

# LE PROBLEME DES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DANS L'ARRET SUR LE PLATEAU CONTINENTAL DE LA MER DU NORD

par

Krystyna MAREK

Professeur à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève

## I. INTRODUCTION

Le 20 février 1969, la Cour internationale de Justice a rendu son arrêt dans les affaires du *plateau continental de la mer du Nord*. Qu'il nous soit permis de dire d'emblée : quelle que soit l'importance évidente de cet arrêt pour les questions concrètes du plateau continental et de sa délimitation, avec les conséquences d'ordre pratique qui en découlent pour la répartition et l'exploration des richesses naturelles, il s'agit en premier lieu et principalement d'un arrêt sur les sources du droit international.

Que la question des sources soit au cœur même du litige soumis à la Cour résulte déjà des deux compromis identiques (entre la République fédérale d'Allemagne et le Danemark et entre la République fédérale d'Allemagne et les Pays-Bas) qui, à l'article premier, la formulent de la manière suivante :

« Quels sont les principes et les règles du droit international applicables à la délimitation entre les Parties des zones du plateau continental de la mer du Nord relevant de chacune d'elles, au-delà de la ligne de délimitation partielle déterminée par la Convention... du 9 juin 1965 ?<sup>1</sup> »

Les compromis précisent donc clairement la tâche de la Cour. Par là-même, ils circonscrivent le sujet de l'arrêt et déterminent sa nature en tant qu'arrêt déclaratoire. Cette manière de voir est celle de la Cour elle-même :

« ... la Cour est priée... de décider "quels sont les principes et les règles du droit international applicables". Il n'est pas demandé à la Cour d'établir effectivement les limites prolongées dont il s'agit : aux termes des compromis,

<sup>1</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. *Recueil*, 1969, cité par la suite comme « Arrêt », p. 7.

cette tâche est réservée aux Parties qui s'engagent à procéder à la délimitation " par voie d'accord conclu conformément à la décision demandée à la Cour ", c'est-à-dire sur la base et en conformité des principes et des règles de droit international tenus par la Cour pour applicables<sup>2</sup>. »

Ainsi, fidèle aux termes des compromis et à sa propre conception de sa mission, la Cour se concentre principalement sur la question des règles de droit applicables. Il en résulte un arrêt dont on peut dire sans exagération qu'il est sans précédent dans toute la jurisprudence des deux Cours de La Haye par la richesse de son analyse. En effet, la Cour s'y occupe de tout l'éventail des sources du droit international, aussi bien de celles codifiées dans le texte classique de l'article 38 de son statut, que de celles dont on pourrait envisager l'existence en dehors de ce texte, à savoir, les actes unilatéraux, l'équité, dans un sens différent de celui de l'article 38, 2, ainsi que les « principes » du droit international. (La seule « source » possible omise, et que l'imagination juridique pourrait ajouter, serait le pouvoir réglementaire des organisations internationales, question qui ne pouvait pas intéresser la Cour dans l'espèce). Ce faisant, la Cour discute tout particulièrement l'interaction des deux sources principales : traité et coutume, question qui prend toute son importance à l'époque de codification qui est la nôtre.

Nous nous proposons, dans cet article, de passer en revue toutes les sources discutées par la Cour, en nous attachant plus particulièrement à la question susmentionnée de l'interaction entre le droit international coutumier et conventionnel.

Rappelons très brièvement les faits, dans la mesure où leur connaissance est nécessaire pour comprendre le raisonnement de la Cour concernant les sources.

Le litige oppose la République fédérale d'Allemagne à ses deux voisins, le Danemark et les Pays-Bas et il porte sur la délimitation de leurs plateaux continentaux respectifs dans la mer du Nord. Le Danemark et les Pays-Bas affirment que le principe d'équidistance comme méthode d'une telle délimitation, contenu à l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental<sup>3</sup>, constitue la règle obligatoire en la matière. L'Allemagne, qui a signé mais non ratifié la convention, le conteste.

<sup>2</sup> Arrêt, p. 14.

