

QUELQUES OBSERVATIONS SUR LES LACUNES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

par

Jean J.A. SALMON

Professeur à l'Université de Bruxelles

*Il n'y a pas de place ici pour la stérile controverse d'école que suscite la thèse dite de la plénitude du droit international. Ni les idées de justice, ni les exigences des rapports internationaux ne s'accommodent de cette représentation toute formelle et statique qui se satisfait en décrivant le droit comme « complet », tout en reconnaissant qu'il est gravement « imparfait » (Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 2^e éd., Paris, Pedone, 1955, p. 411, note 2).*

La question des lacunes est de celles qui ont toujours à la fois passionné la doctrine et les philosophes du droit, et laissé insensibles les praticiens.

Les spécialistes du droit international sont nombreux à avoir étudié le problème¹ mais la notion de lacune n'est guère invoquée dans les décisions ou sentences internationales et encore moins dans l'argumentation des parties devant les juridictions arbitrales ou judiciaires internationales².

La question mérite-t-elle cet honneur ou justifie-t-elle pareille ignorance ?

En fait, le sujet est complexe, la notion même de lacune est confuse, et la matière n'est pas de celles que l'on peut balayer d'une réponse simple.

¹ Citons notamment :

Sir Hersch LAUTERPACHT, *Some Observations on the Prohibition of Non Liquet and the Completeness of the Law*, *Symbolae Verzijl*, La Haye, 1958, pp. 196-221;

Arnold MULDER, *Les lacunes du droit international public*, *R.D.I.L.C.*, 1926, n° 5, p. 555;

Lucien SIORAT, *Le problème des lacunes en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1959;

Julius STONE, *Legal Controls of International Conflict*, *A Treatise of the Dynamics of Disputes and War Law*, 2nd. ed., Londres, Stevens & Sons, 1959; *Non Liquet and the Function of Law in the International Community*, *B.Y.B.I.L.*, pp. 124-161;

Ilmar TAMMELO, *On the Logical Openness of Legal Orders*, *American Journal of Comparative Law* 8, 1959, p. 187.

² Aucun tribunal international ne paraît avoir prononcé un *non liquet*, c'est-à-dire refusé de juger, motif pris qu'il n'y aurait pas de règle de droit à appliquer.

Le but du présent article est de montrer différentes facettes du problème en essayant de répondre aux questions suivantes :

1. Y a-t-il des lacunes dans le droit international ?
2. Que faut-il entendre par lacunes du droit international ?
3. Quels sont les organes ayant qualité pour combler les lacunes du droit international et quelles sont les méthodes suivies à cet effet ?

I. — Y A-T-IL DES LACUNES DANS LE DROIT INTERNATIONAL ?

Une partie de la doctrine, emboîtant le pas à certains philosophes du droit, Radbruch par exemple, a soutenu que le droit international ne contenait pas de lacunes; que le droit était, par essence, complet; c'est la théorie dite de « la plénitude du droit »; l'ordre juridique international serait, non pas *ouvert*, mais *clos* ou *fermé* (un *closed legal order* par opposition à un *open legal order*).

Le professeur Julius Stone a montré ^{2bis} que d'un point de vue logique, un ordre juridique peut être appelé clos ou fermé s'il contient l'un quelconque des principes suivants :

- a) une norme négative universelle (*negative legal maxim*) encore appelée *principe de liberté*;
- b) une norme procédurale selon laquelle toute demande rejetée conduit à une décision au fond;
- c) une norme interdisant au juge de prononcer un *non liquet*.

Peut-on dire que le droit international public positif comprend l'un de ces trois principes ?

Si tel est le cas, si l'ordre juridique est complet ou fermé, quel que soit le litige porté devant le juge, celui-ci pourra le trancher en vertu d'une règle de droit.

Ceci présenterait un intérêt considérable pour la solution des multiples conflits qu'engendrent les relations internationales particulièrement aujourd'hui où la communauté internationale est en pleine évolution politique, sociale et technique.

Pour prendre un exemple concret, le droit de l'espace ne poserait pas de problèmes. Il serait *déjà* réglé par le droit.

Examinons donc chacun de ces trois principes.

A. — La norme négative universelle (*negative legal maxim*) ou *principe de liberté*.

Selon cette première théorie, tout ordre juridique contiendrait, à côté de l'ensemble de ses prescriptions, une norme complémentaire selon laquelle « tout ce qui n'est pas interdit est permis ».

^{2bis} Voy. note 1, *supra*.

Nombreux sont les auteurs qui ont accepté ce point de vue³. Notamment les « positivistes » selon lesquels le droit international public est le produit de la volonté d'Etats indépendants. Lorsque cette volonté n'a pas élaboré une règle formelle, il faut faire prévaloir le principe de liberté. Les Etats ne sont liés que s'ils se sont engagés.

Le silence des Etats n'est que l'expression de leur volonté de rester déliés de toute obligation juridique. Comme le souligne Cavaré⁴, selon les positivistes : « La liberté d'agir en dehors de toute règle préétablie est le principe fondamental du droit international public auquel des restrictions volontaires expresses ou, en tout cas, établies par une coutume indiscutable, peuvent seules porter atteinte. Ce qui n'est pas défendu est juridiquement permis. »

La décision judiciaire la plus empreinte de cette manière de voir, mais aussi très contestée, — n'avait-elle pas été obtenue, les voix étant également partagées, que grâce à la voix prépondérante du Président ? — est sans conteste l'affaire du *Lotus* que rendit la Cour permanente de Justice internationale en 1927.

La question était de savoir si la Turquie avait violé une obligation internationale en arrêtant un officier de bord français pour un abordage causé en haute mer. La Cour aboutit à la conclusion que la juridiction turque n'était limitée par aucune règle prohibitive. C'était donner la prééminence au principe de liberté qu'implique la souveraineté des Etats⁵.

