

# LA SIGNIFICATION DES PRINCIPES EQUITABLES DANS LE DROIT INTERNATIONAL CONTEMPORAIN

par

M. CHEMILLIER-GENDREAU

Professeur à l'Université de Reims

Le point de départ de cette réflexion est dans le renouveau de la notion d'équité en droit international contemporain sous la forme de « principes équitables » ou la notion d'« utilisation équitable » (1).

Ce renouveau date nous semble-t-il de 1945 et de l'ère nouvelle qui s'est ouverte alors pour le droit international. La nouveauté apparaît d'un double point de vue : sur le plan de la forme juridique parce que la Charte des Nations-Unies s'impose comme un texte à portée générale et universelle et que les Nations-Unies ont impulsé un processus de codification dans le domaine du droit international comme la société internationale n'en avait encore jamais connu; et sur le plan du contenu des normes, à la fois parce que ces normes doivent régir des rapports nouveaux tenant au développement et à l'intensification de nouvelles relations commerciales, sociales, technologiques entre les Etats, et parce que ces normes doivent régir les rapports entre Etats et groupes d'Etats à systèmes sociaux très différents.

Une certaine logique pourrait conduire à penser que l'effort de codification du droit et la construction a priori de solutions juridiques plus perfectionnées et plus complètes, entraînerait une moindre place de la notion d'équité. Cette logique pourrait consister à dire que le droit international du 19<sup>e</sup> siècle ou de la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle faisait une place d'autant plus grande à l'équité que le droit était moins construit, mais que les progrès de celui-ci diminueraient l'importance de celle-là.

Force est de constater qu'il n'en est rien. L'équité et les principes équitables sont évoqués avec une grande fréquence et une grande importance dans des domaines aussi divers et aussi importants que le respect des droits de l'homme, le fonctionnement de la justice internationale, le droit de la mer, le

(1) On verra plus loin ce que l'on peut penser de la distinction entre l'équité et les principes équitables. Nous en faisons pour l'instant une assimilation provisoire.

droit international économique et plus particulièrement le droit qui régit la question de l'indemnisation en cas de nationalisation.

La Charte des Nations-Unies elle-même fait mention de l'équité à l'article 73 à propos des territoires non autonomes où il est dit que les Etats acceptent :

« d'assurer en respectant la culture des populations en question, leurs progrès politique, économique et social, ainsi que le développement de leur instruction, de les traiter *avec équité* et de les protéger contre les abus ».

Le jugement *ex aequo et bono*, en *équité* est autorisé pour la Cour Internationale de Justice par l'article 38 par. 2 de son statut « si les parties sont d'accord ».

Mais lorsque près de deux décennies plus tard est créée l'Organisation de l'unité africaine, le Protocole de la Commission de médiation, de conciliation et d'arbitrage par ses articles 29 et 30 (2) donne à l'équité une place beaucoup plus importante puisqu'elle est première et non plus seconde par rapport au droit international.

Mais au-delà des mécanismes juridictionnels internationaux, les références à l'équité ou aux principes équitables se sont multipliées dans tous les grands textes internationaux contemporains. Notre propos ici n'est pas d'en faire une liste exhaustive. Mais pour montrer la variété des domaines dans lesquels il est fait appel à l'équité, on citera :

- Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966. Il se réfère à l'équité sur deux questions fondamentales : la rémunération du travail par un salaire *équitable*, et la répartition *équitable* des ressources alimentaires mondiales (3).
- Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 prévoit à son article 14 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue *équitablement* et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi »...
- Le droit de la mer en formation tel qu'il se construit à la 3ème conférence des Nations-Unies ouverte maintenant depuis plusieurs années, mais tel qu'il découle aussi des décisions juridictionnelles ou arbitrales qui ont pu

(2) Art. 29 par. 2 : « Le compromis peut spécifier la loi qui sera appliquée par le Tribunal et la latitude, si les Parties sont d'accord de juger, *ex aequo et bono* »...

Art. 30 : *En l'absence dans le compromis* de toutes dispositions concernant la loi applicable, le Tribunal d'arbitrage tranche le litige conformément aux Traités conclus entre les Parties, au droit international, à la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, à la Charte des Nations-Unies et, si les Parties sont d'accord, *ex aequo et bono* ».

(3) Art. 7 de ce Pacte :

« Les Etats Parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir des conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment :

a) la rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs : un salaire *équitable* »...

Art. 11 du même Pacte, par. 2 b) :

« Les Etats... adopteront... les mesures nécessaires, y compris des programmes concrets :

... pour assurer une répartition *équitable* des ressources alimentaires mondiales par rapport aux besoins. ».

être prises, fait un large usage des principes équitables. L'article 83 du projet de convention sur le droit de la mer (4) prévoit que la délimitation du plateau continental entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice, de façon à aboutir à *une solution équitable*.

L'article 140 au même texte à propos de l'exploitation par l'Autorité Internationale des fonds marins des ressources de ces fonds prévoit que « l'autorité établit un mécanisme approprié, sur une base non discriminatoire, pour assurer le *partage équitable* des avantages financiers et autres avantages économiques retirés des activités menées dans la Zone... »

Dans ce cadre d'un droit de la mer en formation, il faut noter aussi l'émergence du concept d'utilisation équitable des ressources naturelles (5) et de celui d'Etats géographiquement désavantagés (article 254 du projet de convention) qui inclut la notion d'équité.

Les références à la notion d'équité ou de principes équitables sont sans doute encore plus fréquentes dans le domaine du droit international économique proprement dit. La Charte des droits et des devoirs économiques des Etats approuvée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 14 décembre 1974 et ouverte à la signature, et à la ratification des Etats, emploie dans son Préambule six fois les termes équité ou équitable, et l'on retrouve ces termes dans le texte lui-même au Chapitre 1 puis aux articles 10, 14, 26, 28, 29 à propos de *partages équitables*, *prix équitables*, *échanges équitables*, etc.

De plus la jurisprudence internationale dans le domaine de l'indemnisation pour nationalisation, a fait un large usage sur lequel on reviendra de la notion d'*indemnisation équitable*. Notons enfin dans ce domaine du droit international économique, l'émergence du concept d'inégalité compensatrice, qui comme celui d'Etat géographiquement désavantagé est relié au concept d'équité.

Ce rapide bilan confirme donc la très grande importance des notions d'équité et d'« équitable » au cœur des grands secteurs du droit international, ceux qui sont en pleine création et qui ont pour objet de déterminer les relations sociales dans des activités fondamentales : droits de l'homme, droit de la mer, droit des investissements.

La doctrine n'a pas manqué de se pencher sur cette importance de l'équité ou des principes équitables, peut-être en mettant davantage l'accent sur la première que sur les seconds, et il existe sans doute des nuances entre les deux formulations.

(4) Projet de convention sur le droit de la mer (Texte officieux), 22 septembre 1980 A/Conf. 62/WP.

(5) Voir l'étude très complète sur ce sujet de Gunther Handl « The Principle of « Equitable Use » as Applied to Internationally Shared Natural Resources : its Role in Resolving Potential International Disputes over Transfrontier Pollution » in *Revue Belge de Droit International* 1978 p. 40.

Mais les études faites sur cette question<sup>(6)</sup> laissent toutes ouverte la question difficile de la signification de ce renouveau dans le droit international, de ce qu'il peut nous apprendre sur le contenu même du droit. Et c'est sur cette question que nous souhaitons ici apporter notre contribution.

Deux remarques méthodologiques éclaireront notre démarche :

1) Il nous semble qu'on ne peut éliminer les perturbations logiques qu'engendre la notion d'équité dans le raisonnement habituel des juristes, qu'en introduisant dans l'analyse la méthode dialectique basée sur l'examen des contradictions sociales. Elle lie la force obligatoire de la règle de droit au dépassement de la contradiction (7); elle explique donc la désuétude de la règle de droit par l'émergence d'une seconde contradiction plus forte que la première et dont le dépassement nécessitera la formulation d'une nouvelle norme. Cette méthode on le sait, suppose un abandon des positions habituelles des positivistes comme de celles des idéalistes.

2) Cette méthode dialectique interdit par sa démarche même, que l'on opère la moindre coupure entre la règle de droit et la réalité complexe des faits qu'elle exprime. L'analyse nous amène évidemment à distinguer les niveaux ou instances de la vie sociale (niveaux juridique, idéologique, économique, stratégique, etc.). Mais cette distinction utile et clarifiante n'est fructueuse que si dans la même démarche on travaille à montrer les liaisons réciproques qui s'établissent entre ces différentes instances.

Cette démarche se situe strictement à l'opposé de celle des positivistes qui situent leur analyse entièrement et exclusivement à l'intérieur de l'instance juridique et qui sont donc tout naturellement conduits aux analyses formelles. Et il est vrai que si l'on s'enferme dans la sphère juridique, la référence à l'équité et aux principes équitables est tout à fait inexplicable. Car cette référence vise des situations dans lesquelles le droit est en étroite connexion avec la réalité économique (*salaires équitables, partage équitable, indemnisation équitable*, etc.) et où le concept utilisé pour gérer cette réalité économique est un concept idéologique puisque les auteurs s'entendent unanimement à reconnaître que l'équité, c'est « le sentiment du juste et de l'injuste » reprenant ainsi la définition d'André Lalande (8).

