un mystère. Pas même le prétexte des otages. En revanche tous les moyens seront utilisés : 30.000 marines pendant 3 mois et le bilan de l'opération est très satisfaisant : aucun danger que Juan Bosch, Caamaño ou autres constitutionnalistes conservent le pouvoir !

L'intervention « fraternelle » de l'U.R.S.S. et de certains autres pays du Pacte de Varsovie en Tchécoslovaquie n'a, comme on le sait, convaincu personne, à commencer par d'autres Etats ou partis communistes.

Section 3. — LES FICTIONS DECOULANT DES THEORIES ETABLIES PAR LA DOCTRINE. LE FORMALISME JURIDIQUE. LA QUALIFICATION ERRONEE EST UTILISEE PAR SOUCI DE SYSTEMATISATION, DE RATIONALISATION OU D'ORDONNANCEMENT, ELLE A POUR EFFET DE JUSTIFIER LE REEL EN VUE DE FAIRE TRIOMPHER DES INTERETS DE CLASSE

35. Il s'agit des fictions doctrinales et du formalisme juridique. La doctrine, qui participe à l'idéologie du système secrète aussi une série de fictions qui sont d'autant plus redoutables et font en fin de compte des ravages d'autant plus considérables dans les esprits que la doctrine se pare de toutes les vertus d'intellectualisme, d'esprit scientifique et d'objectivité. Elle soutient n'avoir rien à voir avec la politique et ne servir que le droit, alors que le droit qu'elle défend n'est que l'expression d'une politique conservatrice et que l'idéalisme et l'humanisme qu'elle proclame servent les seuls intérêts des puissances impérialistes.

36. Il en est ainsi tout d'abord de tous les concepts qui assimilent l'Etat à un pouvoir subordonné par rapport à un pouvoir ou un ordre mondial : les notions d'« Etat mondial » utilisées pour expliquer les organisations internationales ou l'état vers lequel tendrait le droit international, de « compétences » employées pour expliquer les pouvoirs des Etats. De même toutes les analogies tirées du droit constitutionnel interne — pouvoir « exécutif », « législatif »,

²⁹ *Op. cit.*, p. 332, voir aussi p. 339.

« judiciaire » etc. — sont de pures fictions, dans la mesure où le droit international n'a rien de commun avec un ordre interne elles ne font que dévoiler la philosophie de l'histoire de leurs auteurs.

37. Il en va de même pour toutes les théories de l'organisation internationale qui projettent sur la réalité un schéma fédéral. Ceci ne veut pas dire que toutes les notions du droit fédéral utilisées à l'occasion de l'explication de certains mécanismes du droit des organisations internationales soient malvenues, mais simplement qu'il ne faut pas aller au delà et qu'il convient de les utiliser avec prudence. La notion de « supranationalité » a ainsi fait un tort considérable au droit européen, une grande partie de la doctrine s'évertuant à pousser cette notion en avant en dépit non seulement des réalités, mais encore des textes des traités de Rome. Que dire du célèbre « dédoublement fonctionnel » ?

38. Le professeur Bourquin a critiqué de la manière suivante les plans tendant à donner à l'O.N.U. des compétences plus étendues et à l'assimiler à un super-Etat :

« Dans les plans qui augmentent considérablement les pouvoirs de l'O.N.U. l'on oublie trop souvent qu'ils ne seraient pas attribués à une entité homogène, ne se souciant que des intérêts communs de la société internationale, mais à une association d'Etats, se laissant guider chacun principalement par des impératifs nationaux et s'efforçant d'utiliser au profit de sa propre politique les ressources que lui offre cette organisation. Juridiquement ce serait l'organisation elle-même qui verrait croître son autorité et, par conséquent, la communauté qu'elle représente. Mais ce n'est là qu'une fiction, car les pouvoirs de l'organisation étant exercés par des majorités, ces majorités et, au premier chef les Puissances autour desquelles elles se cristallisent, deviendraient en fait les principales bénéficiaires du changement. Dans notre monde si profondément divisé, cela marquerait la remise entre leurs mains d'une arme fort dangereuse qui pourrait mener l'organisation à sa perte au lieu de la renforcer ³⁰. »

Le professeur Tunkin dénonce l'opération en des termes encore plus nets :

« ... dans les conditions présentes, les plans de création d'un Etat mondial, les appels à l'abolition de la souveraineté étatique reflètent objectivement les tendances des puissances impérialistes s'efforçant d'utiliser les organisations internationales dans leurs propres visées réactionnaires. Tout amoindrissement de l'importance de la souveraineté étatique dans la période présente ne fait que faciliter l'intervention des grandes puissances impérialistes dans les affaires intérieures des Etats plus faibles aux fins de répressions des mouvements de libération, d'asservissement économique et politique des peuples ³¹. »

Dans le même sens le professeur Charles Chaumont relève que

« ... les juristes qui appellent de leurs vœux le régime d'une autorité internationale douée de pouvoir exécutif, ou bien oublient les disparités qui rendent impossible un gouvernement mondial avant une date indéterminée et à coup sûr fort lointaine, ou bien sont prêts à accepter la dictature d'une grande puissance et d'un Etat étranger ³². »

³⁰ *L'Etat souverain et l'organisation internationale*, New York, 1959, p. 32.