Selon les logiciens, ce raisonnement positiviste qu'illustre l'arrêt de la Cour est infirmé par la possibilité pour un ordre juridique d'envisager des comportements qui ne sont à la fois ni permis ni interdits. A côté des actes permis, interdits et obligatoires, un ordre juridique peut contenir des actes neutres ou juridiquement indifférents; c'est l'absence proprement dite de droit⁶.

Il est intéressant, à cet égard, de noter que c'est la position qu'adopta le célèbre juriste suisse Max Huber dans son opinion dissidente au cours de l'Affai-

³ Ainsi, l'éminent professeur Paul GUGGENHEIM, dans son *Traité de droit international public*, déclare « ou bien la règle de droit en question statue un devoir juridique, ou bien elle garantit la liberté des Etats contractants. Il n'y a donc pas de lacunes authentiques... » (tome I, pp. 139-140).

⁴ *Le droit international public positif*, Paris, Pedone, 1961, tome I, p. 222.

⁵ Affaire du *Lotus*, série A, n° 10 :

« Le droit international régit les rapports entre des gouvernements indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci...; les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas » (p. 18).

« Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables » (p. 19).

⁶ Ainsi, TAMMELO, dans son article précité, distingue cinq catégories de comportements juridiques : *obligatory*, *prohibitory*, *licensory*, *permissory*, *legally neutral* ou *legally indifferent* (ni permis, ni interdit).

re des *Droits des minorités en Haute-Silésie*. Selon lui un *non liquet* s'imposait. Il s'exprima comme suit :

« Les articles 68 et 69 ne contiennent rien qui interdise à l'Etat de vérifier si une personne appartient, selon des critères objectifs, à une minorité, ni quelle est la langue propre d'un enfant. Mais ces articles qui, comme tout le titre 1^{er}, sont destinés à assurer aux minorités certaines libertés et un certain traitement de faveur, n'empêchent pas que les Etats, par législation autonome ou par convention, accordent aux minorités des libertés plus grandes ou un traitement plus libéral. C'est pourquoi les thèses soutenues par les deux parties quant à l'interprétation des articles 74, 106 et 131 ne sont ni imposées ni exclues par les dispositions du titre 1^{er} 7. »

D'un point de vue pragmatique, s'il est vrai que, dans une mesure appréciable, la liberté des sujets de droit constitue, sous la forme du principe de la souveraineté des Etats, une règle qui sera fréquemment appliquée en l'absence d'un texte imposant une obligation, il ne s'agit nullement d'un principe absolu.

Il y a là, pour reprendre l'heureuse expression de Michel Virally, « une vision simplificatrice de la réalité juridique ⁸. »

Dans une série de cas, le principe de la liberté des Etats ne peut trouver application : ainsi, lorsque ce principe est en contradiction avec un autre principe général ou se concilie difficilement avec lui : ainsi le conflit liberté-égalité ou liberté-coexistence. Quand deux sujets de droit aux intérêts opposés réclament l'exercice d'une liberté, le problème sera de trouver le point d'équilibre entre leurs libertés respectives, l'une et l'autre dignes d'intérêt.

En outre, comme le relève à juste titre Michel Virally : « L'ordonnement juridique ne se résume pas en un ensemble d'interdits : il exprime des valeurs, consacre des droits. Il n'est pas rare que des droits ou des valeurs se heurtent sans qu'aucune règle ait prévu comment les départager ou qu'on ait omis de déterminer comment faire valoir efficacement un droit ⁹. »

B. — *Une norme procédurale selon laquelle toute demande rejetée conduit à une décision au fond.*

Selon cette seconde théorie, toute contestation judiciaire ou arbitrale oppose un Etat défendeur et un Etat demandeur. Les parties soutiennent qu'elles ont un droit ou que leur adversaire a des obligations à leur égard.

Si le juge arrive à la conclusion qu'un tel droit ou que de telles obligations n'existent pas dans l'ordre juridique, c'est peut-être que cet ordre juridique a spécifié cette inexistence — auquel cas il y a une norme à appliquer — ou bien que l'ordre juridique n'a rien spécifié du tout. Dans ce dernier cas, le juge doit débouter le demandeur.

⁷ C.P.J.I., *Affaires des Droits des minorités en Haute-Silésie (Ecoles minoritaires)*, série A, n° 15, p. 54.

⁸ *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 170.

⁹ *Ibid*, pp. 170-171.

Ce raisonnement est fondé sur une pétition de principe. Il n'y a aucune raison pour que le juge statue par une décision au fond. S'il ne trouve pas de droit à appliquer, il peut parfaitement s'abstenir de trancher le cas en droit en déclarant un *non liquet*¹⁰ à moins que cette voie ne lui soit interdite. C'est la troisième hypothèse.

C. — *Une norme interdisant au juge international de prononcer un non liquet.*

En vertu de cette troisième thèse, longuement soutenue par Sir Hersch Lauterpacht¹¹, l'ordre juridique international contiendrait une interdiction faite au juge de prononcer un *non liquet*, c'est-à-dire de refuser de juger une affaire, motif pris qu'il n'y a pas de règle juridique pour la trancher ou que les règles sont incertaines ou controversées.

On aura remarqué que cette troisième thèse se distingue des deux précédentes en ce qu'elle ne nie pas les lacunes de l'ordre juridique; elle les présuppose même, mais en assure la disparition en faisant obligation au juge de les combler.

Sir Hersch Lauterpacht voyait dans ce principe, soit l'expression d'une norme coutumière, soit un principe général du droit reconnu par les nations civilisées (article 38, par. 1, c du Statut de la Cour).