La signification juridique de l'équité et des principes équitables ne peut donc s'établir qu'à partir d'une analyse complexe tenant compte des liaisons que la réalité établit entre les différentes instances de la vie sociale. C'est par

(6) Voir, pour ne citer que certains travaux de langue française : V.D. Degan. « *L'équité et le droit international* », M. Nijhoff, La Haye, 1970. Ch. De Visscher. « *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public* », Pedone, 1972. O. Pirotte. « La notion d'équité dans la jurisprudence récente de la Cour Internationale de Justice. », *R.G.D.I.P.*, 1973. D. Bardonnet : « *Equité et frontières terrestres* » *Mélanges P. Reuter*, Pedone, 1981.

(7) Voir les travaux de Charles Chaumont, particulièrement « A la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international » in *Réalités du Droit International contemporain - Actes des 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> rencontres de Reims - 1974-1975*.

(8) « *Equité : sentiment sûr et spontané du juste et de l'injuste, en tant surtout qu'il se manifeste dans l'appréciation d'un cas concret et particulier.* » *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., Paris, 13<sup>e</sup> éd. 1980, p. 295.

cette méthode, que nous nous attacherons à analyser d'abord l'impossibilité d'une fonction proprement juridique de l'équité et ensuite sa fonction d'idéologie régulatrice dans le processus juridique.

# I. L'IMPOSSIBILITE D'UNE FONCTION PROPREMENT JURIDIQUE DE L'EQUITE ET DES PRINCIPES EQUITABLES

La doctrine occidentale contemporaine mêle sur cette question et parfois chez les mêmes auteurs des analyses positivistes et des points de vue idéalistes. En préalable elle avoue généralement d'emblée son embarras devant cette notion d'équité « insaisissable » (9) qui « appartient aux jugements de valeur » et est affaire non de déduction, mais « d'intuition » (10). Certains vont même plus loin et dans une attitude toute religieuse devant un concept qui refuse d'entrer dans leurs analyses confessent que « l'équité triomphe, mais garde son mystère » (11).

1) Cependant non sans un certain courage la doctrine contemporaine *positiviste* a tenté d'enfermer et de domestiquer l'équité dans la sphère du droit en tentant deux démarches aussi difficiles l'une que l'autre et peu convaincantes dans leurs résultats : préciser où se situe l'équité dans les catégories formelles des normes juridiques et lui donner un contenu concret qui permette au droit d'accomplir la fonction que ces auteurs lui assignent habituellement : c'est-à-dire d'objectiver les situations.

a) La place de l'équité par rapport aux catégories des sources du droit

L'examen de ce problème suppose résolue une question préalable : l'équité est-elle dans le droit ou hors du droit ?

Cette première question est née sans doute de l'introduction à l'article 38 par. 2 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale de 1920, de la possibilité pour le juge de statuer si les parties l'y autorisaient, *ex aequo et bono*. Cette possibilité reprise en 1945 par le Statut de la Cour internationale de Justice se présentait comme une alternative par rapport à la possibilité de juger sur la base du droit international dans ses diverses catégories de normes. Et malgré l'absence d'usage fait de cette possibilité par les deux cours successives et donc par les Etats (12) la doctrine a déduit de cette

(9) D. Bardonnet *op. cit.* p. 35. « C'est toujours avec quelque appréhension, et peut-être avec quelque témérité, que le juriste aborde le thème de l'équité, tant la notion en paraît insaisissable, ses rapports avec le droit source de controverses, et tant il est malaisé d'en dégager, même dans un domaine limité, l'exacte fonction. »

(10) Ch. De Visscher - *op. cit.* p. 4.

(11) Paul Reuter - « Quelques réflexions sur l'équité en droit international ». Cette *Revue* 1980, p. 165.

(12) Voir Degan, *op. cit.* p. 214 et suivantes.

possibilité théorique la question de savoir si dans un éventuel jugement en équité, celle-ci serait utilisée dans le cadre du droit existant (*infra legem*), au-delà de ce droit c'est-à-dire pour en combler les lacunes (*praeter legem*) ou en contradiction avec le droit positif existant (*contra legem*).

Si la clause de jugement *ex aequo et bono* a été boudée par les parties aux statuts des deux cours internationales, elle a, par contre, connu des applications dans le cadre d'arbitrages internationaux qui ont permis d'appliquer cette distinction.

C'est le troisième cas évidemment, celui d'une équité *contra legem* qui pose le plus de problèmes à la doctrine et aux tribunaux arbitraux eux-mêmes puisqu'il y a là le pouvoir d'écarter le droit positif pour des raisons équitables, c'est-à-dire l'aveu d'une contradiction entre l'équité et le droit. Dès lors il faut bien admettre si l'on s'attache aux formes du droit, que l'équité se situe en dehors de ces formes, au moins dans cette hypothèse.

Même si la doctrine abandonne cet épineux problème sans solution satisfaisante, il lui reste à résoudre quelques autres problèmes de qualification.

Elle se réjouira de voir les principes équitables revêtus d'une force juridique conventionnelle qui permet de les inclure dans une catégorie connue de normes internationales (c'est le cas des différents exemples que nous avons donnés dans les pages précédentes).

Mais elle continuera de s'interroger lorsque le juge utilise l'équité *infra legem* ou *praeter legem*

Car s'il s'agit d'une règle de droit non-écrite, la doctrine (positiviste en tout cas) cherche ses références dans les catégories connues : principes généraux du droit, coutume, règles de droit impératif général (13). Elle conclut généralement que l'équité se situe en dehors de ces catégories et dès lors elle se trouve désarmée par l'échec d'une démarche qui lui est familière.

#### b) L'impossible définition matérielle

Ayant échoué à classer l'équité dans des catégories formelles connues, réussira-t-elle mieux à en donner une *définition matérielle* afin que le juge qui se décidera à recourir à l'équité comme base de son jugement, ou qui trouvera dans le droit positif la mention des principes équitables (dans les deux cas il est confronté au même problème du contenu) soit guidé *objectivement* vers la solution du litige ?

Rien n'est moins sûr et nous entrons là au vrai cœur du problème.

La démarche juridique habituelle prétend fixer les rapports sociaux et assurer la paix sociale par la sécurité juridique à partir d'une démarche d'objectivation des situations. Il s'agit de fixer des règles générales en précisant les critères de qualification, de manière, face à des situations particu-

(13) Voir *Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de Droit International*, 1972.

lières, à pouvoir opérer la qualification et donc appliquer les règles générales préalablement élaborées.

Dès lors régler une question en équité, si on ne veut pas par là la renvoyer à l'arbitraire personnel de ceux qui la régleront, exige de donner un contenu précis à cette équité (14). Les auteurs s'accordent tous pour refuser que ce contenu soit dans le concept mathématique d'une stricte égalité (voir plus particulièrement à cet égard la décision arbitrale du 30 juin 1977 entre la France et la Grande-Bretagne pour la délimitation du plateau continental : « Le rôle de l'équité n'est pas d'engendrer une égalité absolue de traitement mais de remédier de façon convenable aux effets inéquitables de déviation d'une caractéristique géographique », et celle de la Cour internationale de Justice du 20 février 1969 entre la République Fédérale Allemande, le Danemark et les Pays-Bas : « Il ne s'agit 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 »). Pourtant la tentation d'une référence à un concept mathématique se retrouve dans toutes les tentatives d'objectivation de l'équité.

Elle est présente en particulier dans l'étude précitée de Paul Reuter. Il propose de concrétiser l'équité sur les bases suivantes : principes d'équivalence, de proportionnalité et de finalité. Mais en réalité il s'agit là de trois notions abstraites, fortement tautologiques par rapport à la notion d'équité. Le principe de finalité ne peut en aucun cas donner un contenu à l'équité. Il indique seulement et de manière surabondante que l'utilisation de l'équité pour régler une situation internationale suppose que le but de la démarche opérée soit bien l'équité.

Quant aux principes d'équivalence et de proportionnalité qui sont bien des notions mathématiques, ils ne sauraient pas non plus remplir une fonction de matérialisation de l'équité. L'impasse réside en ceci : l'équité et les principes équitables sont invoqués pour régler, on l'a vu dans les exemples pris en introduction, des questions très différentes par nature, dont certaines sont de pures questions de droits et de statuts (ex. : l'art. 73 de la Charte des Nations Unies qui oblige les Etats à traiter *avec équité* les populations des territoires non autonomes, ou l'article 14 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques qui prévoit que chacun a droit à ce que sa cause soit entendue *équitablement*) et dont d'autres ouvrent des problèmes quantifiables : salaires, répartition de ressources, répartition des territoires terrestres ou maritimes, indemnisations etc.

(14) Dans l'affaire du plateau continental entre la Tunisie et la Jamahiriya arabe Libyenne (arrêt de la C.I.J. du 24 février 1982) le juge A. Gros dans son opinion dissidente déplore que l'arrêt n'ait pas réussi à donner ce contenu précis à l'équité.

Il écrit notamment : « ... ainsi conçu, l'arrêt n'assure pas une solution juste du problème posé. Qualifier une limite et sa motivation d'équitables ne peut suffire, à prouver l'équité : un arrêt n'est équitable que s'il établit le droit entre les Parties ». Recueil C.I.J., p. 156.

Il est clair que, pour les premières questions, la seule notion de formulation mathématique qui pourrait donner un contenu à l'équité serait celle d'*identité* de traitement. Les Etats devraient alors assurer des droits *identiques* aux populations concernées. Ce n'est pourtant ni la notion à laquelle on se réfère expressément pour donner un contenu à l'équité ni celle que l'on applique.

