

QUELQUES REFLEXIONS SUR L'EQUITE EN DROIT INTERNATIONAL (1)

par

Paul REUTER

Tant d'ouvrages et d'études pénétrantes sur l'équité, notamment en droit international public (2) conduiraient à éviter d'aborder un thème qui a été si bien exploré et maîtrisé. Aussi ce n'est pas aux problèmes les plus généraux de l'équité que l'on entend consacrer ces quelques réflexions, mais à certains aspects, illustrés par des affaires récentes ou par des questions actuelles. Peut-être pourrait-on montrer, c'est du moins ce que l'on va tenter de faire, que les applications les plus nombreuses et les plus intéressantes de l'équité en droit international public marquent une tendance à s'ordonner autour de trois principes : un principe d'équivalence, un principe de proportionnalité et un principe de finalité.

Pour poursuivre ce propos on commencera par un rappel sommaire de quelques analyses générales concernant l'équité que l'on peut considérer aujourd'hui comme acquises (I) puis l'on passera en revue quelques applications des trois principes que l'on vient d'indiquer (II à IV) et l'on terminera par une conclusion générale (V).

I

Le sens commun, et l'on pourrait dire le sentiment populaire, ne s'y trompe pas : l'équité n'est pas le droit; le droit est l'œuvre du législateur et celui-ci devrait avoir présente à l'esprit l'équité conçue comme une des formes de la

(1) Cet article est rédigé d'après les notes d'une conférence prononcée au Centre Interuniversitaire de droit comparé de Bruxelles le 6 février 1979.

(2) Pour le droit international public on se réfère ici au maître ouvrage de Charles de VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public* (1972); parmi les nombreux travaux de philosophie du droit ou de systématique juridique Mario ROTONDI, « Considérations sur le rôle de l'équité dans un système de droit positif écrit », *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. I, p. 43.

justice (3). Mais après la création du droit il y a lieu de l'appliquer et ceci relève en dernière analyse du juge. Que le juge puisse appliquer le droit en se détachant complètement de l'équité est une pensée que l'on n'a jamais acceptée facilement.

Pour le juriste, c'est le rapport de l'équité et du juge qui constitue le problème central; en effet le respect de l'équité par le législateur échappe au juriste, sauf dans les cas où par un contrôle de constitutionnalité ou un mécanisme de protection des droits de l'homme le respect de principes équitables est une des conditions de la validité de la loi. Mais cette hypothèse se ramène, elle aussi, à une sanction de l'équité par le juge.

C'est donc au niveau du juge que le problème de l'équité se pose en termes juridiques.

Dans les conceptions modernes du rôle des juridictions le juge ne doit pas légiférer. L'histoire du droit enregistre le fait qu'à certaines périodes (préteur dans le droit romain, tribunaux d'*equity* dans le Royaume-Uni) le juge a reçu quelques éléments de ce pouvoir; plus récemment on a vu par la voie d'un arbitrage obligatoire institué en matière sociale des pays tenter de faire élaborer empiriquement par des arbitres un nouveau « droit social » qui permette de faire l'économie d'une révolution; mais, après un temps plus ou moins long on est toujours revenu, à l'époque moderne, à une séparation des fonctions du législateur et du Juge.

C'est dans l'application de la loi, et donc dans la subordination à la loi que l'équité trouve sa place dans les systèmes juridiques nationaux. Parfois la loi le dit en termes exprès, ainsi quand elle confie au juge la tâche de répartir l'usage de l'eau entre les riverains d'un cours d'eau en conflit; parfois elle le dit implicitement, ainsi lorsqu'elle interdit au juge de refuser de statuer sous prétexte de silence ou d'obscurité de la loi et lui remet ainsi un pouvoir de discrétion qui ne sera cependant jamais un pouvoir législatif proprement dit parce qu'il ne peut statuer que dans l'espèce en cause et en s'insérant dans le cadre légal existant, fut-il lacunaire.

Mais on peut aller plus loin encore dans l'analyse. La marge qui sépare la règle juridique d'une situation concrète est plus ou moins grande selon que le texte est plus ou moins général et abstrait, mais cette marge n'est jamais nulle, et elle est parfois très large. Le passage des faits concrets à la règle écrite doit traverser un champ plus ou moins large où règne le pouvoir d'appréciation du juge, où triomphe l'équité. Cette conception fondamentale de l'équité qui a joué un si grand rôle dans la pensée de Charles de Visscher pourrait tenir en une formule lapidaire; « l'équité est la norme du cas individuel ».

Si l'on accepte, sous le bénéfice d'y revenir plus loin, que cette très sommaire analyse peut être retenue en ce qui concerne le droit en général, elle est également valable pour le droit international public pour lequel elle appelle cependant quelques observations.

(3) Telle a été du moins la version traditionnelle dans des conceptions qui découlent de la philosophie du droit naturel. Dans d'autres visions, plus ou moins marxistes, le législateur ne tient plus compte que des intérêts de la classe dominante.

En premier lieu la situation du juge ou de l'arbitre international, qui commande en droit international l'intérêt pratique des questions d'équité, est fondamentalement différente de celle du juge interne. Le recours à l'arbitre ou au juge n'existe pas là à titre général; sa compétence ne peut reposer que sur une base volontaire et le consentement des Etats en cette matière ne saurait être présumé; il ne peut y avoir obligation pour le juge ou l'arbitre de trancher un différend en dehors de son mandat spécifique et avec les moyens qu'il a reçus. C'est là une observation qui ne concerne l'exercice de la fonction juridictionnelle que dans le cadre de la Communauté internationale générale (4); elle se fortifie des oppositions et des divisions qui existent dans le sein de cette communauté internationale dans le monde actuel et dans le refus assez général de recourir à l'arbitrage ou à la justice de la part des Etats.

On reconnaîtra donc que si l'équité présente un intérêt en droit international, c'est en fait uniquement en tant que l'équité peut se manifester à l'occasion de l'application du droit. Il est sans doute possible de demander à un juge ou à un arbitre de statuer sur la base de la seule équité; l'article 38 alinéa 2 du Statut de la Cour internationale de Justice le prévoit; mais cette disposition n'a jamais joué. Il existe bien quelques exemples très peu nombreux dans lesquels on a pu demander à un arbitre d'élaborer une réglementation technique, en matière de pêche par exemple; il y a aussi quelques formules que l'on rencontre dans des traités d'arbitrage et dont l'ambiguïté a parfois permis de soutenir qu'ils conféraient au juge le droit de statuer sur la base de l'équité pure. Mais l'absence d'application non équivoque de ces dispositions leur ôte leur intérêt et il en va de même d'une tentative célèbre, celle du Règlement arbitral de l'Acte général d'arbitrage de 1928 dont l'article 28 prévoyait que pour les différends autres que ceux où les Parties se contestaient réciproquement un droit, le Tribunal arbitral appliquerait les règles de fond de l'article 38 du Statut de la Cour et pour autant qu'il n'existerait pas de pareilles règles applicables au différend, jugerait *ex aequo et bonno*. C'est ici par l'élasticité, dans les mains des arbitres, de la notion des lacunes dans un système juridique, qu'il est remédié à l'apparente contradiction de faire trancher des différends non juridiquement par l'application du droit et qu'il est accordé ainsi aux arbitres un très large pouvoir (5), mais très peu d'Etats ont accepté ce système qui n'a jamais fonctionné en fait.

(4) Il n'en est plus de même dans un groupe régional d'Etats, partageant des conceptions communes et conscients de leur solidarité. C'est pourquoi on a laissé hors de ces réflexions la question de savoir quelle serait la place de l'équité dans les Communautés européennes; elle appellerait un exposé assez étendu, mais dont on a de sérieuses raisons de douter qu'il serait à sa place dans des observations consacrées au droit international. On en peut dire tout autant de la Cour européenne des droits de l'homme, pour laquelle on pourrait peut-être montrer que la place éventuelle de l'équité est celle qu'elle peut tenir dans un système fédéral plus que dans un système international.