Cette thèse a fait l'objet d'une critique définitive de la part du professeur Julius Stone¹². Ce dernier a montré que la pratique juridictionnelle et arbitrale ne permet pas de conclure que les juges se sont abstenus de prononcer des *non liquet* parce qu'ils se considéraient obligés juridiquement à le faire. Autrement dit, la pratique indiquerait que le juge *peut* trancher de tels litiges, nullement qu'il le *doit*.

Certes, en droit interne, le *non liquet* est généralement rejeté. Les dispositions de l'article 4 du Code civil français ou de l'article 1 du Code suisse des obligations se retrouvent dans une trentaine de législations¹³. Il n'y a là cependant aucun fait contraignant pour la matière du droit international.

Le droit interne se caractérise par un haut degré d'intégration socio-politique, le contenu de la législation est hautement précisé, la juridiction y est obligatoire.

La situation est entièrement différente en droit international où les normes

¹⁰ TAMMELLO, *op. cit.*, pp. 190-191; STONE, *Non liquet*, article cité, p. 135.

¹¹ Sir H. LAUTERPACHT, Some Observations, dans les *Symbolae Verzijl* précité.

¹² STONE J., *Non liquet*, article cité.

¹³ BIN CHENG, *General Principles of Law*, London, Stevens, 1953, pp. 400-408.

dépendent largement de la volonté des parties, où il n'y a pas de législateur et où la juridiction obligatoire reste tout à fait exceptionnelle.

Les conditions minimales d'une analogie sur ce point entre les deux ordres font défaut et interdisent par conséquent d'y déceler un principe général de droit.

Il découle de ce qui précède que le droit international public n'est pas un système *clos* ou *fermé* excluant logiquement les lacunes¹⁴.

Le terme de lacune est d'ailleurs loin d'être univoque et, dans la pratique, recouvre des situations diverses qu'il convient de distinguer maintenant.

II. — QUE FAUT-IL ENTENDRE PAR LACUNES DU DROIT INTERNATIONAL ?

Le vocable « lacune » évoque un manque, un trou — mais par rapport à quoi ? Par rapport à un tout dont quelque chose manque. On pourrait appeler ce tout un système de référence et dire qu'il y a lacune lorsqu'il y a manque dans un système de référence.

Ainsi, si on prend la suite des nombres de 1 à 50 dont le nombre 25 serait exclu, on pourrait dire qu'il y a une lacune (le nombre 25) et ce par rapport à un système de référence donné (la suite des nombres de 1 à 50).

Dans un tel exemple, le système est aisé à déterminer car il est conventionnel, prédéterminé, donné à l'avance. On sait ce qu'on y a mis et il n'y aura ultérieurement aucune difficulté pour déterminer ce qui en est sorti ou ce qui en a été exclu.

La situation est singulièrement plus compliquée en droit international où la détermination du système pose une série de problèmes.

A. — *Quel est le contenu du système ?*

Si on s'entend aisément pour dire que le contenu du système est l'ensemble des règles du droit international, les difficultés commencent aussitôt qu'il est question de préciser de quelles règles il s'agit. C'est tout le domaine des contestations relatives aux sources du droit international.

Si, pour la plupart des auteurs, l'article 38 du Statut de la Cour internationale

¹⁴ Paul REUTER, dans ses « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1961, p. 489, relève avec raison que : « En fait tout ordre juridique est formé de normes juridiques exprimées dans un langage; par là même tout ordre juridique est discontinu par nature et l'image de la continuité ou de la plénitude du droit n'est pas très exacte pour aucun système juridique. »

de Justice ¹⁵ donne une définition du droit international, il n'y a pas unanimité sur le sens et la place qu'il convient de donner à la coutume et aux principes généraux du droit. La doctrine soviétique notamment a une conception fort restrictive de ces deux sources.

Pour d'autres, l'article 38 est incomplet, il ne mentionne pas les actes unilatéraux et les décisions des organisations internationales qui sont également sources de droit.

La conception que l'on se fera du système, la détermination des règles que l'on considère comme faisant partie du système auront des conséquences sur le point de savoir si, dans une espèce particulière, on se trouve ou non en présence d'une lacune.

Ainsi, tout l'ouvrage de Siorat repose sur une conception de la réglementation juridique réduite à l'ensemble des règles conventionnelles et coutumières à un moment donné. En conséquence, il analyse le recours par la pratique judiciaire et arbitrale internationale aux principes généraux du droit comme un moyen de combler les lacunes de la réglementation.

Cette façon de voir peut, dans une certaine mesure, se justifier du fait que les principes généraux du droit ont été incorporés au statut de la Cour permanente de Justice internationale par le Comité des juristes dans le but — exprimé clairement pendant les débats — de pallier les nombreuses lacunes du droit coutumier et du droit conventionnel ¹⁶.

Toutefois, depuis que cette source a été ajoutée, elle fait à son tour partie de la réglementation juridique et le recours par les tribunaux internationaux à cette source peut être considéré non comme une méthode pour combler des lacunes, mais bien comme une application du droit en vigueur.

Tout dépend donc de la conception que l'on se fait de la réglementation internationale.

La position de Siorat est très proche de celle des spécialistes du droit interne qui distinguent « lacunes de la loi » et « lacunes du droit ».

Mais aucune analogie ne peut être tirée de cette distinction en droit international public :

¹⁵ Article 38 :

« 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;

b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant de droit;

c) ... »

¹⁶ Publications de la C.P.J.I., *Rapport du Comité consultatif des juristes*, La Haye, 1920, pp. 314 et 334.

- où il n'y a pas de législateur, (aucune similitude n'existe, en effet, entre traités et coutume d'une part et législation d'autre part);
- et où il n'y a aucune hiérarchie entre les trois sources principales, même si les deux premières sont habituellement considérées comme étant les seules qui tirent leur force juridique de la volonté expresse ou présumée des Etats ¹⁷.