Quant aux questions quantifiables, le recours aux mathématiques paraît rassurant. Cependant ni l'équivalence, ni la proportionnalité ne donnent de solution rigoureuse. Les mathématiques sont en effet des formes abstraites, la formalisation par excellence. Mais les principes d'équivalence ou de proportionnalité supposent un référent précis pour ne pas rester à un niveau d'approximation trop grossière.

Le principe d'équivalence est utilisé dans les transformations physiques ou chimiques et suppose des unités de mesures connues pour qu'on puisse fixer des quantités équivalentes.

Quant au principe de proportionnalité, il suppose lui aussi une référence connue. Si l'on cherchait à l'appliquer au partage des territoires maritimes (et la jurisprudence sur ces questions a parfois utilisé ce concept) il faudrait fixer si le partage doit se faire proportionnellement à la longueur des côtes, à la masse terrestre, à la population ou au revenu national de chaque Etat par exemple (15). De même si on cherche à l'appliquer au calcul de l'indemnisation en cas de nationalisations de biens étrangers il faudrait préciser si l'indemnité doit être proportionnelle à la valeur comptable ou à la valeur vénale des biens.

En réalité ce principe n'a pas été appliqué dans son sens mathématique précis, mais plutôt comme une indication générale (Le Tribunal arbitral dans l'affaire du Plateau continental entre la France et la Grande-Bretagne cherche à remédier à une « disproportion », à éviter les effets disproportionnés ») (16).

(15) La Cour internationale de Justice s'y est essayée dans l'arrêt précité du plateau continental entre la Tunisie et la Libye du 24 février 1982, aux paragraphes 103, 130 et 131.

Elle utilise comme référence pour dégager cette proportionnalité, la longueur des côtes des Etats en cause (Recueil p. 76). Et après avoir rappelé que « l'aspect essentiel du critère de proportionnalité est simplement de comparer ce qui est comparable, la Cour note « que le rapport entre les longueurs des côtes libyenne et tunisienne pertinentes est approximativement de 31 à 69... Pour ce qui est des surfaces de fonds marins elle note que, dans la région considérée aux fins d'une délimitation effectuée selon la méthode indiquée, les zones de plateau relevant de l'un et de l'autre Etat au-delà de la laisse de basse mer sont approximativement dans le rapport suivant : Libye : 40; Tunisie : 60 ».

Et alors que la Libye passe donc de 1,3/3 de longueur de côtes à 2/3 de zones de plateau continental, la Cour conclut curieusement : « De l'avis de la Cour, ce résultat qui tient compte de toutes les circonstances pertinentes, paraît satisfaire au critère de proportionnalité en tant qu'aspect de l'équité ». Recueil p. 91.

Le juge A. Gros conclut alors dans son opinion dissidente : « En recherchant l'égalité alors que les deux Etats ne sont pas sur le même plan, la proportionnalité dans des calculs arbitraires et en ignorant les particularités géographiques pertinentes ainsi que leur effet sur la délimitation, l'arrêt s'est égaré dans le subjectivisme. » Recueil p. 156.

(16) Les efforts pour utiliser les mathématiques vont quelquefois encore plus loin, mais sans davantage de succès semble-t-il. C'est ainsi qu'un juriste espagnol (Azcarraga) avait proposé une

L'inadaptation des notions mathématiques pour remplir cette boîte vide que semble être l'équité est flagrante enfin dans l'histoire de la ligne médiane ou principe d'équidistance et de son insuffisance à devenir le principe universel de délimitation des territoires maritimes.

En effet après la proclamation Truman et avec l'évolution de l'utilisation par les Etats des territoires maritimes, il a fallu, dans les années 50, régler la question des délimitations de zones maritimes (eaux territoriales, plateau continental, zone économique exclusive) entre Etats limitrophes ou se faisant face.

Surgissait alors une question très intéressante et nouvelle par la façon dont elle se présentait. Où trouver un principe satisfaisant de délimitation et d'application générale à toutes les hypothèses qui se présenteraient ?

Les auteurs de la Convention de Genève du 29 avril 1958 crurent le trouver dans une formulation basée sur la géométrie. Il s'agit du principe de l'équidistance. La délimitation se fait par la ligne médiane dont chaque point est équidistant des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun de ces Etats. Et dans le texte de 1958 ce principe s'appliquait aussi bien pour délimiter les eaux territoriales que les plateaux continentaux respectifs des Etats.

Ce recours à une notion purement géométrique à application automatique semblait parfaitement rassurant aux regards de la justice.

Mais les caprices et l'infinie variété de la géographie entravent la perfection du mécanisme. En effet celui-ci donne ce que l'on attend de lui, c'est-à-dire une répartition équitable si les lignes de base des Etats sont des lignes droites, ou s'il s'agit d'une frontière de courte distance, comme celle des eaux territoriales; mais si les lignes de base respectives des Etats sont des lignes brisées, l'effet de projection des angles de brisure sur la ligne médiane lui donnera une allure parabolique désavantageuse pour l'un des Etats, et l'équidistance engendrera l'iniquité. Avec l'extension des juridictions nationales à de fortes distances (200 milles marins pour la zone économique exclusive et plus si le plateau continental se poursuit au-delà) la frontière maritime latérale entre deux Etats peut être fort longue et le désavantage engendré par l'application géométrique de l'équidistance considérable.

C'est ce dont les Etats ont pris conscience dans les années 60 et c'est ce qui explique l'évolution des formulations dans la travaux de la 3ème conférence des Nations-Unies sur le droit de la mer.

formule pour corriger l'inégalité dans la répartition des plateaux continentaux :

$$(H \times \text{km}^2) \times C/S \times 100$$

$H \times \text{km}^2$  = nombre d'habitants au  $\text{km}^2$

$C$  = longueur du littoral en  $\text{km}^2$

$S$  = superficie du territoire national en  $\text{km}^2$

L'ensemble de cette formule donnerait la longueur en milles des eaux juridictionnelles.

Cela donnerait pour l'Espagne : 46,8 milles; la France : 45 milles; l'Angleterre : 25 milles; les Etats-Unis : 28,2 milles.

On voit bien les raisons de l'échec de cette formule. Le choix des variables ne fait qu'institutionnaliser les inégalités.

Pour la frontière entre les eaux territoriales, ce texte évoque la ligne médiane *sauf* existence de titres historiques ou d'autres circonstances spéciales. Et pour la frontière entre les zones économiques exclusives ou les plateaux continentaux le texte après s'être référé aux « *principes équitables* » en prenant le cas échéant pour référence la ligne médiane ou la ligne d'équidistance et en tenant compte de tous les aspects de la situation dans la zone considérée », s'en tient dans la version actuellement arrêtée à dire ; « la délimitation de Plateau Continental entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice de façon à aboutir à une solution équitable », c'est à dire à éliminer complètement la référence à l'équidistance.. »

Voilà donc le droit positif amené à se référer aux principes équitables pour éviter les inconvénients d'une notion géométrique dont on avait cru obtenir la meilleure objectivation des situations.

La quête d'un contenu concret objectivant pour la notion d'équité révèle ainsi ses limites. Une première conclusion négative se dégage ici. *C'est l'impossibilité en droit positif contemporain de classer l'équité parmi les sources formelles du droit international, ou de lui donner un contenu matériel concret.*

Comment s'en étonner puisque l'on a vu que la définition donnée de l'équité relevait pleinement du subjectif : *sentiment* du juste et de l'injuste ?

2) Cela nous conduit à un autre versant des analyses doctrinales, qu'il faut explorer maintenant; il s'agit de l'apport de l'idéalisme juridique à cette question.

On sait que l'idéalisme juridique se caractérise par la croyance à l'*idée* de Droit (17) dont le contenu rejoindrait l'*idéal* de justice. Mais pour que le droit réalise l'idéal de Justice, il est indispensable d'opérer la démarche déjà citée, à savoir d'objectiver les situations. La norme juridique théorique et abstraite définira des catégories de situations et prévoira les statuts juridiques de ces catégories. Devant une situation concrète il suffira de reconnaître à quelle catégorie elle appartient (c'est-à-dire de la qualifier) pour que s'en suive le statut prévu. Et parce que la norme théorique a été conçue froidement et généralement en dehors des passions que soulèvent les situations individualisées, elle exprimera la justice objective. Son application à un cas précis sera une opération d'objectivation des situations.

Encore faut-il que la norme générale ait un contenu objectif précis, qu'elle distribue les droits, les pouvoirs ou les biens selon des critères sûrs, applicables indifféremment par n'importe qui, parce qu'ils ne dépendront en aucune manière de celui qui les applique, mais seront extérieurs à lui.

Dès lors que l'opération juridique qui se veut opération d'objectivation, va devoir se faire en référence à l'équité (et là peu importe qu'il s'agisse d'une équité extérieure au droit ou incluse dans la norme par mention de principes

(17) Voir les travaux de Georges Burdeau, dans le *Traité de Science Politique* L.G.D.J.

équitables, l'effet sera le même) et que l'on s'accorde (ce qui est généralement le cas) pour définir l'équité comme le sentiment du juste et de l'injuste, une contradiction irréductible apparaît qui voue l'opération juridique à l'échec. Qui dit « sentiment » dit subjectivité; chaque sujet éprouvera des sentiments différents, en fonction de son psychisme, de sa morale personnelle, de la morale sociale de son environnement du moment, de sa perception des situations, de l'idéologie ou des idéologies qui l'imprègnent.