<sup>3</sup> L'article 6 de la Convention porte :

« 1. Dans le cas où un même plateau continental est adjacent aux territoires de deux ou plusieurs Etats dont les côtes se font face, la délimitation du plateau continental entre ces Etats est déterminée par accord entre ces Etats. A défaut d'accord, et à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation, celle-ci est constituée par la ligne médiane dont tous les points sont équidistants 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.

2. Dans le cas où le même plateau continental est adjacent aux territoires de deux Etats limitrophes, la délimitation du plateau continental est déterminée par accord entre ces Etats.

Théoriquement, le principe d'équidistance pourrait être opposable à l'Allemagne à plusieurs titres : soit comme une règle conventionnelle, soit du fait de son comportement (*estoppel*), soit enfin comme règle coutumière. Dans ce dernier cas, il faut encore distinguer deux possibilités : premièrement, celle où la règle de l'équidistance aurait existé en tant que règle coutumière *avant* la convention, qui n'aurait donc fait à ce sujet qu'œuvre de codification pure; l'article 6 aurait donc eu dès le début une double nature, conventionnelle et coutumière. Deuxièmement, celle où une règle coutumière du même contenu se serait développée *après* la convention; l'article 6 aurait donc acquis la double nature, conventionnelle et coutumière, par la suite.

Or l'Allemagne n'est pas partie à la Convention. Les dispositions de cette dernière ne lui sont donc pas opposables en tant que telles. De l'avis de la Cour, son comportement n'était pas de nature à permettre l'invocation de l'*estoppel*. Reste donc la seule question de la nature précise de l'article 6, à savoir de son rapport avec le droit coutumier qui l'aurait, soit précédé, soit suivi. La première hypothèse soulève toute la question — capitale de nos jours — de la distinction entre « codification » et « développement progressif du droit international » (pour reprendre les termes de l'article 13 de la Charte des Nations Unies et de l'article 15 du statut de la Commission du droit international) et des conséquences purement pratiques d'une telle distinction. La seconde hypothèse soulève surtout la question de la formation de la coutume. Les deux soulèvent la question de la preuve.

La Cour — on le sait — est arrivée à la conclusion que l'article 6 de la convention n'incorporait aucune règle coutumière, ni pré-existante, ni créée par la suite. Là était le cœur du problème. Des rapports subtils et délicats entre traité et coutume, de l'interaction de ces deux sources, dépendait l'existence ou l'inexistence d'une obligation à la charge de l'Allemagne, — donc la solution à donner au litige et le sort de son enjeu qui d'après ce que l'on connaît paraît formidable.

## II. QUESTIONS FONDAMENTALES

### 1. NOTION DE REGLE DE DROIT

Si, au seuil de son examen des sources, la Cour pose la question de la notion même de règle de droit, ce n'est pas pour s'engager dans la voie — qui

A défaut d'accord, et à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation, celle-ci s'opère par application du principe de l'équidistance 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.

3. Lors de la délimitation du plateau continental, toute ligne de démarcation établie conformément aux principes mentionnés dans les paragraphes 1 et 2 du présent article devrait être définie par référence aux cartes et aux caractéristiques géographiques existant à une date donnée, et il devrait être fait mention de points de repères fixes et permanents à terre. »

n'a jamais été la sienne — des considérations purement théoriques, mais pour opérer une distinction entre une telle règle et la méthode de délimitation du plateau continental fondée sur l'équidistance. Il est bien vrai, dit la Cour, que cette méthode présente les grands avantages de la commodité et de la certitude. Ces avantages ne suffisent cependant pas pour la transformer en règle de droit et la rendre obligatoire. « Juridiquement, si une telle règle existe, sa valeur en droit doit tenir à autre chose qu'à ces avantages...<sup>4</sup> »

On restera sur sa faim quant à savoir ce que la Cour entend par « autre chose » et quelle aurait été sa notion positive — et non seulement polémique — d'une règle de droit. Relevons cependant les termes « obligatoire » et « obligation », sur lesquels la Cour insiste. La méthode, quels que soient ses mérites, n'est pas obligatoire. La règle de droit, elle, l'est.