Selon la conception que l'on se fera du droit international, on diminuera ou on augmentera donc le champ des lacunes.

En outre, l'ensemble de la réglementation juridique internationale ne doit pas être envisagée d'une manière figée; le droit n'est jamais un code d'Hammourabi, taillé dans le roc. Il faut tenir compte de la constante évolution du système.

En dépit de l'absence de législateur, le droit international évolue également; ceci s'explique par la présence de processus créateurs de normes :

- un phénomène récent d'accélération de la coutume dans certaines matières, exemples : droit de la décolonisation, droit de l'espace, droit du développement;
- le rôle des organisations internationales;
- le réservoir des sources subsidiaires (doctrine et jurisprudence internationale).

Le système du droit international est donc en perpétuelle évolution et, par conséquent, moins saisissable, plus ouvert aux situations nuancées, douteuses ou non tranchées et, par conséquent, à l'interprétation.

Il suffit, pour s'en rendre compte, de citer le préambule de la Convention de La Haye de 1907 sur le droit de la guerre :

« En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les hautes parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. »

Des textes de ce genre indiquent de manière frappante combien le contenu du système a des contours flous.

On peut se demander d'ailleurs si la notion d'un « système de droit international » — entendant par là un système *unique* — a un sens, si cette vue correspond à la réalité ?

Le problème des lacunes, ne l'oublions pas, ne se pose jamais *in abstracto*

¹⁷ En revanche, nous estimons que l'on pourrait trouver une analogie dans le droit de la fonction publique internationale qui, tant par les sujets de droit en présence que par sa forme (essentiellement écrite de type législatif), rappelle le droit interne. Ce n'est pas sans raison que la doctrine range ce droit de la fonction publique internationale dans le droit interne des organisations internationales.

mais toujours à l'occasion d'un cas concret, le plus souvent dans les relations entre Etats. Le système de droit international auquel il conviendra de se référer pour trancher ce cas n'est pas un système *in abstracto* mais l'ensemble concret de principes, de règles, d'actes et d'attitudes¹⁸ gouvernant les relations entre les deux Etats en cause. Autrement dit, il est parfaitement possible que le droit international donne une réponse à une question dans les rapports entre les Etats A et B et pas dans les rapports entre les Etats A et C (exemples : droits historiques en matière de pêche; coutumes locales, situation réglée par traité entre deux Etats et pas avec les autres).

B. — *Quel est le sens des règles contenues dans le système ?*

A supposer que l'on s'entende sur le *contenu* de la réglementation, des discordances peuvent se présenter sur le *sens* des règles contenues dans le système.

Les règles de droit sont *par nature* chargées de valeurs et, étant véhiculées par le langage, d'éléments imprécis susceptibles d'interprétation.

Nombreux sont les textes dont l'existence en tant que règle n'est pas contestée mais qui contiennent des obscurités ou sont silencieux sur un point déterminé.

Ainsi, la charte de l'O.N.U. permet-elle à l'Organisation d'introduire une réclamation en faveur de ses fonctionnaires ? L'Organisation est-elle en droit d'exercer sur les anciens mandats de la Société des Nations, non convertis en territoires sous tutelle, les pouvoirs de contrôle que possédait l'organisation de Genève ?

Dans des situations de ce genre, le juge international saisi de la question utilise toutes les ressources de l'interprétation (par le contexte, par les buts du traité, en vertu de l'effet utile, par référence au droit international commun, par les travaux préparatoires, etc...).

A l'aide de ces ressources, le juge peut donner un sens plein aux dispositions obscures, suppléer aux silences et aux insuffisances en vue de faire de la réglementation un tout systématique et cohérent.

On sait que dans les deux espèces citées plus haut, la Cour internationale de Justice a répondu par l'affirmative aux questions posées. Le système n'expliquait pas quel sens il fallait donner à la règle. Avant la décision du juge, on ne savait pas quel était exactement le sens de la règle.

Peut-on parler ici de lacune ? Peut-on dire que la juridiction internationale a comblé ce que l'on pourrait appeler une *lacune d'interprétation* ?

Ici encore il s'agit de s'entendre sur ce que l'on veut dire par lacune.

¹⁸ Nous pensons particulièrement aux attitudes et actes unilatéraux : notifications, promesses, protestations, reconnaissances, re nonciations, silences, acquiescements qui jouent un rôle fondamental dans le règlement juridique des situations particulières.

Selon un premier point de vue, la Cour en interprétant ne crée pas le droit, elle l'applique, elle lui donne son sens plein.

Le système de référence est donc ici l'ensemble de la réglementation *de lege lata*, telle que le juge la construit en l'interprétant. Il n'y aurait donc pas lacune.

Selon un second point de vue, le système est un tout organique par la seule action du juge. Où est la limite entre interprétation et création ? C'est la décision du juge — dans les limites qu'il donnera à son pouvoir d'interprétation — qui, à l'occasion de cas déterminés, permettra de dire *ex post facto* quelle est la *lex lata*. Dans la mesure où le droit a été précisé par la décision, on peut parler de lacune comblée.

Une situation analogue se présente lorsque le droit ne dit pas comment choisir entre deux règles contradictoires qui sont *prima facie* également applicables.

Arnold Mulder¹⁹ imaginait en 1926 la situation d'une personne ayant à la fois les nationalités américaine et hollandaise. Il se demandait si les Etats-Unis d'Amérique auraient le droit de protester auprès du gouvernement hollandais contre l'incorporation dans l'armée hollandaise de ce citoyen américain ?

Le gouvernement hollandais pouvait répondre que personne ne peut l'empêcher d'obliger ses citoyens à faire leur service militaire.