C'est ainsi, comme on l'a rappelé plus haut, que la règle de l'équidistance pour délimiter les territoires maritimes d'Etats limitrophes ou se faisant face, volonté d'objectivation maximum par appel à la géométrie a pu engendrer chez les juges ou arbitres qui y étaient confrontés un sentiment d'injustice (18).

La totale subjectivité dont est empreinte l'équité apparaît bien dans une affaire arbitrale peu connue qui avait opposé à la fin du 19<sup>e</sup> siècle la Grande-Bretagne et le Transvaal sur le problème du traitement des personnes de couleur immigrées des colonies britanniques dans cette république sud-africaine (19).

L'arbitre avait déclaré : « je considère qu'il est *équitable* et juste... que la République Sud-Africaine soit tenue et ait le droit, en ce qui concerne le traitement des Indiens et autres commerçants asiatiques, sujets britanniques, de donner pleinement force et effet aux dispositions de la loi n° 3 de 1895... ».

Cette loi permettait au gouvernement Sud-Africain non seulement de refuser la nationalité sud-africaine à ces personnes, et de leur interdire la propriété foncière, mais encore de leur assigner des rues et des quartiers spéciaux.

L'arbitre s'appuie, en le citant, sur un auteur qui aurait écrit dans *Law Quarterly Review* (vol. 10, p. 269) : « La *justice* de l'exclusion des Chinois est évidente si nous comprenons tout d'abord que c'est une question de vie ou de mort pour la race européenne que de conserver pour elle-même des régions tempérées telles que les Etats-Unis et l'Australie, qui sont les seules dans lesquelles elle peut vivre en bonne santé. Car l'extermination industrielle du travailleur blanc est le résultat inévitable de l'immigration chinoise illimitée... Le travailleur blanc ne peut subsister avec le salaire du Chinois, dont les besoins sont moindres, ce qui provient essentiellement de son stade moins élevé de civilisation... En un mot, la *justice* envers les Européens exige l'exclusion des Chinois ».

Nous voilà ici en face des *sentiments* du juste et de l'injuste de cet arbitre et de l'auteur auquel il se réfère. Ces sentiments sont loin d'être universellement partagés. Beaucoup d'autres devant les situations décrites ici et justifiées en équité éprouvent au contraire un violent sentiment d'injustice.

(18) Notre plume sur sa lancée a failli écrire ici « à juste titre » ce qui était au fond dire à cette occasion *notre* sentiment personnel.

(19) Affaire citée par V.D. Degan *op. cit.* p. 110 Royaume-Uni-Transvaal. Affaire sur la question d'immigration - sentence arbitrale rendue le 2 avril 1895 par l'arbitre unique Melius de Villiers, président de la Cour Suprême d'Orange.

Cet exemple nous permet ici d'introduire un autre problème sur lequel on reviendra plus loin car il est important. C'est celui des rapports du droit et de la durée. L'appel à l'équité pour fonder une décision de droit traduit souvent les difficultés de ces rapports. Le sentiment du juste et de l'injuste qui est différent d'une personne à l'autre, est aussi différent d'une époque à l'autre.

Dans le compromis arbitral imposé au Venezuela en 1903 par plusieurs Puissances dont les nationaux avaient subi des pertes dans les événements révolutionnaires survenus dans ce pays, était inscrite une clause selon laquelle les arbitres devaient juger « sur la base d'une *équité absolue* sans tenir compte d'objections de caractère technique ou de prescriptions de la législation locale ».

Le principe en fut abandonné par la suite, infirmant les termes d'équité absolue et confirmant la relativité, d'une époque à l'autre comme d'une personne à l'autre, de la notion d'équité.

Cette situation ne laisse pas de mettre les auteurs mal à l'aise. Le subjectivisme de l'équité n'est-il pas à la source de la loi du Talion que les systèmes juridiques contemporains récusent dans sa brutalité ?

La gêne de la doctrine transparait fréquemment. Elle est partagée par certains arbitres : la sentence arbitrale du 25 septembre 1873 entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni (Commission mixte de Washington-Newport affaire *Sir William Peel*) rapporte ainsi le plaidoyer des Etats-Unis : « Les véritables justice et équité sont reconnues par tous les tribunaux judiciaires, internes ou internationaux comme pouvant être atteintes seulement par des règles et des principes bien définis et établis, d'application générale. Si l'on perd de vue cette idée, c'est au fond la fin de toute justice aussi bien que de toute équité; et les droits des parties sont confiés à la volonté et au caprice absolu et incontrôlés du magistrat, au lieu de l'être à la protection de la loi » (20).

L'embarras transperce dans des définitions pleines de contradictions comme celle de L. Delbez pour qui l'équité est « comme une forme supérieure et raffinée de la justice, qui *s'oppose* à la justice légale ou au *droit* strict, et qui loin d'être étrangère à une saine application du droit, lui est *inhérente* et entre dans la mission normale du juge » (21). Il y a ici contradiction irréductible dans le fait de « s'opposer » tout en étant « inhérente ».

La difficulté pour les tenants de l'idéalisme juridique est de re-situer l'équité dans un système juridique complet qui assure la marche vers la justice et qui ne soit pas au contraire un aveu d'échec sur ce point. Et à cet égard on peut recenser deux tendances.

a) La première pourrait être qualifiée d'harmoniciste. Charles De Visser en est le meilleur représentant. Il est certainement parmi les auteurs qui

(20) La Pradelle, A. et Politis, N., *Recueil des arbitrages internationaux*, t. III, p. 333.

(21) L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> édition, 1964, p. 481.

se sont intéressés à l'équité celui qui, tout en restant dans le cadre juridique, en fait l'analyse la plus élargie.

En effet il intègre à son analyse la dimension historique c'est-à-dire les rapports du droit et de la durée, et la dimension sociale.

« Toute étude de l'équité relève d'une perspective historique de la formation du droit. C'est au fil des années que les règles du droit international positif, longtemps tenues pour satisfaisantes, découvrent leur inadaptation plus ou moins prononcée à des besoins nouveaux, la nécessité de parer à leurs déficiences par l'appel à une justice élargie... les applications équitables mettent en lumière le fondement social de la règle de droit, l'esprit des institutions internationales » (22).

L'auteur ne met pas en doute que ce processus réalise l'équité. Mais son analyse qui est certainement, de toutes celles que nous connaissons, celle qui va le plus loin dans la réflexion, voit dans l'équité un équilibre *impartial* et raisonné des intérêts.

Cet auteur veut à la fois concilier le droit et l'équité et aboutir à une définition de l'équité. Sa recherche est intéressante car il s'agit d'une démarche de limitation du subjectivisme. Pour lui la définition d'André Lalande est exacte mais incomplète. La définition de l'équité comme sentiment est trop subjective. Il affirme qu'il y a des éléments externes.

Mais à nos yeux il ne sort pas de la difficulté méthodologique lorsqu'il écrit : « tandis que le droit positif, adossé à des principes et à des règles, opère par déduction, c'est par une démarche directe de l'esprit que l'équité en découvre les carences et en corrige les injustes rigueurs. C'est affaire non de déduction par principes et règles, mais d'intuition » (23).

Mais l'intuition étant, selon l'auteur citant Lalande, « vue directe et immédiate d'un objet de pensée actuellement présent à l'esprit et saisi dans sa réalité individuelle », on conviendra que l'opération d'objectivation recherchée par le processus juridique n'est guère atteinte de cette manière.

L'auteur progresse donc seulement de notre point de vue par le fait qu'il reconnaît en l'équité une notion contingente et historique d'harmonisation : « conciliation historique des intérêts en conflit ». Daniel Bardonnnet rejoint cette analyse lorsqu'il définit l'équité comme la « balance des intérêts » (24).

Dans tous les cas il s'agit bien d'une notion contingente.

Son second mérite est d'avoir mis en lumière le passage au cas concret : « l'application équitable du droit, celle qui en assure la pleine réalisation par son exacte adaptation à l'espèce, implique la présence d'éléments *individualisateurs* constitutifs de l'équité ».

Mais là encore on retrouve la même idée harmoniciste : l'équité serait un élément d'ajustement dans l'équilibre prévu par le droit, « là où la carence du

(22) *op. cit.*, p. VI.

(23) *op. cit.*, p. 4.

(24) *op. cit.*, p. 74.

droit engendre l'injuste, elle revêt un caractère éthique où l'équité apparaît nettement correctrice du droit positif » (25). Daniel Bardonnnet reprend la même idée du rôle déterminant de l'équité pour passer de la règle générale et impersonnelle au cas concret lorsqu'il écrit : « l'équité, ainsi incorporée à la règle de droit, permet d'en moduler l'application, d'en nuancer la portée en fonction des situations concrètes et individuelles, et d'en assurer en définitive l'*humanisation* » (26).

Ces deux auteurs disent voir dans l'équité, ainsi utilisée pour le règlement juridique de questions individuelles, une démarche satisfaisante parce qu'« elle se détermine à partir d'une série d'éléments objectifs, en quelque sorte extérieurs, qui consistent en une réalité constatable, tels que des faits, des situations et notamment des situations géographiques (milieu physique spécial, environnement particulier), des intérêts ou des prétentions des Parties » (27).

Nous ne partageons pas ce point de vue. Certes les éléments extérieurs à prendre en considération pour fixer la règle de droit sont en eux-mêmes des éléments objectifs, mais la notion d'équité ou de principes équitables utilisée pour *traiter* ces éléments extérieurs n'a pas en elle-même de contenu objectif. Toutes les définitions et tous les commentaires de l'équité ramènent inmanquablement des notions subjectives.