C'est tout ce dont la Cour a besoin pour remplir sa mission. Elle n'a effectivement pas à se poser la question du fondement de l'obligation, ni même à serrer la notion de norme de plus près.

Il est pourtant permis d'observer que l'accent est mis ici uniquement sur l'obligation (englobant probablement les deux fonctions : celle d'ordonner et celle d'interdire), alors qu'une norme peut également permettre ou autoriser. La Cour aurait-elle adopté le point de vue de Kelsen, selon lequel l'autorisation n'est pas l'élément essentiel de la norme, alors que l'obligation l'est ?<sup>5</sup> Quoi qu'il en soit, c'est de l'obligation et uniquement de l'obligation que la Cour se sert pour établir le caractère d'une règle de droit.

Il en résulte que la Cour ne cherche pas à établir si le Danemark et les Pays-Bas ont été *autorisés* à procéder à la délimitation de leurs plateaux continentaux au moyen de la méthode d'équidistance, mais à établir si l'Allemagne *avait l'obligation* de se soumettre à une telle délimitation. La norme est donc considérée avant tout comme formulation d'une obligation. Avec Kelsen — et la Cour — nous pensons qu'une telle vue est parfaitement justifiée par la nature même du droit.

<sup>4</sup> Arrêt, p. 24.

<sup>5</sup> « Das Recht des einen ist nur Folge der Pflicht eines anderen. Und nicht einmal die notwendige Folge. Wohl statuiert jeder Rechtssatz eine Pflicht, nicht immer aber findet dadurch ein hinlänglich konkretes individuelles Interesse (im Sinne des objektiven Rechtes) Schutz, oder wird der Inhalt der Pflicht durch eine von der Rechtsordnung delegierte Willensäußerung einer Partei bestimmt. Ja, es wäre durchaus eine Rechtsordnung denkbar, die gar keine Berechtigungen in dem besonderen technischen Sinne statuiert, weil sie überhaupt nicht dem Individualwillen der Partei irgendeine Verbindlichkeit — sei es als Rechtsgeschäft oder Klage — einräumt. ... Ein Beispiel für eine nur Pflichten und keine Berechtigungen statuierende Rechtsordnung ist das Strafrecht schon in seiner heutigen Gestalt. ... Eine Rechtsordnung oder auch nur ein Rechtssatz ohne Rechtspflicht ist undenkbar. Denn die rechtliche Verpflichtung bedeutet nichts anderes als die rechtliche Bindung, und in dieser rechtlichen Bindung oder Verbindung liegt das Wesen der Rechtsordnung im ganzen wie jeder einzelnen Rechtsnorm. » *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, p. 60.

## 2. ATTRIBUTION DES COMPETENCES

Même dans une étude limitée aux sources, il est important de voir, au seuil de notre examen, comment la Cour envisage les compétences des États par rapport à leur plateau continental. Cette question, dépassant de loin le problème du seul plateau continental, touche à l'origine même des compétences étatiques.

Ces compétences sont-elles attribuées aux États par le droit international, ou bien dérivent-elles d'une autre source et le droit international ne fait-il que les limiter ? Poser la question, ce n'est pas seulement rouvrir un grand débat, situé aux confins de la philosophie du droit, mais c'est aussi préjuger des solutions pratiques des problèmes concrets qui se posent dans l'ordre juridique international. L'affaire du *Lotus* a montré d'une manière éclatante les rapports directs existant entre une *Weltanschauung* juridique et la solution concrète d'un litige, la concrétisation dans un arrêt d'une conception théorique de l'État et du droit, dont Maurice Bourquin trace les origines dans la philosophie hégélienne et dans son influence sur le positivisme étatique<sup>6</sup>. Selon cette conception, l'État serait un fait métajuridique, doté de « puissance originaire »<sup>7</sup>. « Il existerait en dehors du droit, avec sa compétence, avec son pouvoir de commandement; et le droit ne pourrait intervenir qu'après coup pour limiter cette puissance extérieure<sup>8</sup>. »