Il s'agit ici d'un conflit de règles; le droit international a négligé d'indiquer à quelle règle il faut donner la préférence, comment il faut résoudre l'antinomie. C'est donc bien une lacune qui se présente ici. On pourrait parler de *lacune de règle de solution d'antinomie* qui n'est elle-même qu'une forme de la lacune d'interprétation.

La situation imaginée par Mulder a, depuis, trouvé sa solution dans la jurisprudence. On sait que la jurisprudence internationale a « dégagé » (ou « créé » ?) la théorie du rattachement principal qui permet de régler certains conflits en matière de double nationalité (*cf.* l'affaire *Mergé*).

C. — *Le système est-il de lege lata ou de lege ferenda ?*

Une complication supplémentaire provient du fait que la notion de lacune implique un jugement de valeur.

Si l'on part de l'usage courant du terme, on parle de lacune lorsqu'il est constaté qu'il n'y a pas de règle de droit pour régler une situation de fait déterminée.

Mais cette constatation s'accompagne fréquemment de l'appréciation que c'est là une situation regrettable, ou que c'était une situation regrettable et que la lacune a été depuis lors comblée. Le plus souvent donc l'emploi de ce terme implique un jugement de valeur.

¹⁹ Article précité, pp. 562-563.

1^{er} exemple : Supposons un traité comportant une énumération limitative de bénéficiaires d'un droit : ainsi, « les ressortissants alliés » ou « les ressortissants des Nations Unies ».

Si la question se pose de savoir si des ressortissants suisses peuvent bénéficier de l'application du traité, aussi regrettable que cela puisse être, il faudra bien conclure qu'il ne sont ni ressortissants alliés ni ressortissants des Nations Unies.

Si l'on parle de lacune c'est que l'on estime que le droit en vigueur est insatisfaisant et qu'il devrait être complété sur ce point.

Il n'y a pas de lacune du système de *lege lata* mais du système conçu de *lege ferenda* incluant les règles souhaitées.

A l'expérience, il apparaît que le droit tel qu'il a été fixé — et nous avons choisi à dessein un droit fixé par un traité — est insatisfaisant et devrait être modifié. On pourrait appeler ces lacunes des *lacunes d'expérience*²⁰.

Celui qui désire une modification de la situation de *lege lata* parlera de lacune et demandera qu'on la comble — celui qui se trouve fort bien de cette situation niera qu'il y ait lacune et demandera l'application du droit tel qu'il est.

2^{me} exemple : En 1962 devant la Conférence générale de l'Unesco, la question s'est posée de savoir si une décision portant sur le projet relatif au sauvetage des monuments de Nubie devait être prise à la majorité simple ou à la majorité des deux tiers.

Selon l'article IX, C, par. 8, a) de l'acte constitutif de l'Unesco « les décisions sont prises à la majorité simple, sauf dans les cas où les dispositions de la présente convention ou du règlement intérieur de la Conférence générale exigent une majorité des deux tiers ».

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

Bien que l'acte constitutif de l'Unesco ne contînt aucune règle similaire

²⁰ C'est en ce sens qu'il faut comprendre les observations du regretté professeur CAVARÉ, qui, au volume I, p. 40, de l'édition 1961 de son *Traité*, traite ainsi des lacunes du droit international au xvi^e siècle :

« Le caractère volontariste du Droit explique les lacunes du Droit international.

Or si les règles sont rares, cela tient pour une bonne part à ce qu'elles émanent de la volonté des Etats qui n'arrivent pas à se mettre d'accord pour les formuler. »

Et plus loin il ajoute, p. 61 :

« Les lacunes innombrables qu'offrait le Droit international au xvii^e siècle tendent à se combler, les traités se multiplient dans tous les domaines. »

à l'article 18 de la Charte des Nations Unies, cette thèse du vide juridique emporta l'adhésion du Comité et celle de la Conférence ²¹.

La thèse française du « vide juridique », de l'existence d'une lacune, avait un but politique évident : éviter l'application du droit. L'appui apporté à cette thèse impliquait un désir identique de la part de la majorité.

On peut rapprocher cet exemple des diverses situations où les parties demandent aux juges ou aux arbitres de statuer « *ex aequo et bono* » (dans le sens « *contra legem* »).

Dans de telles hypothèses, les parties veulent écarter l'application du droit en vigueur et simultanément la lacune pour pouvoir introduire une règle contraire dans le système; le système de référence inclut donc des règles de *lege ferenda* que l'on introduit dans le droit existant.

On pourrait parler ici de *lacune de convenance*.

Une distinction fondamentale apparaît donc entre les lacunes de systèmes *de lege lata* (lacunes d'interprétation, lacunes de solution de règles d'antinomie) et les lacunes de systèmes dans lesquels on introduit ou désire introduire des normes *de lege ferenda* (lacunes d'expérience et lacunes de convenance).

En conclusion, le terme de lacune peut s'appliquer à diverses situations selon la conception que l'on a du système, c'est-à-dire de l'ensemble de la réglementation, du sens des règles et de la manière dont on les applique.

Aussi, la détermination de l'existence de lacunes est-elle liée à celle d'un organe ayant qualité pour déterminer le contenu du système.

D. — Organe ayant qualité pour déterminer le contenu du système et l'interpréter.

Ici encore, le plus grand relativisme s'impose.

Tout dépendra des faits de l'espèce.

Partant de l'idée que la lacune se définit par rapport à des situations concrètes, c'est l'organe valablement saisi de la question et compétent pour trancher le litige qui assurera cette détermination *in casu*.

Ce peut être un juge ou un arbitre international saisi par requête ou compromis.

Ce peut être aussi un organe politique : une organisation internationale par exemple. Doivent être considérés comme tombant dans cette seconde catégorie les Etats qui, de commun accord, interprètent ou modifient le droit qui les lie.

²¹ Pour les détails, voir SALMON J., De certains aspects juridiques et financiers de la campagne internationale pour la sauvegarde des monuments de Nubie, *A.F.D.I.*, IX, 1963.