(5) A. DE LA PRADELLE répétait volontiers que l'on avait voulu donner par cette disposition sa dernière chance à l'arbitrage; il entendait par là la dernière chance de « sauver la paix par le droit ». Pour les mêmes litiges, la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957, entrée en vigueur le 30 avril 1958 a évité l'apparente contradiction de l'Acte général d'Arbitrage en posant d'abord le principe du jugement *ex aequo et bono* puis en

En deuxième lieu il faut souligner l'importance en droit international d'une constatation que l'on vient d'énoncer d'une manière sommaire. L'équité, a-t-on dit, jouera un rôle d'autant plus significatif dans l'*application* des règles juridiques que ces règles juridiques seront énoncées en termes très généraux. Dès lors selon l'image que l'on retient du droit international l'équité y jouera, dans l'application des règles, un rôle plus ou moins étendu. Peut-on considérer que le droit international énonce un nombre important de règles sous une forme très abstraite, c'est-à-dire sous forme de « principes généraux » ? (6) Si l'on répond d'une manière affirmative à cette question, le rôle de l'équité devient important. On peut même imaginer que cette tendance soit si marquée que le rôle de l'équité devienne essentiel, si essentiel même que la distinction qui a été présentée jusqu'à présent entre l'équité dans la création de la règle et l'équité dans l'application perde un peu de sa portée. Il suffit de supposer en effet qu'un grand nombre de règles coutumières ou même écrites prennent la forme suivante : « Telle question est résolue suivant des principes équitables ». Dans le champ ainsi couvert par ces règles on pourra dire à juste titre que la règle a été posée par un législateur, mais en réalité le législateur n'aura posé qu'un acte législatif formel : il aura *renvoyé* intégralement la solution du problème à ceux qui appliqueront le droit.

Or on peut répondre sans crainte de se tromper à la question posée qu'il y a beaucoup de règles juridiques internationales qui sont énoncées en termes très généraux. Les raisons de cette situation sont nombreuses et diverses et mettent en cause les caractères fondamentaux de la société internationale. Il y en a qui tiennent probablement au caractère coutumier de nombreuses règles. Il est vrai que l'établissement de règles techniques précises et concrètes relève plus du procédé conventionnel que de la technique coutumière; il est vrai que la prise de conscience collective de la naissance d'une obligation opérée à travers de nombreux précédents se réalise naturellement au bénéfice d'une règle assez générale. Mais il ne faudrait pas aller trop loin, certaines conventions contiennent des dispositions énoncées en termes très généraux et des coutumes peuvent poser, surtout sur un plan régional voire local, des obligations très précises.

La raison la plus profonde de l'abstraction de certaines règles est constituée par les différences substantielles qui distinguent les Etats les uns des autres. Certes il existe un schéma général de l'Etat qui s'applique à tous les Etats et qui peut fonder le principe de l'égalité des Etats, mais dès que l'on

ajoutant « compte tenu des principes généraux du droit international, sous réserve du respect des engagements conventionnels et des décisions définitives des tribunaux internationaux qui lient les parties ». Mais cette rédaction plus habile n'a pas empêché qu'en 1971 6 Etats seulement avaient accepté cette disposition qui n'a en fait pas joué jusqu'à présent.

(6) Le terme est pris ici dans son sens propre et non pas dans celui de « principes généraux du droit » (art. 38, § 3, Statut CIJ), tel qu'il est généralement interprété, c'est-à-dire de principes généraux communs à l'ensemble des droits internes et transposés au droit international public. Bien entendu, si l'on admet ces « principes généraux du droit » comme partie intégrante du droit international, le volume des règles très générales que celui-ci contient sera accru d'autant.

considère les territoires et les populations dans toute leur réalité géographique, les structures politiques, les idéologies et les aptitudes économiques on constate des différences et des écarts qui semblent même aller en augmentant. Dans ces conditions l'universalité d'une règle ne peut se maintenir que par un degré élevé d'abstraction dans sa formulation. La raison de ce caractère général et vague est donc pour une part parfaitement objective : elle tient à la nature des choses. Poser des règles juridiques pour une société de 160 sujets de droit aussi dissemblables que les Etats modernes n'est pas faire jouer la loi des grands nombres.

Faut-il ajouter que, lorsque le droit est fait par ceux qui sont appelés à le respecter, des considérations moins objectives que les précédentes viennent renforcer souvent la même tendance ? Affirmer une position de principe pour condamner un autre offre d'autant plus d'avantage que la formule employée comporte assez d'incertitude pour que l'on puisse espérer, le moment venu, y échapper soi-même; il y a ainsi une volonté délibérée d'ambiguïté qui préside aux incertitudes étudiées de la formulation de bien des « principes » et des « Déclarations ».

L'équité dans l'application du droit, qu'elle soit mentionnée en tant que telle ou mise en œuvre prudemment sans la nommer aurait donc devant elle un champ très vaste, soit que les Etats s'en inspirent pour régler conventionnellement leurs problèmes, soit qu'à l'occasion ce soit un juge ou un arbitre qui soit saisi.

Mais on est alors conduit à une troisième considération. Qu'est-ce donc que l'équité ?

Aucune allusion n'a été faite dans les observations qui précèdent à cette question fondamentale. C'est qu'en effet peu de termes sont aussi plaisants à l'esprit et au cœur, peu touchent aussi profondément une attente inscrite au tréfonds de la nature humaine, mais en revanche peu restent aussi mystérieux. Les savantes études ne manquent certes pas qui, sur un plan historique et philosophique, distinguent, opposent et unissent tour à tour la justice, le droit, et l'équité; s'il y a encore des choses à dire sous cet aspect philosophique, ce n'est pas le propos de ces réflexions d'y tendre, mais plutôt d'essayer de saisir sur le vif comment l'équité opère. S'il existait quelques sentences arbitrales rendues sur la base de l'équité pure et publiées, il serait intéressant d'étudier leurs motifs; mais il n'existe rien de tel pour le droit international public, ni même pour le droit interne.

Cependant un certain nombre d'arrêts et de sentences arbitrales récentes dont les auteurs ont entendu se placer sur le seul plan du droit positif font appel à l'équité dans l'application du droit ou au moins en posent le problème.

En essayant d'ordonner ces exemples, il a semblé que le problème de l'équité se posait dans trois directions assez différentes suivant qu'elle est à la recherche d'une solution *d'équivalence*, d'une solution de *proportionnalité*, ou d'une solution de *finalité*. Il ne s'agit nullement de prétendre que trois principes en épuisent le contenu, mais simplement de relever que dans une

exploration des espèces concrètes dans lesquelles l'équité semble émerger, trois types de problèmes apparaissent à première vue; des espèces plus nombreuses ou un œil plus perspicace permettraient sans doute d'en déceler d'autres, ou même de les qualifier autrement. Ce sont donc, si l'on accepte cette comparaison, trois pistes qui méritent peut-être d'être suivies.

II

Il n'est pas surprenant que la recherche d'une *équivalence* tienne tant de place dans le droit. Tant le vocabulaire que les symboles (les deux plateaux de la balance) nous enseignent que le droit est d'abord *égalité*.

Il y aurait bien des directions dans lesquelles on pourrait poursuivre des recherches (7). On se contentera d'en évoquer deux, fondamentales : la *responsabilité* et le respect des *équilibres contractuels*.

En droit international public, toutes les règles concernant la responsabilité internationale sont énoncées sous une forme très générale, laissant ainsi comme on l'a dit précédemment un champ très large au juge international pour concrétiser l'application de la règle à une espèce donnée. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne le problème de la *réparation*. Quand un dommage a été causé la réparation idéale par la remise des choses en l'état (*restitutio in integrum*) n'est au mieux que partiellement possible et il faut recourir à une réparation par équivalent. Comment s'opère dans ce cas l'appréciation de l'équivalence ? Selon des principes *équitables*.

Le Tribunal administratif de l'OIT, statuant sur des requêtes émanant d'agents de l'UNESCO dirigées contre cette dernière organisation avait alloué à ceux-ci des dommages-intérêts en déclarant que « la réparation sera assurée *ex aequo et bono* par l'allocation au requérant du montant ci-après » et il fut allégué à l'encontre de ce jugement que par cette référence à l'équité le Tribunal avait dépassé les limites de sa compétence. La Cour internationale de justice, dans son avis du 23 octobre 1956, répondit :

« le contexte ne fait nullement apparaître que le Tribunal ait entendu par là se départir des principes du droit. Il a voulu seulement énoncer que, le calcul du montant de l'indemnité ne pouvant pas être déduit de règles de droit posées à cet effet, il entendait fixer ce que la Cour a, en d'autres circonstances, appelé la juste mesure de la réparation, le chiffre raisonnable de celle-ci » (8).