C'est le cas lorsque Ch. De Visscher dit que « la fonction essentielle de l'équité est d'assurer la coexistence d'intérêts *dignes* d'être juridiquement protégés » (28). Cette qualification de *dignité* des intérêts relève évidemment d'une démarche subjective.

Dire que l'équité comporte appréciation d'espèce et effort vers une justice plus individualisée ne nous paraît pas convaincant de l'objectivité de la démarche.

Tant que l'équité reste de l'ordre du *sentiment* ou de l'*intuition*, c'est-à-dire du pur subjectif, l'utiliser pour passer de la règle générale au cas individualisé et éventuellement modifier celle-ci pour régler celui-là, c'est ruiner l'ambition d'objectivisation des situations de la démarche juridique, puisqu'on va introduire un correctif (l'équité) qui n'a pas d'autre sens que celui d'un sentiment.

Ainsi la démarche idéaliste tente-t-elle d'intégrer l'équité au système juridique dans une pensée que nous avons qualifiée d'harmoniciste parce qu'elle tend à faire accroître que la solution juridique supprime les contradictions d'intérêts et permet de découvrir des convergences d'intérêts.

Mais le caractère illusoire de cette analyse perçoit dans l'aveu suivant : « toute recherche de mise en équilibre des intérêts étatiques relève à des degrés divers de la *politique* » (29).

(25) Ch. De Visscher, *op. cit.*, p. 33.

(26) D. Bardonnnet, *op. cit.*, p. 41 et 42.

(27) D. Bardonnnet, *op. cit.*, p. 41 et 42.

(28) Ch. De Visscher, *op. cit.*, p. 28.

(29) Ch. De Visscher, *op. cit.*, p. 27.

On saisit alors la place de l'opportunité étroitement associée à l'équité.

Il est clair que si des considérations d'équité peuvent militer en faveur des deux Parties, les choix entre ces deux séries de considérations sera un choix d'opportunité.

Dans l'affaire *Georges Pinson*, dont fut saisie la commission franco-mexicaine de réclamations, la sentence arbitrale du 19 octobre 1928 explique : « la vraie équité qui doit inspirer les sentences de la Commission ne pourra consister qu'à tenir en équilibre autant que possible les considérations d'équité invoquées par les deux agences » (30).

L'expression *-aequo et bono* confirme le mélange étroit pour ne pas dire indissociable entre l'équité et l'opportunité. Le phénomène est patent dans ce que nous apprend sur l'équité l'arrêt de la Cour internationale de justice du 5 février 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Finalement la cour rejette « la thèse de la protection diplomatique des actionnaires comme tels », telle qu'elle résulterait de la prise en considération de l'équité, parce qu'elle risquerait d'ouvrir la voie à des réclamations diplomatiques concurrentes, voire successives, susceptibles de « créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques ». Peut-on montrer plus clairement que la Cour fait la balance, selon sa conscience, entre les exigences de la justice et celles de l'opportunité, autrement dit qu'elle statue ici *ex aequo et bono* ? » (31).

Ce propos illustre parfaitement la totale subjectivité dont reste empreinte quoi qu'on fasse, la notion d'équité.

b) D'autres auteurs s'effraient devant les risques que les notions d'équité/opportunité font courir à leur conception de la justice.

Ils tâchent donc d'y remédier d'abord en opposant fortement équité et opportunité et en prétendant donner à la première un contenu que la seconde n'a pas.

« Le règlement judiciaire ou arbitral, même sur la base de l'équité, est préférable aux différentes voies politiques de règlement par lesquelles le respect du droit peut être affecté par des considérations d'opportunité politiques ». « Ce qui doit être autant que possible écarté dans le règlement des différends, c'est l'opportunité politique de l'équilibre des forces des parties en litige » (32).

Dans cet esprit, une partie de la doctrine appréhende le recours à l'équité parce que celle-ci, par la part d'appréciation subjective qu'elle fait intervenir inmanquablement, aboutit à régler des cas similaires différemment, ce qui nuit à la sécurité juridique.

Et la difficulté est laissée intacte par toute une partie de la doctrine, consciente qu'on ne peut pas à la fois prôner la fonction de justice du droit (ce qui est le point de vue idéaliste) et, sous prétexte d'une recherche de plus

(30) Recueil O.N.U., vol. V, p. 447.

(31) Jean Charpentier, *A.F.D.I.*, 1970, p. 322.

(32) V.D. Degan, *op. cit.*, préface.

grande justice, y introduire l'équité qui peut aboutir dans certains cas à une contestation radicale du droit.

« L'équité peut être entendue comme un rapport critique et permanent envers le droit, son application et son interprétation. A cet égard une application normale du droit peut à la fois satisfaire le sentiment subjectif du juste et de l'injuste, c'est-à-dire *une sentence peut être à la fois légale et équitable. Mais le contraire est également possible* » (33).

Une seconde conclusion s'impose ici : *C'est qu'il est impossible d'intégrer de manière satisfaisante l'équité à la logique juridique habituelle parce que les travaux sur ce concept n'ont pas réussi à lui faire quitter le champ de la subjectivité. La fonction élargie, mise en lumière parfois, de recherche d'un équilibre impartial et raisonné des intérêts, entraînant la confusion entre équité et opportunité accroît les difficultés de définition de l'équité.*

Dès lors que la contradiction reste possible entre le droit et l'équité, il faut bien conclure à l'impossibilité d'une fonction juridique de l'équité.

C'est donc par d'autres voies qu'il faut examiner la question.

## **II. L'EQUITE ET LES PRINCIPES EQUITABLES REMPLISSENT UNE FONCTION D'IDEOLOGIE REGULATRICE DANS LE PROCESSUS JURIDIQUE**

Nous entendons montrer ici que la fonction de l'équité se situe *en dehors* de l'instance juridique bien qu'elle ait des conséquences importantes *sur* cette instance juridique elle-même. Nous ne pouvons le faire qu'en quittant radicalement le point de vue positiviste qui se cantonne dans le droit pur, de même que la croyance idéaliste de la liaison établie entre le droit et la justice.

Nous exposerons d'abord la méthode suivie, nous l'appliquerons ensuite à quelques exemples.

1) Les difficultés de la doctrine précédemment exposées nous paraissent être un aveu de la véritable nature du droit. S'il est nécessaire de faire appel à l'équité ou à des principes équitables pour corriger le droit, c'est que dans sa formulation originale celui-ci n'atteint pas son objectif de justice. Dès lors on ne peut plus dire que la règle de droit en formulant à l'égard des sujets de droit des obligations de comportement réalise la justice.

Pourtant les philosophies du droit des différentes époques ont toujours procédé de la sorte. La justice/finalité de la règle était la justice divine à l'époque des monarchies de droit divin, la justice naturelle ou la justice de la solidarité sociale plus tard.

La contradiction du droit avec l'équité ruine cette construction. C'est ce qui explique l'ardeur mise par tant d'auteurs à intégrer l'équité au droit. Mais l'équité rebelle échappe à tous moments à ces efforts.

(33) V.D. Degan, *op. cit.*, p. 25.

Et la réflexion sur l'équité confirme la vraie nature du droit : expression des rapports de forces à un moment historique donné.

Comment s'en étonner vraiment ? Chacun sait bien qu'il est impossible de trouver des principes de justice attributive des droits et des biens permettant de dire devant une situation donnée : « ceci est à toi, ceci est à moi » de manière déductive par rapport à ces principes. Aristote disait déjà que la justice est une sorte de proportion... mais une proportion dont les termes, le rapport sont toujours à fixer de nouveau.

Nous avons vu que l'équité et les principes équitables intervenaient dans deux grands types de questions : les questions statutaires et civiles d'une part et les questions territoriales et économiques d'autre part. Les premières sont qualitatives et les secondes quantitatives.

Mais ni dans un cas ni dans l'autre il n'y a de réponse définitive et absolue à la question : comment attribuer ces droits ? comment distribuer ces biens ? Pour la question des biens et des terres qui sont des données concrètes et quantifiables ou mesurables, à l'échelle planétaire (et le droit international se situe à l'échelle planétaire), ces éléments sont en pénurie. Il n'y en a pas assez pour satisfaire les besoins exprimés (pas assez de terres cultivables, pas assez de certains matériaux, de certaines sources d'énergie, etc.). Dès lors il faut répartir la pénurie et procéder au partage.

Et si l'on refuse d'assimiler justice et égalité, donc de fonder le partage sur une égalité mathématique des parts attribuées aux différents sujets, on est devant un vide conceptuel.

Nous verrons plus loin, en prenant des exemples, à quel point ce vide conceptuel est ressenti lorsqu'il y a situation de distribution ou de redistribution de territoires que ne guide aucun principe cohérent : partage des espaces maritimes à l'époque contemporaine, redistribution des territoires dans certains continents (Amérique Latine ou Afrique) au sortir des périodes coloniales.

Pour la question des statuts civils et judiciaires et des droits de l'homme il n'y a pas lieu à partage, mais à attitudes et là non plus aucun principe de justice définitive ne domine la matière. Il est vrai que la contingence de l'histoire s'est exprimée dans ce domaine à maintes reprises et que tel statut (l'esclavage) sur lequel des civilisations très longues ont reposé, est combattu aujourd'hui au nom du respect des droits de l'homme. D'ailleurs l'être humain et sa vie ne méritent-ils pas un respect sans limite ?