III. — LES ORGANES AYANT QUALITE POUR COMBLER LES LACUNES DU DROIT INTERNATIONAL ET LEURS METHODES

En droit interne, il existe habituellement un partage de compétence entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire pour combler les lacunes du droit.

On a ainsi, d'une part, le recours au législatif (parfois prévu spécialement sous forme de référé législatif) et, d'autre part, le recours au judiciaire. Il est fréquemment spécifié que le judiciaire a le devoir de ne pas prononcer de *non liquet*.

En droit international, on rencontre également un partage de compétence entre les sujets du droit international et le juge international.

A. — *Le rôle des sujets du droit international se marque à la fois lorsqu'il s'agit de lacunes de lege lata et de lacunes de lege ferenda.*

Dans le premier cas — d'ailleurs rare — les parties interprètent elles-mêmes les dispositions obscures : c'est en quelque sorte d'interprétation authentique qu'il s'agit.

Le second cas est beaucoup plus fréquent, c'est de modification, de révision du droit qu'il s'agit et ceci en vue de remédier à des situations ressenties comme des lacunes par les sujets du droit international.

Plusieurs situations types se rencontreront :

- a) La création d'une réglementation juridique par traité ou coutume dans les domaines non encore régis par le droit international; ainsi : droit de l'espace, droit nucléaire, limitation des armes ou expériences nucléaires, etc...
- b) Parfois les Etats, au moment de la soumission d'un litige au juge, constatent l'insuffisance des règles existantes et combler eux-mêmes les lacunes à l'occasion du compromis : ainsi, les règles sur la neutralité insérées dans le Traité de Washington du 8 mai 1871 entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne avant l'arbitrage de l'Alabama ou encore, les règles de droit pénal international imposées au Tribunal militaire international de Nuremberg par l'article 6 de la Charte annexée à la Convention de Londres du 8 août 1945.
- c) Les parties qui veulent écarter l'application du droit strict peuvent le faire en donnant au juge des pouvoirs d'arbitrage ou le droit de statuer *ex aequo et bono*.

Siorat parle très justement dans ce cas de « lacune par détermination des Etats »²² car, sans pouvoir spécial donné au juge, ce dernier devrait statuer en droit strict.

²² *Op. cit.*, p. 88.

- d) Enfin, on a vu par ailleurs (ci-dessus l'exemple de l'Unesco) que, sous couleur d'interprétation, les Etats peuvent en fait écarter les règles existantes en créant des règles nouvelles.

B. — *Le rôle du juge international pour combler les lacunes.*

Le rôle du juge international pour combler les lacunes ne peut être examiné sans aborder la question du *non liquet*.

a) Comme l'a fait remarquer à plusieurs reprises le professeur Paul Reuter, *quoique liées les questions sont cependant distinctes*, en ce sens qu'il peut y avoir *non liquet* sans qu'il y ait pour autant de lacunes dans le droit international ²³.

Ainsi, un tribunal peut être hors d'état de rendre la sentence qui lui a été demandée, si les circonstances de fait rendent inapplicables les règles dont l'application lui est demandée.

Par exemple, lorsque la chaîne de montagne prévue dans un traité de limites s'avère non existante ²⁴.

b) *Le droit international conventionnel ne contient que rarement des clauses interdisant le non liquet, ordonnant au contraire au juge de statuer* en cas de lacunes comme le fait l'article 4 du Code civil français.

On signalera les cas exceptionnels suivants :

- l'article 42, par. 2, de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats qui dispose :

« Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit ²⁵. »

- le traité d'arbitrage et de conciliation entre la Confédération suisse et le Reich allemand signé le 3 décembre 1921 qui contenait la disposition suivante :

« Si dans un cas donné, les bases juridiques énoncées ci-dessus accusent des lacunes, le Tribunal se prononce selon les principes judiciaires qui, à son avis, devraient faire règle en droit international. Il s'inspire à cet effet des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

- le statut de la Cour des prises (convention XII de La Haye) qui n'est jamais entré en vigueur, mais qui contenait également une clause intéressante à cet égard :

« Si la question de droit à résoudre est prévue par une convention en vigueur entre le belligérant capteur et la Puissance qui est elle-même partie au litige ou dont le ressortissant est partie au litige, la Cour se conforme aux stipulations de ladite convention. A défaut de telles stipulations, la Cour applique les règles

²³ *Cours de droit international public* sur les modes de solution des conflits internationaux, Les cours de droit, 1957-1958, p. 160; *Droit international public*, P.U.F., Thémis, 1958, p. 303.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Voir texte de cette convention à la suite de l'article de M. G.R. DELAUME, paru au *Journal du Droit international*, 1966, n° 1, p. 31.

du Droit international. Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue *d'après les principes généraux du droit et de l'équité*. » (c'est nous qui soulignons).

Des dispositions de ce genre ont évidemment pour effet d'obliger le juge à combler les lacunes.

c) *A défaut d'autorisation spéciale les tribunaux internationaux se reconnaissent néanmoins le pouvoir de combler les lacunes* et ne prononcent pas de *non liquet*. En fait, les tribunaux sont très discrets sur ce point, ils ne parlent jamais de lacunes; ils les combleront sans le dire.

Bien que cela soit plus étonnant on note de même que les *parties*, les *plaideurs*, ne recourent pratiquement jamais à l'argument que le droit présente une lacune sur le point considéré.