La substance de ce passage de l'avis est claire, en dépit d'une gaucherie dans l'expression : ce n'est pas le droit qui détermine les modes de calcul de

(7) Mentionnons cependant toute la question des discriminations tant dans le domaine économique que dans celui des droits de l'homme. A partir du moment où l'on accepte de censurer les discriminations dans leur réalisation *en fait*, abstraction faite de la question de savoir si elles se manifestent en droit, on est conduit à des appréciations équitables de l'égalité de fait. Sur ce point on se reportera notamment à une jurisprudence déjà ancienne de la Cour permanente de justice internationale et notamment à ses avis consultatifs n° 6 et n° 7.

(8) *Recueil*, 1956, p. 100.

l'indemnité, mais ce n'est pas contraire au droit de recourir à quelque chose d'autre que le droit. Dans son arrêt rendu dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* la Cour devait être, dans deux passages, plus explicite :

« ... § 85 ... « il ne s'agit pas d'appliquer l'équité simplement comme une représentation de la justice abstraite, mais d'appliquer une règle de droit prescrivant le recours à des principes équitables... ».

» § 88 « ... Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables. Néanmoins, lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de justification objective de ses décisions, non pas au-delà des textes mais selon les textes et dans ce domaine c'est précisément une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables. Il n'est par conséquent pas question en l'espèce d'une décision *ex aequo et bono*, ce qui ne serait possible que dans les conditions prescrites à l'article 38, paragraphe 2, du statut de la Cour. Ce ne serait d'ailleurs pas la première fois que la Cour adopterait une telle position, ainsi que cela ressort de son avis consultatif en l'affaire des *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requête contre l'UNESCO* » (9).

La thèse est ainsi solidement établie : ce n'est pas à titre originaire que le juge international applique l'équité, mais *sur renvoi* du droit international lui-même. Il reste cependant que quand il le peut, le juge international se montrera extrêmement prudent et appliquera l'équité par ordre du droit, mais sans le dire, tant les conditions de la société internationale lui imposent de respecter strictement son mandat; on en donnera plus loin des exemples.

C'est donc dans chaque cas particulier, en tenant compte des circonstances de chaque cause que le juge international effectuera, en matière de réparation, sa pesée, en choisissant non seulement ses poids, mais aussi sa balance. Quelle est la valeur d'une vie humaine ? Quelle est la valeur d'un bien ? Valeur d'usage ? Valeur de substitution ? Valeur de marché ? Valeur comptable ? Moyenne pondérée des valeurs obtenues par différentes méthodes de calcul ? On peut multiplier les méthodes de calcul d'une équivalence, c'est en fonction des données de chaque cas qu'une méthode apparaît comme mieux ajustée à ses caractères propres.

Cependant ceci n'est vrai que par hypothèse, c'est-à-dire qu'en fonction de l'idée que chaque cas présente ses caractères propres. Si la loi des grands nombres joue, si des séries de cas identiques se développent rien n'empêche que conventionnellement ou coutumièrement une règle de droit se précise; elle ne l'a pas fait actuellement en droit international d'une manière générale (10).

(9) *Recueil*, 1969, pp. 47 et 48. On pourrait relever que dans l'affaire du Rann de Kutch le tribunal arbitral avait pris dès le 23 février 1966 une position analogue, bien que l'équité ait peut-être joué un rôle plus sensible. J. SALMON, La sentence du 19 février 1968 du tribunal d'arbitrage dans l'affaire de la frontière occidentale entre l'Inde et le Pakistan, *Annuaire français de droit international*, 1968, pp. 219 et 235.

(10) Ainsi, en droit interne, les conventions générales entre compagnies d'assurances automobiles réintroduiront-elles une tarification des dommages courants comme le faisaient pour les dommages corporels les coutumes primitives.

Plus délicate est l'utilisation d'un principe d'équivalence *en matière conventionnelle*. Le droit privé a pu tirer de nombreuses conséquences de la notion d'équivalence en matière contractuelle; le droit international le fait beaucoup plus difficilement parce que la plupart des traités comportent des engagements politiques dont la valeur répugne à toute appréciation quantitative et que la recherche de l'équivalence dans un contrat ouvre la porte à des menaces contre la stabilité des engagements. Non seulement la lésion n'a pas été retenue comme cause de nullité ou de révision des traités, mais le *changement fondamental de circonstances* (art. 62 de la Convention de Vienne) n'est envisagé, à des conditions sévères, que pour mettre fin à l'engagement, non pour conduire à une révision ou adaptation. La théorie des *traités inégaux* n'a jamais reçu qu'une expression politique et si elle avait dû recevoir une expression juridique cela aurait été plutôt comme un cas de contrainte illicite.

Est-ce à dire cependant que l'appréciation de l'équilibre contractuel d'une convention ne se pose jamais ?

Il semble que l'on pourrait montrer le contraire, au moins par trois exemples.

Le première se réfère à l'article 44, paragraphe 3 c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Suivant en cela le *common law*, cette disposition fait obstacle à l'exécution d'un traité frappé, en certaines de ses dispositions seulement, d'une cause de nullité, de suspension ou d'extinction, lorsqu'il serait « injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste du traité ». Si le terme « injuste » ne constitue qu'une référence prudente à l'équité, il est manifeste qu'il faut dégager ce qui a constitué dans le traité complet la balance des engagements conventionnels (« l'équilibre contractuel ») et examiner si dans le traité mutilé de certaines de ses dispositions cet équilibre n'est pas aboli; c'est bien une appréciation d'équivalence qui est en jeu : tout le traité disparaîtra si cette équivalence est gravement atteinte.

Le second exemple ne peut se référer ni à un texte récent, ni à la jurisprudence, mais semble constituer la seule solution possible, du moins pour l'auteur de ces lignes, au problème de la responsabilité internationale de l'Etat pour violation de ses contrats avec des étrangers : ni l'assimilation d'un contrat avec un particulier à un traité, ni l'omnipotence du législateur national ne semblent des réponses acceptables. Si pour des motifs que l'Etat a le droit d'apprécier souverainement celui-ci peut apporter toutes modifications jusques et y compris la résiliation, à un tel contrat, il existe une figure financière et juridique qui est déterminée par l'équilibre contractuel et c'est la rupture de cet équilibre qui doit amener une compensation; ainsi l'équivalence doit-elle être appréciée à deux moments : à l'origine et à la suite des mesures prises unilatéralement par l'Etat.

Le troisième revient aux traités internationaux et se rapporte aux problèmes qui peuvent naître de l'impossibilité d'exécuter certaines stipulations

conventionnelles du fait de changements des systèmes monétaires (11). Certaines clauses peuvent devenir impossibles à appliquer techniquement parce qu'elles se réfèrent à des paramètres ou à des systèmes qui n'existent plus. Dans la pratique de telles situations sont réglées par voie de négociation; si elles devaient être soumises à une procédure juridictionnelle on soutiendrait peut-être que l'exécution du traité est devenue impossible (art. 61 de la Convention de Vienne), mais il conviendrait alors de régler la liquidation des intérêts contractuels et celle-ci ne pourrait se faire que sur la base de l'équilibre contractuel réel du traité et non pas en fonction d'indications ou de références monétaires dépassées.

Si l'on réfléchit aux divers exemples que l'on a cités on constate que c'est à propos de la réparation que le problème de l'équivalence se pose de la manière la plus pure; dans les derniers cas, l'équivalence prend la forme un peu plus complexe d'une *proportion* et c'est ce deuxième aspect de proportionnalité qu'il faut maintenant examiner plus à fond.

III

D'un point de vue théorique, c'est depuis l'antiquité l'enseignement le plus constant des philosophes et moralistes puis des théologiens que la justice est une égalité non pas arithmétique mais une égalité dans les rapports et dans les proportions et la distinction de la justice commutative et de la justice distributive est venue souligner cet aspect (12).