Les limites ici viennent du fait que ces questions statutaires et civiles ont toujours été étroitement liées aux questions économiques et qu'elles en sont indissociables. C'est parce que les hommes sont concurrents sur les biens et sur les terres qui sont en quantité limitée, qu'interviennent des statuts civils ou judiciaires qui organiseront cette concurrence, et qui seront donc fortement diversifiés.

Ainsi parce que la justice n'est pas un principe efficace pouvant présider vraiment à la solution juridique des questions statutaires ou économiques qui se posent entre les hommes et entre les peuples, la règle de droit est un

mécanisme qui fait apparaître comme réalisation de la justice un équilibre qui découle en réalité du rapport des forces.

Qu'y a-t-il derrière ce terme de rapport des forces ? Il y a un tissu extrêmement serré de contradictions sociales diverses que seule la méthode dialectique peut permettre de démêler; les relations sociales sont faites d'intérêts contradictoires qui, surtout en situation de pénurie, sont irréductibles. Ces contradictions sont très complexes et elles sont ou peuvent être à la fois économiques, politiques, idéologiques, stratégiques, etc. Le mouvement de la vie entraîne toujours un phénomène de dépassement de la contradiction, dans lequel l'un des partenaires parviendra à dominer de manière nette la situation de son adversaire.

Vaincu ou convaincu le plus faible s'inclinera. Dès lors les forces dominantes d'un moment ne songeront plus qu'à pérenniser la situation acquise pour s'opposer à tout nouveau mouvement de la vie sociale. La meilleure façon de le faire est de traduire cette situation en règle de droit puisque le droit a justement pour fonction d'assurer la sécurité des relations. (C'est la formulation en règles de droit du statut de l'esclavage après conquête, ou du tracé des frontières après annexion).

Ainsi le droit, expression du rapport de forces, puisera-t-il sa force obligatoire dans le dépassement des contradictions qu'il exprime. (34) C'est ainsi que l'instance juridique en donnant force obligatoire à une situation se révèle comme le lieu d'expression de contradictions situées ailleurs (35).

Mais la situation de vaincu est intolérable. Et c'est ici qu'intervient l'idéologie.

L'idéologie, cette déformation imaginaire du réel, est absolument indispensable comme courroie de transmission de la règle de droit.

Le rapport des forces doit être socialement acceptable dans le moment présent.

Les tenants de la force (économique, militaire, politique) iront aussi loin qu'ils le peuvent dans l'attribution à leur propre compte de biens et de droits, mais ils iront d'autant plus loin, qu'ils seront solidement accompagnés de l'idéologie.

Pour nous c'est ici qu'intervient largement la référence à l'équité et aux principes équitables.

L'appel à ces notions, c'est-à-dire au « sentiment du juste et de l'injuste » apparaît seulement à un moment donné comme *l'acceptation idéologique d'un partage inégal qui satisfait les partenaires par les mécanismes de la déformation imaginaire du réel*. Car le réel n'est jamais « équitable », l'équité

(34) Voir Ch. Chaumont - Travaux précités.

(35) On mesure ici toute la différence entre l'analyse que nous proposons et celle, plus haut examinée, de Ch. De Visscher. En particulier lorsqu'il introduit la problématique de la durée, Ch. De Visscher part de l'idée que lors de sa formulation la règle de droit serait *juste* et que c'est le temps qui userait cette justice, nécessitant donc l'intervention du correctif de l'équité.

Pour nous dès son émergence la règle de droit n'est pas réalisation de la justice mais expression et dépassement d'une contradiction.

n'ayant pas, on l'a vu, de contenu concret. C'est cette analyse qui nous permet d'avancer que l'équité et les principes équitables fonctionnent comme idéologie régulatrice pour faire accepter le rapport des forces.

Les travaux contemporains sur l'idéologie et son fonctionnement (36) mettent en valeur l'analyse d'un certain nombre de procédés parmi lesquels l'inflation du discours. Celle-ci constitue un moyen efficace de l'occultation recherchée.

C'est tout à fait le mécanisme observé dans l'utilisation de l'équité/principes équitables.

La répétition véritablement incantatoire des termes (voir le nombre de mentions de l'équité dans la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats, relevé plus haut par exemple) provoque une polarisation qui détournera les individus d'autres préoccupations, et provoquera la déformation imaginaire du réel recherchée.

Mais le fonctionnement de cette idéologie de l'équité sera différent selon qu'il s'agira de contradictions primitives ou secondaires. La fonction d'idéologie régulatrice s'exercera de manière différente selon les situations. Il y a dans la durée de la vie sociale, des moments forts pour l'émergence de la règle de droit qui sont les moments de dépassement de la contradiction.

a) Il y a toute une série de situations que l'on peut qualifier de contradiction primitive. L'opposition des intérêts surgit dans un secteur de la vie sociale. Le rapport des forces se précise et se fixe. Il fait appel au juridique pour se consolider, s'exprime alors en règle de droit et fait référence à l'équité pour désigner la « balance des intérêts » exprimée ainsi dans la règle initiale. Le droit international des frontières territoriales dans la vieille Europe s'est constitué de cette manière. Les Etats les plus forts ont comprimé territorialement à l'extrême la souveraineté de leurs voisins pour fixer leur ligne frontière en étendant au maximum leurs possessions territoriales.

La force obligatoire de la règle provient du dépassement effectif de la contradiction des intérêts et dure autant que se maintient ce dépassement.

L'équité à laquelle on a fait largement appel au moment de la formation de la norme, n'apparaît plus ensuite. Elle a joué son rôle idéologique de facteur d'acceptation de la norme/rapport de forces. Si pendant une certaine période les contradictions sont stabilisées, on fera un usage réduit du discours sur l'équité. Tel a été le cas par exemple à la fin du 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup> siècle en Europe occidentale. La société internationale était alors dominée par quelques grandes puissances dans un rapport de forces bien établi.

Le recours à l'équité comme idéologie régulatrice ne se faisait que pour régler des contradictions mineures, lors du passage à un cas individualisé. C'est toute l'histoire du droit international classique jusqu'à la création de l'O.N.U. et c'est l'usage qui a été fait de l'équité dans les arbitrages internationaux de cette époque. Elle est invoquée à titre supplétif ou correctif du

(36) Voir Jacques Chevalier et autres, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. I et II, P.U.F. 1978-79.

droit pour régler des contradictions réduites et localisées. La plupart des exemples donnés dans les travaux précités de Charles De Visscher ou de Daniel Bardonnnet correspondent à cette hypothèse.

Daniel Bardonnnet voit pour fonctions de l'équité dans les questions de frontières terrestres :

— le fait d'opérer des modifications de détail lors de la démarcation d'une frontière conventionnelle (le dépassement de la contradiction générale s'est fait par le texte de la Convention, l'opération de démarcation se trouvera confrontée à des contradictions de détail);

— le fait de corriger ou de compléter les opérations de délimitation découlant de l'*uti possidetis juris* (le dépassement des contradictions générales d'intérêts sur les territoires s'est fait pour les continents colonisés et au sortir de la colonisation, par ce principe de l'*uti possidetis juris*, mais pour les parties de territoires mal explorées ou mal délimitées, des contradictions précises peuvent apparaître par la suite).

En période de relative stabilisation des contradictions, au moins des contradictions générales, le recours à l'équité est relativement limité.

b) Mais le mouvement de la vie sociale est tel que la contradiction primitive ou les contradictions primitives, sont immédiatement suivies par l'émergence de contradictions que l'on peut appeler secondaires ou consécutives.

Il faut analyser très minutieusement ce processus pour percevoir exactement la place de l'équité/principes équitables et l'on verra qu'ils sont ici à la fois cause et conséquence. La norme juridique issue de la contradiction primitive a consolidé le rapport de forces au profit de certains. (C'est le cas avec le chapitre XI de la Charte des Nations-Unies sur les territoires non autonomes dans lequel un colonialisme contrôlé apparaît comme encore parfaitement légal parce que le rapport des forces est encore au profit des puissances coloniales. Celles-ci se donnent le masque de l'équité : article 73 de la Charte ci-dessus mentionné).

Le temps, la durée interviennent. Les forces dominées vont par tous les moyens tenter de renverser ce rapport des forces dès lors en tout cas que l'idéologie de l'équité qui a accompagné la formation de la première norme ne suffit plus à les convaincre de la « justice » de leur situation. Dans la période ainsi ouverte, les protagonistes des situations sociales tenteront d'agir sur toutes les instances et en particulier sur l'instance idéologique. Les dominés, une fois effectuée la prise de conscience de cette domination, tenteront de remplir l'instance idéologique d'un discours ayant pour but de démontrer que l'équité nécessiterait la modification de la norme jusque-là obligatoire et qui est, disent-ils, inéquitable. Ils tentent de faire prévaloir leur sentiment du juste et de l'injuste sur celui qui avait présidé à la naissance de la règle.

Tel a été tout le sens de la production juridique des Nations-Unies (en particulier des résolutions de l'Assemblée Générale), discours tendant au nom de la justice et de l'équité, à faire déclarer le colonialisme illégal et à le faire disparaître.