Cette situation provient sans doute du rôle assigné au juge dans le règlement des conflits internationaux :

- 1° Il ne peut, par définition, être saisi que des *litiges juridiques*, ceux « où les parties se contestent un droit », donc ceux où il y a du droit à appliquer ou à interpréter.
- 2° Les parties, de commun accord, ou du moins l'une d'entre elles, éviteront de confier aux tribunaux internationaux ceux des litiges juridiques qu'elles considèrent comme politiquement non justiciables. Un gouvernement peut, en effet, refuser de soumettre un différend au règlement judiciaire sans pour cela contester le caractère juridique de ce différend.
Il peut y avoir de multiples justifications à une telle attitude : l'importance de l'intérêt en jeu (on verrait mal la Pologne ou la République fédérale d'Allemagne soumettre à l'arbitrage la question de la frontière Oder-Neisse) ou le désir d'une des parties de changer le droit (l'Indonésie refusa de soumettre à la Cour internationale de Justice la question dite de l'Irian Occidental, l'U.R.S.S. le conflit qu'elle avait avec la Suède sur la largeur de sa mer territoriale, l'Autriche le litige qui l'opposait à l'Italie relatif au Haut Adige)²⁶.
- 3° La juridiction obligatoire reste à ce point exceptionnelle, semée d'embûches et de réserves, qu'il est douteux que des litiges relatifs à des zones non réglementées puissent aboutir devant le juge international.
- 4° Le juge est le plus souvent saisi, par compromis, de litiges longuement préparés par les parties et leurs équipes parfois nombreuses de conseils et d'experts; le problème du juge sera dès lors qu'il aura *trop* de règles à appliquer, qu'il devra choisir, notamment en qualifiant les faits.

²⁶ Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 2^e éd., 1955, p. 410; et du même auteur, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966, pp. 14-15.

5° La liberté que possède toute juridiction de rechercher elle-même les motifs de sa décision — pourvu qu'elle statue sur les conclusions des parties — fera qu'elle ne se laissera pas aisément enfermer dans des dilemmes qui l'accablent à un *non liquet*.

Toutes ces raisons expliquent qu'en pratique on ne rencontre pas de *non liquet* en droit international.

d) Dans l'exercice de cette faculté les tribunaux veillent à *ne pas sortir du caractère essentiellement judiciaire de leur mission*.

Ainsi, à l'occasion de ses jugements 1, 2 et 3, le Tribunal administratif de la Société des Nations s'est exprimé en ces termes :

« Le Tribunal administratif de la Société des Nations est un organe de juridiction compétent pour dire le droit, non pour le faire » — « ce n'est qu'à défaut de l'existence dans une telle espèce d'un droit positif qu'il y aurait lieu pour le Tribunal de s'en référer aux principes généraux du droit et de l'équité. »

Comme le relève le président Charles de Visscher²⁷, le juge international a le devoir de juger; le *non liquet* lui est interdit sous peine de déni de justice, dès lors qu'il est appelé à régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis.

Cette interdiction repose à la fois sur l'intérêt général (mettre fin au litige) et sur la volonté des Etats qui, en soumettant la contestation au juge, ont entendu lui apporter une solution en droit²⁸.

Le devoir de juger, d'interpréter le droit, a cependant une *limite* : celle qui résulte du *caractère essentiellement judiciaire de la mission du juge*.

La Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice ont souvent rappelé ce principe en soulignant notamment que la *Cour statue en droit*²⁹.

Ainsi, dans son avis relatif à la *compétence de l'Organisation internationale du Travail pour réglementer le travail personnel du patron*, la Cour permanente de Justice internationale a indiqué qu'il ne lui appartenait pas de fonder sa décision sur des considérations extra-juridiques d'ordre politique ou social³⁰.

Dans son arrêt du 7 juin 1932, au sujet des *zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, la même Cour fit valoir que le « jeu d'intérêts

²⁷ *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Pedone, 1963, p. 22.

²⁸ Cf. l'affaire de l'île de Palmas, (R.S.A., II, p. 869) où l'illustre juriste helvétique Max Huber repousse l'idée du *non liquet* sur cette seule base :

« For since, according to the terms of its Preamble, the Agreement of January 23rd, 1925, has for object, to « terminate » the dispute, it is the evident will of the Parties that the arbitral award shall not conclude by a « non liquet », but shall in any event decide that the island forms a part of the territory of one or the other of two litigant Powers. »

²⁹ V. Sux, Eric, Contributions de la jurisprudence internationale récente au développement du droit des gens, R.B.D.I., 1965/2 et 1966/1.

³⁰ Série A/B, n° 13, p. 23.

économiques réciproques » des parties, soulevait des questions qui étaient « en dehors du domaine où une cour de justice, dont la tâche est d'appliquer des règles de droit, peut aider à la solution des différends entre deux Etats »³¹.

Si elle statue en droit, la Cour doit appliquer la *lex lata* et exclure la *lex ferenda*.

Dans son avis concernant le *traitement des nationaux polonais à Dantzig*, la Cour insista sur le fait que sa tâche était « d'interpréter le texte tel qu'il est », même si on pouvait « envisager de *lege ferenda* l'octroi à ces personnes de garanties plus étendues que celles que contient l'article 2 du traité polonais des minorités »³².

Appelée à dire le droit, la Cour doit s'abstenir d'indiquer comment, suivant elle, les situations litigieuses peuvent être réglées politiquement.

Dans l'affaire *Haya de la Torre* les parties avaient invité la Cour, sous prétexte d'interprétation de la convention de la Havane, à dire par quelles voies l'asile devait prendre fin.

La Cour répondit :

« Mais ces voies sont conditionnées par des éléments de fait et par des possibilités que, dans une très large mesure, les parties sont seules en situation d'apprécier. Un choix entre elles ne pourrait être fondé sur des considérations juridiques, mais seulement sur des considérations de nature pratique ou d'opportunité politique; il ne rentre pas dans la fonction judiciaire de la Cour d'effectuer ce choix.