L'équivalence était arithmétiquement parlant une notion simple, la proportionnalité est plus complexe et plus arbitraire, puisqu'elle suppose le choix de paramètres et la quantification de ceux-ci. Ici aussi la matière de la responsabilité donne des exemples tout à fait classiques de proportionnalité, ainsi lorsqu'il s'agit de répartir le poids de la réparation due pour un dommage qui relève de plusieurs causes simultanées.

On choisira deux exemples, l'un jurisprudentiel et l'autre plutôt législatif.

Le premier est relatif au domaine général de la répartition des richesses naturelles. Le découpage des territoires terrestres ne résout pas par lui-même l'attribution de certaines richesses naturelles que le passage d'une ligne frontière ne suffit pas à attribuer : les eaux, les gisements liquides ou gazeux d'hydrocarbures, les droits de pêche relèvent de cette catégorie. Les problèmes relatifs à l'usage de l'eau pour les riverains d'un cours d'eau ont conduit dans les droits internes depuis les temps les plus reculés à des dispositions détaillées et à une extension des pouvoirs des juridictions, parfois spéciali-

(11) On ne se réfère pas ici à une série d'arbitrages anciens, ou à des procédures plus ou moins bien caractérisées qui ont réduit le montant des dettes d'Etats en difficulté, car il ne s'agit plus de l'interprétation des clauses conventionnelles, mais de la recherche, consentie de part et d'autre, d'un accommodement financier.

(12) F. SENN, *De la justice et du droit* (1927).

sées, chargées de résoudre en ce domaine les conflits (13). Il en est de même en droit international, bien que ce soit surtout à travers des négociations et des accords que l'application de l'équité soit recherchée (14). Si d'une manière générale l'ensemble de la matière touchant l'« environnement » et les « richesses communes » est l'objet de beaucoup de développements notamment dans les organisations internationales (15), la terminologie propre à l'équité est fréquente dans les travaux doctrinaux et a fait l'objet d'une jurisprudence sur laquelle il faut maintenant insister.

C'est l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice dans les *Affaires du plateau continental de la mer du Nord* qui a relancé le problème de l'équité en droit international public à propos de la délimitation du plateau continental entre Etats voisins. Cet arrêt, auquel on s'est déjà référé plus haut, est d'une très riche substance et l'on n'évoquera ici que quelques-uns de ses aspects.

Tout d'abord, la Cour a rejeté avec vigueur l'idée qu'en présence d'un différend entre Etats sur l'étendue de leurs plateaux continentaux respectifs, pourrait se poser un problème de répartition, c'est-à-dire d'un *partage* conduisant nécessairement à un résultat équitable. Une équité ayant des effets aussi généraux serait d'ailleurs fonction de quels paramètres ? La Cour va donc écarter la formule d'une équité globale, entièrement basée sur une proportionnalité dont les paramètres seraient incertains. C'est la conception même du plateau continental, prolongement *naturel* du territoire, attribué de plein droit de ce fait aux Etats qui est pour elle un obstacle à une telle conception; il ne peut s'agir pour un juge de se substituer à la nature :

« L'équité n'implique pas nécessairement l'égalité. Il n'est jamais question de refaire la nature entièrement et l'équité ne commande pas qu'un Etat sans accès à la mer se voie attribuer une zone de plateau continental, pas plus qu'il ne s'agit d'égaliser la situation d'un Etat dont les côtes sont étendues et celle d'un Etat dont les côtes sont réduites... Il ne s'agit donc pas de refaire totalement la géographie dans n'importe quelle situation de fait mais, en présence d'une situation géographique de quasi égalité entre plusieurs Etats, de remédier à une particularité non essentielle d'où pourrait résulter une injustifiable différence de traitement » (16).

En l'espèce, la « quasi égalité » résulte de ce que les trois Etats en présence ont à peu près la même longueur de côtes, la « particularité non essentielle » est l'angle droit formé par la côte allemande.

Il apparaît donc clairement pour la Cour que la recherche d'une proportionnalité n'est pas l'élément essentiel. Elle posera la formule générale que pour ce qui est des règles fondamentales :

« ces principes sont que la délimitation doit être l'objet d'un accord entre les Etats intéressés et que cet accord doit se réaliser selon des principes équitables » (17).

(13) Les vieux articles du Code civil français, notamment par un vocabulaire qu'un internationaliste moderne ne désavouerait pas, confient au juge une « conciliation » entre des intérêts opposés (art. 645 et également 641).

(14) DRAGER, *Die Wasserentnahme aus internationalen Binnengewässern* (Bonn 1970).

(15) Julio A. BARBERIS, *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el derecho internacional* (Madrid 1979).

(16) *Recueil*, § 91, p. 49.

(17) *Ibidem*, § 85, p. 46.

L'équité est bien centrale, mais elle se traduit normalement par une équivalence que sert équitablement la ligne d'équidistance; il n'en est toutefois pas toujours ainsi et c'est alors qu'on peut avoir recours à d'autres considérations. Lesquelles ? Ici encore, la Cour se montre d'une extrême prudence :

« En réalité, il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables et c'est le plus souvent la balance entre toutes ces considérations qui créera l'équitable plutôt que l'adoption d'une seule considération en excluant toutes les autres. De tels problèmes d'équilibre entre diverses considérations varient naturellement selon les circonstances de l'espèce » (18).

En fait, quand elle passe ensuite à l'examen des « éléments en cause », la Cour retiendra « l'appartenance géologique du plateau continental aux pays riverains, l'unité de gisement » et enfin « le rapport raisonnable qu'une délimitation effectuée selon des principes équitables devrait faire apparaître entre l'étendue du plateau continental relevant des Etats intéressés et la longueur de leurs côtes ». Seul ce dernier élément met en œuvre un véritable principe de proportionnalité.

En réalité, comme la Cour n'avait pas à procéder elle-même à la délimitation, elle se devait d'indiquer seulement aux Parties selon quelles directives elles devaient négocier. Incisif et clair dans sa partie négative (l'équidistance n'est pas la seule méthode de délimitation) et doctrinale (l'équité dont il s'agit est incluse dans le droit), l'arrêt garde une indétermination nécessaire dans sa partie positive (ce qu'est l'équité) et avance timidement et partiellement une application de l'idée de proportionnalité.

La sentence arbitrale rendue dans l'affaire de l'Iroise (Décision du 30 juin 1977 *Délimitation du plateau continental*) à la différence de l'arrêt de la Cour a procédé à une délimitation. Tout en renforçant les positions de principe prises par la Cour (19), il accroît encore la flexibilité des considérations d'équité. L'équité domine la délimitation (20), mais elle ne se définit qu'en fonction de la situation géographique particulière; l'indication d'une certaine proportionnalité entre la longueur des côtes et l'étendue du plateau continental est remise à sa place comme un simple indice d'une situation inéquitable et n'est plus un principe de solution:

« C'est plutôt un facteur à prendre en considération pour juger de l'effet des caractéristiques géographiques sur l'équité ou l'inéquité d'une délimitation, en particulier d'une délimitation effectuée par la méthode de l'équidistance » (21).

(18) *Ibidem*, § 93, p. 50.

(19) La longue analyse faite par la Cour pour établir si c'était la Convention de 1958 qui s'appliquait ou des règles coutumières, est pour le Tribunal dénuée d'intérêt (§ 84) : « En bref, il n'y a jamais, que l'on se fonde sur le droit coutumier ou sur l'article 6, l'alternative d'une liberté complète du choix de la méthode ou d'une absence de toute liberté de choix; car l'applicabilité, c'est-à-dire le caractère équitable de la méthode, est toujours fonction de la situation géographique particulière » (dans le même sens, les §§ 65 et 70, malgré le § 165).

(20) « Le tribunal est d'avis que l'application de la méthode d'équidistance ou de toute autre méthode dans le but de parvenir à une délimitation équitable dépend des circonstances pertinentes, géographiques et autres du cas d'espèce » (§ 97).

(21) §§ 99 et suivants; le Gouvernement français avait consacré dans son argumentation de substantiels développements au principe de proportionnalité.