Pendant une certaine période, ce discours reste sans effet sur les situations concrètes et s'il prend la forme d'actes juridiques, ce seront des actes déclamatoires parce que les contradictions nouvelles qu'ils expriment ne sont pas assez fortes pour engendrer de nouvelles règles de droit. Le meilleur exemple en est la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats de 1974, texte conventionnel donc à forme juridique achevée, reprenant d'une manière incantatoire insistante la référence à l'équité, ou encore tout le discours sur le nouvel ordre économique mondial. Ces textes sont très peu suivis d'effets concrets.

Mais le discours surtout s'il est très important et répétitif permettra à terme de substituer *un* sentiment du juste et de l'injuste à *un autre*. C'est ainsi que le facteur idéologique intervient dans la modification en cours du rapport des forces et qu'il est donc une cause parfois importante de l'émergence et du développement d'une contradiction nouvelle.

Le développement de ces contradictions nouvelles va entraîner une période d'incertitude juridique. La première norme n'est plus très convaincante, elle a du mal à s'appliquer sur le terrain. Mais les contradictions consécutives ne sont pas assez fortes pour imposer des règles nouvelles faisant disparaître les premières.

Le régime juridique est alors incertain. Si l'on prend l'exemple de la grande contradiction entre les peuples industrialisés et les peuples sous-développés, elle avait été dépassée au profit des premiers dans le colonialisme. L'idéologie de l'indépendance aidant, ce régime légal a disparu au profit de la reconnaissance des Etats nouveaux. Mais la contradiction n'ayant pas été dépassée entièrement au profit des peuples sous-développés, le néocolonialisme économique reste dominant et le recours à l'équité et aux principes équitables dans le discours tente encore de faire basculer le rapport des forces.

Dans ces périodes dans lesquelles le régime juridique est incertain, on assiste parfois à des phénomènes étonnants comme celui qui est désigné dans le droit international économique par l'expression : dualité des normes. C'est la coexistence dans un même système juridique (le droit international), pour résoudre le même type de problèmes (ici les questions de nationalisations et d'indemnisations leur faisant suite), de deux séries de normes non conciliables, celles qui avaient été formulées et imposées par les Etats occidentaux, longtemps applicables et encore tenues par eux pour les seules valables, et celles que formulent un certain nombre d'Etats nouveaux et qu'ils tentent d'imposer lorsque les circonstances le permettent (nationalisations chiliennes, algériennes ou libyennes). Le recours à l'équité et aux principes équitables est particulièrement fréquent dans cette phase du processus de formation du droit. Sa fonction est claire : masquer l'incertitude qui pèse alors sur le droit, rassurer sur son contenu moral, cependant que chaque camp l'invoquera afin que le facteur idéologique en pesant dans le rapport des forces en sa faveur entraîne soit la création soit le maintien d'une règle qui lui soit favorable.

Lorsque le poids des forces pèse enfin dans un sens nouveau et suffisamment affirmé, alors la contradiction consécutive étant plus forte que la contradiction primitive, la règle de droit d'abord exprimée perdra sa force obligatoire et se verra bientôt remplacée par une autre, ce changement du droit s'accompagnera de fortes références à l'équité à fonction justificatrice.

Ainsi de même que lorsque les contradictions se stabilisent le discours sur l'équité se fait moindre, de même lorsque les contradictions s'aiguisent ce discours s'amplifie.

Tel est bien le cas à notre époque. Le foisonnement relevé dès l'introduction de cette étude des références à l'équité et aux principes équitables (notions qui ne rentrent dans aucune catégorie formelle du droit, et qui n'ont pas de définition matérielle) dans le droit international des trente dernières années, tient au fait que nous nous trouvons à une époque historique dans laquelle le système entier craque sous des contradictions nouvelles. Le partage des biens et des territoires entre les individus et les peuples de la planète, et les statuts politiques et judiciaires qui sont liés à ce partage sont en totale redéfinition.

Lorsque les auteurs dont nous avons analysé plus haut les positions disent que l'équité est destructrice de la sécurité juridique, ils n'ont pas tort au fond, mais leur formulation ne rend pas compte de la fonction de l'équité. Ce n'est pas l'équité qui détruit la sécurité juridique. C'est parce que les faits sociaux dans leur mouvement remettent en cause cette sécurité juridique, qu'il est fait appel à l'équité pour justifier le changement, mais ce sera une « autre » équité (car il y en a autant que d'intérêts contradictoires) que celle qui avait présidé à la création de la règle (37).

*Ainsi l'équité remplit-elle sa fonction d'idéologie régulatrice, soit en justifiant une première définition du rapport des forces, soit en justifiant la redéfinition ou le réajustement de ce rapport des forces à une époque historique où il est incertain ou remis en question.*

Il nous semble que, vue sous cet angle, l'équité perd beaucoup de son « mystère ». La règle de droit s'exprime dans ce que le marxisme désigne sous le nom de superstructure, mais elle y exprime des phénomènes qui ont lieu dans l'infrastructure (la sphère des formations sociales et des rapports de production) et elle ne les y exprime qu'après le passage par l'instance idéologique et les déformations de perception qu'elle déclenche.

Les juristes classiques, parce qu'ils croient à l'autonomie de la superstructure donc ici du juridique, s'épuisent à rechercher la place de l'équité dans le juridique et, ne la trouvant pas, concluent à son mystère.

Enfin nous devons ajouter ici à quel point cette analyse nous permet de dynamiser le droit en lui redonnant toute sa place dans le mouvement social.

(37) Daniel Bardonnet (op. cité, p. 37, note 12) rappelle fort à propos sur ce point en soulignant la volonté des juristes français d'intégrer l'équité au droit, qu'ils n'avaient pas oublié l'arbitraire et l'incertitude qui s'étaient attachés à l'équité sous l'Ancien Régime d'où la formule célèbre : « Dieu nous garde de l'équité du Parlement ».

Si nous avons dit plus haut qu'il nous paraît impossible de trouver un principe d'attribution des biens et des droits aux peuples et aux individus sur la base d'une équité définie, nous devons ajouter que les périodes de remise en cause au nom d'une autre équité permettront que ce ne soit pas toujours le même sentiment du juste et de l'injuste qui triomphe et qui préside au partage.

2) Un certain nombre d'usages contemporains de l'équité/principes équitables peuvent être analysés selon les bases ci-dessus exposées.

a) Il s'agit d'abord de l'histoire de la clause *ex aequo et bono* et de la place qui lui est faite auprès des différentes juridictions internationales.

Il est intéressant de prendre à cet égard trois exemples :

celui de la Cour permanente de Justice internationale instituée par la Société des Nations;

celui de la Cour internationale de Justice, organe de l'Organisation des Nations-Unies;

et celui de la Commission de conciliation, de médiation et d'arbitrage créée dans le cadre de l'Organisation de l'unité africaine.

— Dans le cas de la Cour permanente de Justice internationale, l'article 38 de son statut cite les sources du droit qu'elle applique (conventions, coutume, etc.) et ajoute « la présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono* ».

— Lorsque 25 ans plus tard est créée la Cour internationale de Justice, l'article 38 relatif à la manière de régler les différends est à peu de choses près identique à l'art. 38 du statut de la Cour Permanente mais ce peu de choses est sans doute important.

Le texte ne dit plus « La Cour applique : (suit la liste des sources du droit) ». Mais il dit : « La Cour dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : (suit la liste des sources du droit) ».

Ainsi la place du droit international est-elle renforcée dans le 2<sup>e</sup> texte bien que la référence à l'équité demeure; dans les deux cas cette référence est accessoire et il faut l'accord des parties. En 1945 on prend soin de rappeler que la mission de la Cour est d'appliquer le droit international et on accuse ainsi ce caractère accessoire de la clause *ex aequo et bono*.

C'est que l'on était dans les deux cas, mais plus encore en 1945 qu'en 1920 en face d'une situation dans laquelle les grandes et les moyennes puissances occidentales dominaient la société internationale; ce dépassement des contradictions internationales en leur faveur s'était exprimé dans l'ensemble des règles (conventionnelles mais surtout coutumières) qui formait ce qu'il est possible d'appeler le droit international classique. Ces mêmes puissances qui président alors à la rédaction des statuts des deux cours, cherchent les moyens de stabiliser et de pérenniser le système juridique issu de leur position dominante. D'où la priorité donnée aux sources du droit sur la clause *ex aequo et bono*. En 1945, à l'issue de la seconde guerre mondiale, la position

des grandes et moyennes puissances occidentales est toujours dominante. Mais peut-être certains grands ébranlements à venir (la décolonisation) sont-ils déjà perceptibles. Cela explique bien alors la place renforcée donnée en 1945 au droit international.

En 1964 des modifications radicales sont intervenues dans la composition de la société internationale avec l'entrée des Etats nouveaux. Parallèlement tout un droit international nouveau est en gestation, expression de contradictions nouvelles qui cherchent leur dépassement.

Lorsque les Etats africains créent l'Organisation de l'unité africaine à cette date, ils prévoient un mécanisme de règlement de leurs différends. C'est la Commission de médiation, de conciliation et d'arbitrage prévue par le Protocole du 21 juillet 1964.

Les Africains y sont confrontés au problème des sources du droit à fixer en cas d'arbitrage.

Ils le font d'après les articles 29 et 30 déjà cités. On y constate une situation inversée par rapport à celle prévue pour les deux cours de La Haye. La première hypothèse prévue est celle dans laquelle le compromis spécifie, quelle loi sera appliquée par le Tribunal et si les Parties acceptent le jugement *ex aequo et bono*. Ensuite, mais ensuite seulement il est dit qu'« en l'absence dans le compromis de toutes dispositions concernant la loi applicable : l'arbitrage se fera sur la base des traités existant *et* du droit international.