... Elle ne saurait donner aucun conseil pratique quant aux voies qu'il conviendrait de suivre pour mettre fin à l'asile, car, ce faisant, elle sortirait du cadre de sa fonction judiciaire³³. »

Mais c'est probablement dans l'arrêt relatif au *Sud-Ouest africain — deuxième phase* que la Cour a été le plus nette pour indiquer ce qui distingue l'activité judiciaire de l'activité législative, notamment dans la méthode de remédier aux lacunes :

« Si, après avoir interprété d'une manière juridiquement exacte une situation donnée, on considère que certains droits allégués n'existent pas, on doit en accepter les conséquences.

Il n'appartient pas à la Cour de postuler l'existence de ces droits pour éviter de telles conséquences. Ce faisant, elle se livrerait à une tâche essentiellement

³¹ Série A/B, n° 46, p. 162.

³² Série A/B, n° 44, p. 40.

³³ *Recueil*, 1951, pp. 79 et 83.

Dans son avis sur la *réparation des dommages subis au service des Nations Unies* la Cour, analysant la concurrence entre protection nationale et protection fonctionnelle de la victime du dommage, nota que : « En pareil cas, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'Etat soit l'organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale » (*Recueil*, 1949, p. 185). Les « solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens » peuvent être trouvées, mais elles seront l'apanage des parties intéressées, pas de la Cour.

législative, pour servir des fins politiques qu'il n'entre pas dans les fonctions d'un tribunal de favoriser, si désirable cela soit-il »³⁴.

Et un peu plus loin s'agissant de l'argument de nécessité :

« ... Cette nécessité, si elle existe, relève du domaine politique. Ce n'est pas une nécessité au regard du droit. Si la Cour devait maintenant, pour pallier les conséquences des événements, introduire dans le système des mandats, à titre de remède, un élément entièrement étranger à sa nature et à sa structure véritables, telles qu'elles ont été conçues au moment de son institution, elle s'engagerait dans un processus rétrospectif outrepassant ses fonctions de tribunal. Or, ainsi qu'il ressort du début de l'article 38, par. 1, du statut, la Cour n'est pas un organe législatif. Sa mission est d'appliquer le droit tel qu'elle le constate et non de le créer.

... On peut faire valoir que la Cour serait fondée à combler des lacunes en application d'un principe téléologique d'interprétation, aux termes duquel il faudrait donner aux instruments leur effet maximum en vue d'assurer l'accomplissement de leurs objectifs fondamentaux. Il n'y a pas lieu de discuter dans le présent arrêt d'un principe dont la portée exacte est fortement sujette à controverse, car ce principe ne saurait évidemment s'appliquer en des circonstances où la Cour devrait sortir du domaine que l'on peut normalement considérer comme celui de l'interprétation pour entrer dans celui de la rectification ou de la revision.

... Autrement dit, la Cour ne saurait remédier à une lacune si cela doit l'amener à déborder le cadre normal d'une action judiciaire³⁵. »

En conclusion, si la faculté du juge international de combler les lacunes du droit est incontestable, sa liberté n'est cependant pas sans limites. Il est un point que le juge ne peut dépasser, c'est celui où en statuant il sortirait de ses fonctions judiciaires, qui sont d'appliquer et d'interpréter le droit et non de le reviser.

On voit donc qu'aux deux grands types de lacunes que nous avons dégagés (du système *de lege lata* et du système *de lege ferenda*) correspondent deux grands modes de combler des lacunes :

a) s'agissant des lacunes du système *de lege lata*, elles peuvent être complétées par les parties et par le juge dans les limites, pour ce dernier, de sa conception de la fonction judiciaire, et de son rôle en tant que juge.

Le système de référence par rapport auquel se définissent les lacunes est un système *de lege lata* évolutif et mouvant, fonction de l'état de la réglementation à un moment donné telle qu'elle est définie par le juge.

b) s'agissant des lacunes du système considéré *de lege ferenda*, elles ne peuvent être comblées que par un organe politique, les parties, une organisation internationale, un juge statuant comme amiable compositeur ou *ex aequo et bono*, une commission de conciliation.

Le juge nanti de ses seuls pouvoirs de droit commun n'a aucune compétence pour modifier ou réviser le droit, il ne peut que l'appliquer ou l'interpréter.

³⁴ *Recueil*, 1966, p. 36.

³⁵ *Recueil*, 1966, pp. 47-48.

Quand passe-t-on d'un type de lacune à l'autre ? Quand quitte-t-on le domaine de l'interprétation pour passer à celui de la création ? Normalement c'est le juge qui tranchera en se déclarant compétent pour interpréter et incompétent lorsque ce qui lui est demandé lui paraîtra sortir de sa fonction judiciaire, lorsqu'il lui semblera que ce qui lui est demandé ce n'est pas simplement d'appliquer ou d'interpréter le droit, mais de le reviser.

Ce critère de distinction n'est pas des plus satisfaisants — il s'avère purement formel. C'est la décision de la Cour qui fera que la Cour interprète ou refuse de créer ou modifier le droit. On ne peut s'empêcher de penser que ce critère n'a rien d'objectif. Tout dépendra de la politique judiciaire et des limites dans lesquelles le juge acceptera plus ou moins consciemment de faire œuvre prétorienne ³⁶.

Il est indéniable que c'est cette œuvre prétorienne qui fut faite par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Nottebohm* ou dans l'avis consultatif sur la *réparation des dommages subis au service des Nations Unies*; il est tout aussi indéniable que la Cour s'y est refusée dans l'affaire du *Sud-Ouest africain - deuxième phase*, sans qu'il soit possible d'en déterminer objectivement les raisons.

³⁶ Voyez les remarques de M^{lle} L.V. PROTTE dans « Some Aspects of Judicial Reasoning in the South-West Africa Case of 1962 », *R.B.D.I.*, 1967/1, pp. 37-51.