Le Tribunal a de même rejeté toute l'argumentation invoquée avec des données diverses sur les considérations géologiques invoquées par les deux parties. Finalement, cette décision consacre un renforcement de l'aspect purement individuel de l'équité; d'un point de vue concret, le Tribunal a adopté une solution moyenne par rapport aux thèses des deux parties (22), mais en écartant toutes les formulations intermédiaires entre l'équité et les circonstances de l'affaire; on peut dire qu'après cette décision l'équité triomphe, mais garde son mystère.

Dans un autre groupe d'affaires (*Compétence en matière de pêcheries Royaume-Uni contre Islande et République fédérale d'Allemagne contre Islande*), la Cour internationale de Justice a confirmé ses positions générales de l'arrêt de 1969 en ce qui concerne l'équité (23). Posant, dans une affaire relative à des droits de pêche, la règle que les parties avaient « l'obligation mutuelle d'engager des négociations de bonne foi pour aboutir à la solution équitable de leurs divergences », elle a, se référant à l'affaire du *plateau continental de la Mer du Nord*, rappelé que

« Il ne s'agit pas simplement d'arriver à une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable » (24).

Il s'agit ici, à la différence de ce qui était en cause dans les affaires concernant le plateau continental, de procéder à une véritable « répartition équitable » des ressources halieutiques (§ 78) : une part de ces ressources doit échapper à la pêche afin d'assurer la conservation de cette ressource naturelle, une autre part doit être réservée à l'Islande, pays riverain, une autre part enfin est destinée aux pêcheurs pêchant traditionnellement dans la région, c'est-à-dire aux parties et autres Etats intéressés. Bien que cette

(22) Le Royaume-Uni demandait l'attribution aux îles anglo-normandes d'un plateau continental qui rejoignait celui de l'Angleterre en privant la France de tout plateau continental dans ce secteur de la Manche; la France prévoyait pour les îles anglo-normandes un plateau continental de 3 milles marins au delà de la mer territoriale britannique (3 milles marins); la Cour a décidé un plateau continental de 9 milles au delà d'une mer territoriale de 3 milles. Sur la question de savoir si la ligne médiane à la sortie ouest de la Manche devait être prolongée vers l'ouest en tenant compte de la déviation vers le sud, aux dépens de la France par l'effet d'une petite île anglaise, effet revendiqué par le Royaume-Uni et rejeté par la France, le Tribunal a répondu en donnant à cette île un demi-effet.

Le grand souci manifesté par le Tribunal de restreindre sa décision aux circonstances du cas et à éviter d'exposer une construction généralisable peut aussi s'expliquer par le désir de ne rien dire qui puisse être utilisé dans d'autres affaires pendantes, comme celle de la mer Egée ou celles qui opposent la Tunisie et la Libye, le Royaume-Uni et l'Irlande, le Canada et les Etats-Unis. On relèvera que les observations de la Cour internationale dans l'affaire de la mer du Nord sur le fait que la délimitation conventionnelle entre la Norvège et le Royaume-Uni n'avait pas tenu compte de l'existence de la fosse norvégienne qui aurait réduit sensiblement le plateau norvégien, ont provoqué dans le Royaume-Uni de sévères attaques de presse contre le *Foreign Office*; un passage de la Décision de 1977 n'est peut-être pas sans rapport avec ce fait.

Dans la sentence du canal Beagle (22 avril 1977), le Tribunal a décidé une délimitation au milieu d'un canal maritime encombré d'îles, mais sans mentionner l'équité qui inspire cependant sa décision, mais qui était à ce moment un des arguments essentiels de l'affaire de l'Iroise.

(23) Arrêts du 25 juillet 1974, *Recueil* 1974, pp. 3 et 175.

(24) *Loc. cit.*, pp. 33 et 202.

répartition repose, selon la Cour, sur le droit, elle n'a pas procédé elle-même à cette répartition, alors qu'elle avait fixé dans ses ordonnances du 17 août 1972 à titre conservatoire les tonnages maxima que le Royaume-Uni et la République fédérale d'Allemagne avaient le droit de pêcher (25); la raison invoquée a été d'ordre technique :

« Cela nécessite une connaissance scientifique détaillée des terrains de pêche. Il est évident que ce sont surtout les Parties qui possèdent les données et l'expérience voulues. C'est pourquoi la Cour éprouverait des difficultés à tenter de définir elle-même avec précision un système d'ajustement équitable des droits en jeu » (26).

Toutefois, la Cour n'a jugé ni possible ni nécessaire de donner quelques directives précises sur les paramètres qui président à la répartition à effectuer. Elle indique que la répartition ne peut être fixée d'une manière immuable, car la dépendance exceptionnelle de l'Etat riverain peut varier, notamment avec le développement économique du pays (27). Mais la Cour n'énumère pas les paramètres et ne détermine pas, à défaut de valeur absolue, leurs poids respectifs.

Sur le plan de la théorie les arrêts dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* confirment donc pleinement les conclusions antérieures en donnant un exemple de recherche de proportionnalité particulièrement caractérisé. Mais sur le plan pratique, les arrêts sont très réservés sur la mise en œuvre concrète de la répartition équitable (28).

Si l'on passe maintenant au deuxième groupe d'exemples, ceux qui portent sur la succession d'Etats, c'est non pas à la jurisprudence que l'on se référera, mais aux efforts de codification déployés en cette matière, et plus spécialement en ce qui concerne la succession aux biens meubles, dans le cadre de la Commission du droit international (29).

On relèvera d'abord que le problème de la succession d'Etats en ce qui concerne les biens relève d'une question plus vaste qui se pose lorsqu'une personne morale subit une altération de son identité, de sa substance et de ses activités au bénéfice d'une ou plusieurs autres personnes morales; ce pro-

(25) Ordonnances du 17 août 1972, *Recueil* 1972, pp. 17 et 34. Ces mesures conservatoires sont tombées avec l'arrêt définitif, le Royaume-Uni ayant conclu entre temps (17 novembre 1973) un accord avec l'Islande; mais la République fédérale d'Allemagne n'ayant pas conclu d'accord a seulement obtenu, suivant la propre expression de la Cour « la réaffirmation d'un principe » (§ 70, *Recueil* 1974, p. 202).

(26) *Loc. cit.*, 1974, pp. 32 et 201.

(27) *Loc. cit.*, 1974, § 70, p. 30, et § 62, p. 199.

(28) Les explications, sinon les justifications de cette réserve ne manquent pas : le défaut complet du défendeur, bien décidé à ignorer la décision de la Cour, la tenue bi-annuelle depuis le début de l'affaire d'une Troisième Conférence du droit de la Mer dont les initiatives bouleversaient sans conclusion définitive les règles les mieux assises du droit de la mer, et surtout la division interne de la Cour. Les opinions individuelles et dissidentes exprimées montrent que l'arrêt est le fruit d'un compromis disputé et fragile.

(29) On se reportera au *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente et unième session*, 1979 (Assemblée générale, Documents officiels 34^e session supplément n° 10 A/34/10) parce qu'il contient une synthèse d'ensemble de tous les travaux de la Commission sur la succession d'Etats dans les matières autres que les traités (articles 1 à 23, et A et B).

blème est connu en droit interne qu'il s'agisse de collectivités territoriales de droit public, d'établissements publics ou de syndicats, d'églises organisées ou d'associations privées. Nombreux sont les cas où il faut procéder à une répartition proportionnelle d'éléments patrimoniaux suivant des paramètres équitables. Il en est de même en droit international public, compte tenu des facteurs politiques propres à la société internationale.

Dans les projets d'articles qu'elle a préparés sur divers aspects de la succession d'Etats, la Commission devait rencontrer ce problème et effectivement un certain nombre d'articles proposés par elle se réfèrent à l'équité. Les points suivants méritent d'être relevés.

Tout d'abord, dans son *Rapport* sur les travaux de sa 31^e session (1979), la Commission a pris position d'une manière générale sur l'équité. Elle tient à préciser que l'équité dont il s'agit dans un certain nombre d'articles s'insère dans le cadre d'une règle juridique et reste foncièrement distincte d'une équité absolue (§ 18) et le *Rapport* s'appuie à cet égard sur la jurisprudence citée plus haut de la Cour internationale de Justice. Selon les articles, la part des principes équitables est d'ailleurs variable. Ainsi certains articles se réfèrent à des « biens... liés à l'activité de l'Etat prédécesseur en relation avec le territoire » dans ce cas l'équité qui n'est cependant pas mentionnée expressément (§ 16, p. 45) :

« ... est davantage un facteur d'équilibre, un élément correctif destiné à préserver le caractère « raisonnable » du lien de rattachement entre les biens d'Etat meubles et le territoire. L'équité permet d'interpréter de la façon la plus judicieuse la notion de « biens... liés à l'activité de l'Etat prédécesseur en relation avec le territoire... » et de lui donner un sens acceptable ».