Cette inversion des rôles entre le droit international et l'équité est extrêmement intéressante du point de vue qui nous occupe ici.

Le droit international fixé dans la période classique inspire en effet la plus grande méfiance aux Etats nouveaux. En mettant la clause *ex aequo et bono* en position prioritaire par rapport au droit international, ils montrent leur volonté de sortir du rapport de forces qui avait précédemment engendré ce droit international et de construire un droit international nouveau sur la base de nouveaux rapports de force, que la clause *ex aequo et bono* doit aider à définir.

Cet appel à la notion d'équité souligne le vide momentané de l'idée de droit. Elle ne saurait en aucun cas avoir pour fonction de le remplir précisément, puisque comme nous l'avons vu le concept d'équité n'a pas de contenu matériel, mais c'est à l'abri de cette notion-paravent que vont se construire les nouveaux rapports de force, se préciser les nouveaux dépassements des contradictions.

Une importante donnée de fait confirme cette analyse. C'est l'échec même de la Commission de médiation, de conciliation et d'arbitrage de l'O.U.A. Parce que les rapports de force actuels à l'intérieur du continent africain (et compte tenu du fait qu'aucune situation sur le continent africain n'est indépendante du rapport des forces à l'extérieur de ce continent), sont incertains, le recours à l'équité fait peur. Il y a appel à cette notion de manière incantatoire dans l'ordre du discours, mais hésitation à l'utiliser réellement.

b) Un deuxième exemple tendant à prouver que la référence à l'équité/principes équitables est d'usage en cas de contradictions aiguës et non

encore dépassées, est celui des questions juridiques que pose le partage des étendues territoriales maritimes (dont il est admis aujourd'hui qu'elles tombent sous la juridiction des Etats pour des surfaces de plus en plus grandes) et des ressources biologiques et minérales s'y trouvant. C'est un exemple qui a été invoqué souvent au cours de cette étude.

Rappelons seulement ici :

— que l'avenir et le développement (pour les plus pauvres) ou le sur-développement (pour les autres) des Etats étant fonction des droits qui leur seront octroyés sur ces territoires et ces ressources, les contradictions y sont particulièrement violentes.

— qu'il s'agit de contradictions nouvelles ouvertes à partir de 1942 (Traité de Paria par lequel deux Etats, le Venezuela et la Grande-Bretagne pour l'Ile de la Trinité, se partageaient des droits sur une zone, entrant dans ce qui était considéré alors comme la haute mer) et surtout de 1945 (Proclamation Truman sur le plateau continental) lorsque les Etats revendiquèrent des zones maritimes nouvelles et que dès lors se poserait le problème de la délimitation de ces zones.

— qu'à ces contradictions nouvelles aucun principe à contenu concret ne peut apporter de dépassement.

— que c'est pourquoi ici encore le discours juridique fait référence constamment à l'équité.

La Cour internationale de Justice dans son arrêt du 20 février 1969 sur l'affaire du Plateau continental dans la mer du Nord dit par exemple que c'est « une vérité première » que la délimitation doit être équitable (38). Dans son arrêt plus récent du 24 février 1982 sur l'affaire du plateau Continental entre la Tunisie et la Libye elle s'estime « tenue de statuer en l'espèce sur la base de principes équitables ».

Mais le rôle purement idéologique et non juridique de l'équité apparaît clairement dans la constatation que l'équité ne relève pas de telle ou telle méthode de délimitation.

La Cour dit en effet : « on doit rechercher non pas une méthode unique de délimitation, mais un but unique... le problème est surtout de définir les moyens par lesquels la délimitation peut être fixée de manière à être reconnue comme équitable ».

Révéléateur de l'existence de rapports de force incertains et non dépassés dans une règle juridique claire, est ce propos d'un spécialiste des questions de délimitations, maritimes : « L'examen de la pratique, c'est-à-dire des accords de délimitation montre les *solutions adoptées, mais ne révèle pas toujours les méthodes retenues* » (40). Le même auteur discute ensuite de ces méthodes,

(38) *Recueil*, 1969, p. 59.

(39) *Recueil*, 1969, p. 50.

(40) Voir M. Voelckel, « Aperçu de quelques problèmes techniques concernant la délimitation des frontières maritimes » in *A.F.D.I.*, 1979, p. 700.

mais on y retrouve les notions de « rapport raisonnable », de « proportionnalité », dont il a été discuté plus haut; ce sont là des concepts ou subjectifs (raisonnable) ou nécessitant un référent (proportionnalité) qui n'a pas été trouvé.

Ainsi comprend-on que ces « méthodes » non révélées masquent derrière des concepts imprécis l'expression des compressions territoriales que sont toujours les frontières étatiques.

Enfin il faut noter que les contradictions que le droit de la mer accuse entre les Etats, apparaissent encore fortement dans la notion d'Etat géographiquement désavantagé. On sait que cette notion nouvelle entraîne la recherche d'une compensation. Il s'agit bien là d'une idéologie de renversement du rapport des forces.

c) Cette idée de compensation est encore présente dans un dernier exemple : celui du droit international des investissements, terre d'élection d'un discours sur l'équité.

Il s'agit de questions qui se situent dans ce que l'on appelle le droit international économique traversé dans la période contemporaine par des contradictions particulièrement fortes. Les pays développés, par leur technologie avancée et leurs capacités financières continuent de bénéficier d'une situation forte. Les pays dits du tiers monde disposent de certaines matières premières ou sources d'énergie et développent une idéologie très précise et ample à la fois à partir des idées de souveraineté sur les ressources naturelles, de récupération et de compensation.

Cette contradiction générale est toujours ouverte de telle sorte que, sur des situations concrètes on assiste à des dépassements de contradictions dans des directions différentes.

C'est ce que nous avons mentionné plus haut comme étant la dualité des normes.

Il y a deux corpus distincts qui se revendiquent l'un et l'autre de l'équité.

La percée la plus forte pour renverser le rapport des forces traditionnel a été celle du Chili du gouvernement Allende avec la théorie des bénéfices excessifs qui « apparaît moins comme une sanction que comme une réparation. Elle aboutit à une répartition rétroactive *équitable* des profits de l'exploitation » (42).

Ici l'équité a entraîné calcul d'une compensation par exercice d'un droit à restitution des peuples exploités.

La même affaire des nationalisations chiliennes a amené plusieurs juridictions occidentales à en connaître par le fait que les sociétés concernées avaient fait opposition sur les cargaisons.

Ces juridictions, (en particulier le Tribunal de Paris dans un jugement du 29 novembre 1972 (43)) utilisèrent une autre conception de l'équité. Les

(42) Claude Impériali. « Les bénéfices excessifs, une pratique limitée et controversée. » A.F.D.I. 1978 p. 684.

(43) Voir *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, 1973, 675., note Loussouarn.

nationalisations ne sont fondées que si elles sont accompagnées d'indemnisation équitable. Ici le calcul aboutit à une dépossession sans compensation. Le Tribunal de Paris y voit une contrariété avec l'ordre public français.

Quant à la Cour de Hambourg sur les mêmes nationalisations, elle avait évoqué l'exigence d'une compensation *raisonnable*.

A propos des nationalisations libyennes on retrouve l'expression de ces contradictions à travers une série d'arbitrages parmi lesquels la sentence *Liamco* du 12 avril 1977 et la sentence *Texaco-Calasiatic* du 12 janvier 1977.

On sait que dans la première, il est dit que la nationalisation prévaut sur un contrat de concession même comportant des clauses de protection combinant mesures de stabilité et mesures d'intangibilité. Mais il faut procéder à indemnisation.

Dans la seconde, il est dit qu'une nationalisation ne saurait prévaloir contre un contrat international conclu entre un Etat et une entreprise privée étrangère comportant des dispositions de stabilisation. Donc les concessionnaires doivent être rétablis dans leurs droits.

Dans l'affaire *Liamco* il est largement fait appel à l'équité, d'autant plus largement que l'arbitre a d'abord écarté le droit des contrats.

Au contraire dans l'affaire *Texaco-Calasiatic*, l'arbitre part du fait que les nationalisations ne se situent pas en dehors du droit international.

Les auteurs en concluent à une « grande incertitude » sur ces questions (44). Nous y voyons simplement confirmation d'un rapport de forces incertain pour le moment. Le foisonnement des contradictions est tel que l'on peut identifier des contradictions entre groupes d'Etats, des contradictions entre Etats du même groupe et d'autres encore dans l'attitude d'un même Etat.

Cette complexité s'exprime chez certains Etats par des attitudes contradictoires comme celle qui consiste à plaider pour des compensations équitables ou à voter la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats et parallèlement à passer des accords encourageant et protégeant les investissements privés étrangers, garantissant la libre circulation des capitaux et notamment le transfert des bénéfices.

Ces dernières mesures prouvent à l'évidence qu'il n'est intervenu aucun dépassement véritable de la contradiction primitive entre pays industrialisés et pays sous développés.

Sans doute la référence pressante à une autre équité que celle qui a présidé aux règles positives actuelles devra-t-elle retentir encore longtemps et fortement dans le discours déclamatoire pour que le facteur idéologique pèse d'un poids décisif dans le rapport des forces et permette le dépassement véritable de la contradiction dans un droit international nouveau.

(Février 1982)

(44) Voir P. Rambaud : « Un arbitrage pétrolier : la sentence *Liamco* », A.F.D.I. 1980, p. 274 et S.