Pour chercher la source directe de l'inspiration de la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus*, il n'est pas besoin de remonter à Hegel ni même à Jellinek; il suffit de se reporter à la doctrine combien plus élégante mais non moins ferme d'Anzilotti : « ... le droit international est supérieur à l'État en ce sens qu'il constitue une limite juridique de sa puissance, mais non pas dans le sens que la puissance de l'État soit une délégation du droit international... »<sup>9</sup>

Quelles que soient les distinctions extrêmement subtiles qu'opère Bourquin en analysant la pensée de la Cour dans l'affaire du *Lotus*, le fait reste que la Cour a considéré le droit international comme une limite et non pas comme une source d'attribution des compétences étatiques.

« Dans ces conditions — dit la Cour — tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté<sup>10</sup>. »

<sup>6</sup> BOURQUIN, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1931, I, p. 105. Pour toute cette question nous renvoyons à son analyse magistrale, *ibid.*, pp. 101-107.

<sup>7</sup> La « ursprüngliche Herrschermacht » de Jellinek, citée par Bourquin; cf. une autre expression de la même pensée : « Der Staat ist Staat kraft seines inneren Wesens ». JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3 Auflage, Berlin, 1922, p. 273.

<sup>8</sup> BOURQUIN, *op. cit.*, p. 105.

<sup>9</sup> *Cours de droit international*, Paris, 1929, p. 51.

<sup>10</sup> *C.P.J.I.*, Sér. A, n° 10, p. 19.

Voilà la *Weltanschauung*. On en connaît les conséquences pratiques.

Quelle est l'attitude de la Cour internationale de Justice sur cette question cruciale ? C'est en donnant le *rationale* du régime juridique du plateau continental que la Cour est amenée à aborder le problème :

« ... le titre que le droit international attribue *ipso jure* à l'Etat riverain sur son plateau continental procède de ce que les zones sous-marines en cause peuvent être considérées comme faisant véritablement partie du territoire sur lequel l'Etat riverain exerce déjà son autorité<sup>11</sup>. »

C'est donc le droit international qui est clairement envisagé comme source d'attribution des compétences des Etats. Cette pensée se trouve confirmée dans un autre passage du texte de l'arrêt où la Cour parle :

« ... de la règle qui constitue sans aucun doute possible pour la Cour la plus fondamentale de toutes les règles de droit relatives au plateau continental et qui est consacrée par l'article 2 de la Convention de Genève de 1958 bien qu'elle en soit tout à fait indépendante ; les droits de l'Etat riverain concernant la zone de plateau continental qui constitue un prolongement naturel de son territoire sous la mer existent *ipso facto* et *ab initio* en vertu de la souveraineté de l'Etat sur ce territoire et par une extension de cette souveraineté sous la forme de l'exercice de droits souverains aux fins de l'exploration du lit de la mer et de l'exploitation de ses ressources naturelles. Il y a là un droit inhérent<sup>12</sup>. »

Nous pouvons laisser de côté la question de savoir si l'expression « un droit inhérent » possède une rigueur suffisante. Nous pouvons également laisser de côté une question finalement secondaire, de savoir pourquoi le *ipso jure* du passage précédemment cité est devenu *ipso facto* dans le passage actuellement examiné, et quelle est la nécessité et la signification du terme *ab initio* ? (*Initium* correspondant à quoi : à la constitution historique de l'Etat riverain avec le fait géographique de son plateau continental dont il ignore même l'existence ? à la découverte du plateau et de ses possibilités en matière des ressources naturelles ? à la formation de la règle coutumière ? à la conclusion de la Convention de Genève ?). Ce qui importe, c'est la constatation que les compétences de l'Etat riverain sur son plateau continental lui sont attribuées par une règle de droit international, d'abord coutumière, ensuite conventionnelle. Même si cette règle prend la souveraineté de l'Etat riverain sur son territoire comme point de départ, ce n'est donc pas — contrairement à la doctrine du *Lotus* — cette souveraineté même qui constitue le titre de sa compétence, mais c'est une règle de droit international qui ne fait que prendre cette souveraineté en considération.