Ce recours à une équité (qui n'est pas mentionnée dans le texte) en se référant aux problèmes de l'interprétation n'est qu'un cas très général du mécanisme de concrétisation des règles exprimées en termes généraux. Mais comme le dit le *Rapport*, il est des articles où l'équité « fait partie du contenu matériel » des articles; ces cas sont plus typiques et méritent quelques observations.

Ainsi, dans les cas de séparation d'une partie ou de parties du territoire d'un Etat, ainsi que de dissolution d'un Etat (articles 13 et 14), certains biens meubles ou immeubles passent à l'Etat successeur « dans une proportion équitable ». Dans d'autres cas, on réserve, si en fait le passage s'opère exclusivement au profit d'un seul Etat, la possibilité d'une « compensation équitable ». Ici manifestement l'équité met en œuvre la recherche d'une proportion. Si ces articles n'indiquent pas quels seraient les paramètres à prendre en considération, certains autres articles contiennent des allusions à certains de ces paramètres et la pratique internationale n'est pas sans intérêt à cet égard.

On peut en effet prendre en considération l'origine des ressources qui ont permis l'acquisition d'un bien, de même que l'on peut pour la charge d'une dette se référer à l'emploi qui a été fait des fonds ou pour l'attribution des réserves couvrant la circulation monétaire, au montant de cette circulation

dans les différents territoires en cause. Peut-être est-il sage, comme la Commission l'a pensé, de se contenter de renvoyer à des « proportions équitables » dont on ne définit pas les paramètres, si l'on considère la variété des situations concrètes. On doit d'ailleurs remarquer que lorsque l'équité doit être réalisée à travers l'analyse d'une situation économique, les éléments ne manquent pas, au moins théoriquement, auxquels on peut se référer. Il n'en demeure pas moins que des options politiques importantes président aux choix des paramètres suivant notamment que l'on se réfère ou non aux besoins et au volume des populations intéressées, ou à l'origine ou l'affectation des ressources. C'est pourquoi si toutes les matières qui peuvent être analysées en termes économiques se prêtent mieux que les autres à des solutions mettant en œuvre des principes de proportionnalité, il s'en faut cependant que ce jeu de la proportionnalité puisse être conçu comme une formule mathématique s'imposant par la grâce des nombres : il y a toujours plusieurs équités possibles et chacune d'entre elles est sous-tendue par une conception politico-philosophique différente; c'est ce qui apparaît d'ailleurs clairement dans le *Rapport* de la Commission au sujet des règles qui s'appliquent en cas de décolonisation (Etats nouvellement indépendants).

IV

Tous les exemples qui ont été examinés jusqu'à présent ont confirmé la subordination des principes de l'équité au droit. Dans les cas les plus extrêmes, cette subordination est simplement formelle : c'est une règle juridique qui renvoie expressément à des principes équitables qu'elle ne précise pas autrement, mais même formelle cette insertion de l'équité dans le droit rassure : les principes sont saufs. Au contraire, si l'équité est porteuse d'un principe de finalité elle reçoit une nouvelle dimension qui n'est pas tant d'adapter la règle juridique aux situations individuelles concrètes, que de déceler dans la règle elle-même une finalité qui, certes, la complète, mais qui aussi limite les droits qui en découlent. Ici ce n'est plus par son cheminement vers l'application concrète que la règle se précise, c'est par la recherche d'un plan plus général encore par sa subordination aux finalités qui l'ont inspirée.

A-t-on le droit de parler encore d'équité ? En droit interne, le vocabulaire ignore en général l'équité; on parlera de « détournement de pouvoir », d'« abus de droit », voire de « déclin du formalisme ». Il est vrai que le vocabulaire n'est pas l'essentiel, car bien souvent ce sont des raisons de psychologie politique qui conduisent à éviter le terme d'« équité ». Mais ce qui est important c'est, quel que soit le terme que l'on emploie, que ces démarches paraissent aller au-delà du droit, voire contre le droit. C'est le vieux paradoxe qui — en apparence tout au moins — se manifeste dans le terme d'« abus de droit » : comment peut-on parler d'« abus de droit » ? Il n'y a que le droit et ce qui n'est pas le droit. En tout cas, on affirme parfois qu'il serait imprudent de lier ces théories à l'équité; tout dans les institutions

juridiques modernes mettrait les tribunaux en garde contre des violations du droit au nom de l'équité et la sagesse sinon la logique irait à l'encontre d'un dangereux apparemment entre l'équité et ces théories finalistes.

Si l'on considère cet aspect de la matière sous l'angle du droit international public, ces craintes seraient plutôt renforcées. La souveraineté des Etats, en dépit des critiques, resterait le ressort central du droit international; elle ne serait pas favorable à toutes les conceptions qui, en donnant à la règle juridique sa signification profonde restreignent l'autonomie de ceux qui lui sont soumis.

Cependant, ces observations n'expriment pas toute la réalité; en effet de nombreuses sentences arbitrales ou arrêts admettent le principe que tout droit n'est pas enfermé dans les seules limites de sa description, mais est aussi limité par la finalité inhérente à son objet, même si cette finalité n'est pas exprimée dans les textes. Si l'on veut faire le point en cette matière, il faut non seulement reconnaître les difficultés qui font obstacle à un contrôle juridictionnel de la finalité, mais apprécier leur vraie nature, afin de déceler si l'équité joue un rôle dans ce domaine.

Il est exact que le contrôle de la finalité se heurte à un obstacle politique; non seulement les Etats sont réticents devant tout contrôle juridictionnel, mais ils le sont surtout en ce qui concerne les domaines qui touchent leurs intérêts politiques : ils considèrent que si une finalité politique essentielle est en cause, ils s'en réservent la seule appréciation, et la recherche pour un acte déterminé, de finalités spécifiques est alors exclue (30). La critique de l'acte d'un Etat au regard des finalités qui lui sont assignées par le droit international amène souvent l'examen des intentions poursuivies par l'Etat, ce qui comporte parfois des difficultés de preuve et présente un caractère humiliant pour l'auteur de l'acte (31). Enfin, il faut tenir compte du fait que la justification technique du contrôle de la finalité peut prendre des expressions variées, et c'est ce dernier aspect sur lequel il faut un peu insister.

En effet, ne serait-ce que par la langue dans laquelle un arrêt ou une sentence est rédigé, l'acte juridictionnel tendra inévitablement à utiliser des

(30) Un bon exemple de cet aspect du problème est donné par l'avis consultatif du 28 mai 1948 *Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)* (*Recueil*, 1948, p. 57). La question posée à la Cour était en réalité la suivante : la participation d'un Etat au vote au sein des organes des Nations Unies sur l'admission d'un membre a-t-elle pour fin de vérifier uniquement si cet Etat remplit bien les conditions de l'article 4, ou bien a-t-elle aussi pour finalité de vérifier si l'admission de cet Etat est susceptible de modifier les équilibres politiques dans un sens que chaque Etat a le pouvoir discrétionnaire d'estimer indésirable ? L'avis et la majorité des juges se sont prononcés dans le premier sens; d'autres juges ont répondu dans le deuxième sens.

(31) L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Nottebohm* (*Recueil*, 1955, p. 4) doit être cité. Un Etat ne peut invoquer à l'égard d'un autre Etat une naturalisation qui ne répond pas à la finalité attachée à l'exercice dans ce domaine des compétences de l'Etat. On admirera l'élégance de la construction doctrinale basée sur la notion d'*opposabilité* qui permet une rédaction d'une grande courtoisie à l'égard d'un Etat; seule la dernière page de l'arrêt, avant que tombe le couperet du dispositif, révèle le fond même de la motivation, en indiquant « le but unique » d'une naturalisation « conférée dans des conditions exceptionnelles de rapidité et de bienveillance ».

termes empruntés à un lexique juridique national et, avec les termes, à adapter au droit international les notions de droit interne que ces termes recouvrent. De tels errements seront l'objet d'une évolution; le développement du droit international détachera le vocabulaire de ses références nationales pour définir des conceptions propres (32), mais il peut y avoir une période de confusion qui explique les incertitudes.