³¹ *Droit international public, Problèmes théoriques*, Paris, Pedone, 1965, p. 152.

³² Charles CHAUMONT, *Cours général de droit international public, op. cit.*, p. 366.

39. La notion de « société » ou de « communauté » internationale suscite les mêmes réserves. Quel est cet être mythique sécrétant un droit universel et valable pour tous alors que la réalité de tous les jours révèle autant de diversités des courants et les profondes contradictions et oppositions de la soi-disant « société internationale » ?

C'est encore le professeur Chaumont qui écrit :

« Où trouver, dans les faits, la volonté d'une " communauté internationale " dont on ne saisit ni la nature ni les contours ? N'y a-t-il pas confusion entre intérêt et volonté ? Pour R. Aron (*Paix et Guerre entre les nations*, pp. 705 et ss.), la volonté de la communauté internationale n'existe que dans l'imagination de certains théoriciens ⁸³. »

ou qui dénonce l'imposture de l'existence d'une société internationale dont le droit international serait l'expression et la réglementation :

« Des notions aussi générales et désincarnées que celles de solidarité et de coopération qui, sans doute, expriment une partie de la réalité, planent cependant si haut au-dessus d'elle quand elles sont affirmées dans l'abstrait et indépendamment des cas particuliers d'entente, qu'elles ne camouflent que très mal, devant l'analyse historique, la somme de violences, d'injustices et d'exploitations qui caractérise l'évolution de la " société internationale " ⁸⁴. »

En nous invitant à réfléchir sur le droit international classique le professeur Chaumont montre que c'est toute l'œuvre de la doctrine qui s'avère être une accumulation de fictions. Le droit international classique est « la mise en forme de situations de prédominance des forts sur les faibles ». Le formalisme juridique est

« l'état de droit international marqué par la primauté des apparences sur les réalités, la détermination des règles sans considération des conditions concrètes de leur apparition et de leur application, ainsi que de la structure des Etats et relations internationales en cause. Il est un mélange de cynisme et d'illusionnisme (...) »

Le formalisme juridique peut aboutir à faire du droit une fin en soi, le droit pour le droit, en oubliant que le droit ne peut être détaché des réalités qu'il recouvre, sans pour autant se limiter à fournir la caution de ces réalités. C'est pour cela que le droit classique, injuste par ce qu'il recèle et justifie, est irréel par ce qu'il stabilise et par ce qu'il ignore ⁸⁵. »

40. Lorsque l'on adopte — comme nous le faisons — la vision du professeur Chaumont, ce sont d'énormes pans du droit classique qui s'effondrent, colosse aux pieds d'argile. Bâti sur des fictions il ne résiste pas à l'analyse des réalités.

Il en va ainsi en particulier de toutes les notions de droit international classique fondées sur les notions de liberté ou d'égalité.

⁸³ *Ibidem*, p. 361.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 34.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 34 et 345.

Par exemple la liberté de contracter. Quelle est la liberté de contracter d'un Etat faible dominé économiquement ou militairement par un Etat puissant ? Bien mince si l'on en juge l'âpreté que les puissances occidentales et leurs alliés ont mise à la conférence de Vienne sur le droit des traités à faire triompher le principe que seul le cas de violence armée — à la différence de la violence économique — peut être une cause de nullité des traités.

Par exemple encore la liberté des mers. A qui profite la liberté des mers si ce n'est à ceux qui ont les moyens indispensables pour l'utiliser et l'exploiter, c'est-à-dire les puissants ou les forces capitalistes ? Le nouveau principe selon lequel le « fond des mers est le patrimoine commun de l'humanité » aboutira-t-il à autre chose qu'à son exploitation par les super-puissances et les sociétés multinationales ?

Le principe de l'égalité des Etats recouvre encore une série de fictions qu'avouent les traditionnelles expressions qu' « il y a une différence entre l'égalité de fait et l'égalité de droit » ou la boutade selon laquelle « tous les Etats sont juridiquement égaux mais certains sont plus égaux que les autres ».

Toutes les règles juridiques plaçant sur un pied d'égalité juridique les pays développés et les pays en voie de développement, donnent en fait l'avantage aux premiers sur les seconds. C'est ce qu'on a pu appeler une « réciprocité inégalitaire » car elle tourne toujours au profit des puissances industrielles.

Que dire encore sur l'imposture de « l'aide aux pays en voie de développement » ? Il est aujourd'hui amplement prouvé que l'aide cache en réalité des structures de domination, que quantitativement elle est moins importante que les revenus tirés du tiers monde par les pays développés, qu'elle est dirigée de façon à favoriser les pays développés et à maintenir sinon développer le sous-développement.

A la limite, c'est la « souveraineté » d'un grand nombre d'Etats ou leur « indépendance » qui devraient être mises en cause dans un système de relations internationales qui reste dominé par la domination et l'exploitation des faibles par les forts.

La responsabilité du juriste, praticien ou homme de science, dans l'utilisation du droit comme moyen de perpétuer la domination et l'exploitation, apparaît ainsi comme énorme. Entièrement inconsistante se révèle aussi la prétention traditionnelle du juriste à l'objectivité et à l'apolitisme.

Le 24 septembre 1973.