Ainsi le recours à une notion qualifiée de « détournement de pouvoir » ou d'« abus de droit », ou simultanément de ces deux termes à la fois (33) ne peut-il qu'engendrer des hésitations. Le fait n'en demeure pas moins que sur le plan des principes le juge international a admis la possibilité de l'abus de droit et par conséquent une prise en considération de la finalité des règles juridiques. Mais, malgré toutes les facilités que pourrait donner l'hésitation du vocabulaire, on ne trouve généralement pas de référence à l'équité (34).

Il y a cependant un cas où le principe de finalité était au cœur du débat et où on a longuement débattu de l'équité, c'est l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (35). L'équité avait été longuement invoquée par une partie; la Cour lui a consacré les paragraphes 92 à 102; d'importantes opinions séparées ont traité de l'équité, notamment celle de sir Gerald Fitzmaurice (paragraphes 35 à 37 nommément, mais en fait presque toute l'opinion).

Les faits qui sont à l'origine de cette affaire sont trop connus pour qu'il soit nécessaire de les évoquer; l'arrêt répond à la question suivante : un Etat peut-il assumer la protection diplomatique de ses nationaux, actionnaires d'une société étrangère pour des dommages subis par cette société ? Si l'on pose que la nationalité est une des conditions de la protection diplomatique

(32) P. REUTER, « Quelques réflexions sur le vocabulaire du droit international », *La Comunità internazionale*, 1970, 2, p. 3.

(33) Parmi les cas où l'abus de droit a été mentionné, mais à titre de simple réserve on mentionnera l'affaire des zones franches (CPJI, A/24, p. 12) et celle relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie (A/7, p. 30). Dans l'affaire des jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco (CIJ, Recueil, 1956, p. 77), il apparaît bien que ce tribunal avait invoqué simultanément le détournement de pouvoir et l'abus de pouvoir; dans une opinion dissidente fortement motivée le juge Badawi s'est élevé contre la solution ici retenue et a soutenu qu'un juge international ne pourrait pas, sans une habilitation expresse, retenir un détournement de pouvoir comme un grief juridiquement fondé. Comme exemple d'une présentation d'un grief d'abus de pouvoir avec la terminologie du *common law* (*frustrate the purpose of the agreement*), on citera l'arbitrage rendu dans l'affaire de Tacna-Arica (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 944).

(34) Comme on l'a déjà fait observer, il y a bien des manières d'éviter de mentionner l'équité. Tout le vocabulaire et la technique de la recherche des discriminations interdites, en matière économique comme en matière de droits de l'homme, conduit à des appréciations de fait que l'on pourrait facilement placer sous le signe de l'équité. De même, la « rule of reason », le critère de *reasonableness* sont équivalents à la référence à des principes équitables. Ainsi lorsqu'après avoir énuméré neuf facteurs de détermination de la valeur en douane, en n'établissant entre eux aucun ordre de priorité, la CIJ décide que les autorités douanières « doivent en user raisonnablement et de bonne foi », on ne voit pas pourquoi elle n'aurait pas pu dire aussi « d'une manière équitable » (*Droits des ressortissants des Etats-Unis au Maroc, Recueil*, 1952, p. 212).

(35) *Recueil*, 1970, p. 3.

et que les dommages subis par la société ne sont pas les dommages subis par les actionnaires, la réponse de principe est négative. Mais l'on peut échapper à cette conclusion de plusieurs manières, soit en mettant en cause les principes eux-mêmes, soit en montrant qu'ils comportent des exceptions; dans les deux cas, on rencontre le problème de l'équité.

Si l'on s'en prend aux principes c'est évidemment à l'encontre de la notion de personne morale et de nationalité d'une société que l'attaque la plus directe sera lancée; on soutiendra notamment que la notion de nationalité d'une société doit ou devrait être remplacée par une notion beaucoup plus souple de *rattachement* (36); si l'on soutient qu'il en est déjà ainsi en droit, on rejette d'ores et déjà la réponse de principe; si l'on s'incline devant un droit positif mal adapté aux réalités du capitalisme moderne, on pourra regretter que les tribunaux internationaux ne puissent pas disposer de l'équité absolue et ne soient pas des tribunaux d'*equity*.

Mais l'on peut aussi, tout en acceptant les principes comme point de départ, examiner si ces principes, *dans l'espèce*, ne sont pas compatibles avec une autre conclusion. Il en sera ainsi s'ils comportent des exceptions dont on établirait le caractère coutumier. Mais il en sera aussi ainsi si l'on admet qu'il y a lieu de réserver une application de l'équité, non pas contre les principes mais bien selon les principes compte tenu des circonstances du cas d'espèce. Dans cette perspective on accepte la notion de « nationalité d'une société » et son rôle général suivant les règles classiques de la protection diplomatique; on accepte aussi un *certain* renvoi au droit interne de l'Etat en matière de nationalité, mais c'est le concept de personnalité de la société, distincte de celle des actionnaires qui reçoit ses limites par son assujettissement à ses propres fins (37). Si donc l'on admet que l'équité s'applique de cette manière, ce n'est pas seulement parce que l'équité est impliquée lorsqu'il s'agit de considérations liées à un cas d'espèce, mais parce qu'une fonction encore plus haute est impartie à celle-ci : la mise en évidence des fins propres de la règle juridique et, par là, de son contenu réel.

Les systèmes législatifs nationaux en reconnaissant l'existence de groupements collectifs apportent toujours quelques limites à leur personnalité « morale » : cela va de soi puisque la personnalité est un mécanisme partiellement artificiel. Mais de plus, et ceci intéresse l'équité, les tribunaux nationaux écartent dans certains cas les effets de la personnalité morale accordés par la loi lorsque la personnalité morale jouerait à l'encontre même des

(36) N'est-ce point l'opinion de Max Huber dans l'affaire *Ziat, Ben Kiran*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 729 ? La question est discutée.

(37) Paul DE VISSCHER, « La protection diplomatique des personnes morales (*Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1961, 102, 465), cité dans son opinion individuelle par sir Gerald Fitzmaurice, exprime cette idée dans les termes suivants : « Si, en principe, les actionnaires doivent subir le sort de la société, c'est parce que la personne morale est un sujet de droit capable de défendre par l'action sociale les intérêts que les actionnaires y ont engagés... Ils prêtent à la personne morale une part de leur personnalité et de leurs droits dans le but d'en obtenir un rendement accru et une protection plus efficace. Dès lors, si telle est la justification de l'unité de la personne morale, elle en est aussi la limite ».

fins que le législateur lui a assignées; dans ce cas, la jurisprudence met l'équité dans l'application de la loi au service d'un principe de finalité. On peut concevoir qu'il en soit de même des tribunaux internationaux; il en serait d'autant plus facilement ainsi que la personnalité morale d'une société relève d'abord du droit interne, quelles que soient les difficultés qui naissent ici des rapports du droit interne et du droit international (38).

L'affaire de la *Barcelona Traction* constitue-t-elle un précédent en ce sens ? Il n'est pas facile de le dire; tant l'arrêt que les opinions individuelles se ressentent d'une certaine perplexité suscitée par la confrontation avec le droit international public des questions posées par les groupes de sociétés; les problèmes étaient très difficiles et les contradictions logiques faciles, quelle que soit l'opinion professée.

Un fait est cependant certain. L'arrêt admet la pertinence de considérations d'équité et leur consacre dix paragraphes, sans discuter le principe même de l'application de l'équité par le juge international. Même si la Cour estime finalement que l'application de ces considérations ne se justifie pas en l'espèce, il est singulier qu'elle ait procédé si facilement à cet examen. Qu'est-ce donc que cette équité si aisément mise en œuvre ? La seule lumière qui soit dispensée tient dans la remarque suivante (39) :

« ... 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'est donc bien d'une équité dans l'application du droit qu'il s'agit. Une fois de plus, elle paraît tenir dans le critère de « *reasonableness* ». La Cour ne donne aucune autre précision de principe et les points qu'elle examine de ce chef sont loin de correspondre à toutes les considérations que l'on pouvait faire valoir pour examiner s'il y avait lieu de « soulever le voile » de la personnalité morale. Il faut donc distinguer soigneusement ce qui est l'analyse de la Cour d'une part, et ce qu'une autre analyse aurait pu tirer d'une espèce de ce genre. En ce qui concerne la Cour, elle ne fait que confirmer les possibilités *générales* de l'application du droit en fonction de considérations d'équité sans donner d'indication sur ce qu'est l'équité et la façon dont elle opère.

(38) Dans cette affaire, ces difficultés ont un peu désemparé les esprits. Pour les uns, il se serait agi de savoir si les actionnaires avaient selon le droit interne applicable (canadien ? belge ?) le droit d'agir à la place de la société; pour les autres, il s'agissait de savoir si d'après les « principes généraux du droit » les actionnaires disposaient de ces droits. Le paragraphe 50 de l'arrêt de la Cour pourrait être interprété, malgré ses contradictions, dans ce dernier sens cf. P. REUTER, *L'extension du droit international aux dépens du droit national devant le juge national, Mélanges offerts à Marcel Waline*, p. 257. Il serait plus simple de dire que ce que les tribunaux internes ont fait à propos des intérêts qui relèvent de leur compétence, le juge international peut le faire indépendamment du droit interne pour les questions dont il a la charge et notamment pour la protection diplomatique, car lorsqu'il s'agit de la personnalité morale la solution peut et doit varier selon les problèmes posés.

(39) *Loc. cit.*, § 93, p. 48.

Mais si l'on considère cette affaire sous l'angle des idées que l'on a exposées dans cette brève étude, le problème posé par l'affaire de la *Barcelona Traction* est un excellent exemple de ce que pourrait être une équité animée par un principe de finalité. La personnalité morale est un mécanisme formel, une technique juridique; normalement, le droit respecte les techniques qu'il institue et le droit international lui-même prend trop appui sur les institutions du droit interne pour ne pas faire état de ce que ce dernier établit. Mais le droit interne et les tribunaux chargés de l'appliquer écartent parfois certains des effets de ces mécanismes, et l'on ne voit pas pourquoi un tribunal international ne pourrait pas le faire après un examen minutieux des circonstances de chaque cas. Une telle perspective n'impliquerait ni un abandon de l'analyse classique, ni une « levée du voile » facilement et fréquemment accordée. Mais, étant donné les formules incertaines de l'arrêt de la Cour, il n'est pas certain que l'on puisse l'interpréter ainsi.

V

Pour conclure ces rapides aperçus sur une pratique internationale récente, on pourrait retenir les observations suivantes.

L'équité dans l'application du droit, notamment par l'arbitre et le juge, n'est pas absente de cette pratique; celle-ci non seulement la mentionne, mais insiste par de longs développements pour la situer dans le cadre du droit. Cependant, elle garde une grande discrétion sur ce qu'elle est et sur la manière dont elle opère. Ce silence s'explique sans peine.

L'hostilité historique qui pèse dans certains pays contre « l'équité des juges » et les difficultés que connaissent toutes les juridictions internationales pour faire reconnaître leur autorité et leur utilité pourraient justifier qu'un tribunal international hésite à aventurer une affirmation qui sera l'occasion de nouveaux griefs. Mais surtout, si l'on accepte avec la tradition la plus lointaine que le domaine propre de l'équité est l'adaptation au cas individuel, il y a nécessairement dans les opérations de l'équité des éléments qui échappent à la généralisation. Les pesées multiples que commande l'équité se font connaître plus facilement dans leur résultat global que dans leur détail.

Il n'en demeure pas moins que la référence à l'équité apparaît dans la pratique d'une manière irrégulière. Dans des espèces ou des situations qui semblent tout à fait comparables on trouve dans certains cas des références de vocabulaire à l'équité seule dans d'autres cas à l'équité et à d'autres notions (règle de raison, *frustration* ou abus de droit), dans d'autres cas à ces autres notions seulement, et dans d'autres cas encore il n'y a pas de référence à une notion quelconque.

On peut donc, d'un point de vue doctrinal très légitime, chercher à se placer au-delà du vocabulaire sur un terrain plus réel et construire le concept d'équité de manière à recouvrir une série de cas dans lesquels la pratique emploie ou non le vocabulaire de l'équité. C'est un peu ce que l'on a tenté de

faire dans les réflexions que l'on vient de lire. Il ne s'est pas agi toutefois à vrai dire de construire une notion mais plutôt de saisir dans l'équité en opération, des types de démarche, et pas davantage. Bien d'autres schémas pourraient être sans doute dégagés (40).

En effet, si l'équité est bien la voie qui permet de relier la règle générale au cas concret, et sur ce point l'accord est unanime, l'équité est inhérente à l'application du droit : elle est donc partout et offre un champ de recherche très étendu. L'attention qu'elle appelle variera toutefois suivant la longueur de la voie qui unit la règle et le cas individuel et suivant la nature du parcours. On veut dire par là que lorsque la règle est élaborée et précise elle s'applique facilement; lorsque la règle au contraire est énoncée en termes très généraux elle exige des analyses, des constructions et des relais substantiels. De même, le chemin est par nature plus facile quand il s'agit d'établir des équivalences que lorsqu'il s'agit d'établir des proportionnalités en choisissant des paramètres et en les évaluant concrètement; mais c'est peut-être quand il s'agit de retrouver et de faire triompher l'esprit d'une règle que la tâche de l'arbitre et du juge est la plus délicate.

Ces observations expliquent peut-être l'attitude de ces derniers.

Quant à raison de son contenu détaillé et précis la règle juridique conduit presque directement par elle-même à son application, il n'est pas utile de mentionner expressément qu'il faut encore mettre un peu d'équité pour réaliser sa concrétisation finale : cela va de soi et à quoi bon rappeler qu'au moins à très faible dose l'équité est partout ? Cela n'éclaire ni ne fortifie les arrêts de justice. A l'opposé quand il s'agit, remontant aux fins de la règle, de souligner des obligations ou des conditions que les apparences ne révélaient pas immédiatement, le juge ou l'arbitre mentionnera volontiers des figures juridiques plus précises et plus convaincantes par conséquent qu'une équité non qualifiée : c'est ainsi que l'on invoquera l'abus de droit ou la *frustration* du common law. L'équité se révèle ainsi nominativement dans la jurisprudence dans un champ plus restreint que celui qu'une analyse doctrinale lui assigne.

Toutes ces conclusions sont vraies à la fois dans les systèmes juridiques internes et dans le droit international public. Le regain d'intérêt qui est apparu récemment dans la pratique internationale tient surtout à ce que bien des règles ne peuvent être formulées, pour les raisons indiquées précédemment, que sous forme de principes très généraux et que des mutations ont frappé les Etats dans la société internationale actuelle : la puissance de l'homme sur la nature s'est étendue, mais à travers l'intervention de l'Etat et c'est aux Etats que les nouvelles richesses sont attribuées; les sociétés hu-

(40) L'ancien droit comme le droit canon avaient ainsi élaboré une théorie des *dispenses* basée surtout sur des considérations individuelles. A quelles conditions subsiste-t-il dans le droit administratif (par exemple concernant les règlements de police) un droit de dispense ? A quelles conditions un Etat peut-il être dispensé des réglementations économiques internationales qui s'imposent normalement à lui ? Y aurait-il place encore pour une analyse générale qui monterait ici le rôle de l'équité ?

maines ici se fragmentent, là s'unifient; de nouvelles répartitions des éléments constitutifs des Etats en résultent; ainsi naissent les nouveaux domaines de l'équité.

L'équité apparaît alors pour le droit international comme un révélateur de sa force comme de sa faiblesse : de sa force parce qu'elle atteste la vitalité et l'enrichissement continu du droit, de sa faiblesse aussi : pour être acceptées de tous et valoir pour tous les cas, les règles doivent souvent être formulées en termes très généraux, mais pour être appliquées elles dépendent de la sagesse des négociateurs et, quand les gouvernements l'acceptent, des arbitres et des juges.