Nous rencontrons de nouveau la même pensée de la Cour quand elle résume la proclamation Truman : « ... et la doctrine principale qu'elle énonçait, à savoir que l'Etat riverain possède un droit originaire, naturel et exclusif, en somme

<sup>11</sup> Arrêt, p. 31. C'est nous qui soulignons.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 22.

un droit acquis, sur le plateau continental situé devant ses côtes... » comme l'ayant « finalement emporté sur toutes les autres » et trouvant « aujourd'hui son expression dans l'article 2 de la Convention de Genève...<sup>13</sup> ». Même si les adjectifs « originaire » et « naturel » peuvent encore une fois appeler des réserves au point de vue de leur précision, il reste que la Cour ne fait que résumer cette doctrine pour la présenter non pas en dehors du droit, mais au contraire, comme le contenu même d'une règle de droit, en l'occurrence de l'article 2 de la Convention de Genève<sup>14</sup>.

Retenons encore un dernier passage dans le même ordre d'idées :

« L'institution du plateau continental est née de la constatation d'un fait naturel et le lien entre ce fait et le droit, sans lequel elle n'eût jamais existé, demeure un élément important dans l'application du régime juridique de l'institution<sup>15</sup>. »

Tous les passages cités montrent une conception constante, cohérente, conséquente, des rapports entre le droit international et les Etats qui lui sont soumis. Cette conception n'est pas celle du *Lotus*. S'il y a là vraiment un renversement de la jurisprudence de la Cour en matière de questions fondamentales du droit international, il y a lieu de s'en réjouir.

### III. SOURCES

#### I. TRAITES

##### a) *Effets des traités à l'égard des tiers.*

La Cour maintient fermement le principe classique de la non-opposabilité des traités aux Etats tiers. En l'occurrence, elle rejette l'idée même — sur laquelle le Danemark et les Pays-Bas n'ont même pas insisté — selon laquelle une obligation quelconque résulterait pour l'Allemagne fédérale de la Convention de 1958. Ayant signé, mais non ratifié, la Convention, l'Allemagne n'y est pas partie. Le principe d'équidistance contenu à l'article 6 de cette Convention ne lui est donc pas opposable en tant que règle conventionnelle<sup>16</sup>.

La Cour reste ainsi fidèle à sa jurisprudence constante<sup>17</sup>. Elle a invariablement refusé d'admettre des effets quelconques des traités à la charge des

<sup>13</sup> Arrêt, p. 33.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 51. C'est nous qui soulignons.

<sup>16</sup> Arrêt, pp. 25, 26, 41 et 46.

<sup>17</sup> Cf. C.P.J.I., Sér. B, n° 5, pp. 27-28; Sér. A, n° 7, pp. 28-29; Sér. A, n° 17, p. 45; Sér. A, n° 22, p. 17; Sér. A/B, n° 46, p. 141.

Etats tiers. On se rappellera, cependant, qu'elle a, à deux occasions, admis de tels effets *en faveur* des Etats tiers<sup>18</sup>. La Cour s'est-elle départie de cette « marge de tolérance », en niant que des droits découlant de la Convention puissent être invoqués par un Etat tiers<sup>19</sup> ? La réponse doit être négative : la situation visée par le passage en question de la Cour<sup>20</sup> reste toujours dans le cadre classique du principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Les conditions nécessaires pour faire jouer l'exception au principe en faveur d'un tiers — stipulation « dans l'intérêt de toutes les nations du monde » comme dans l'affaire du *Wimbledon*, ou « la volonté d'Etats souverains » de créer « un véritable droit » pour un Etat tiers comme dans l'affaire des *zones franches*<sup>21</sup> — n'existaient pas en l'espèce.

#### b) *Réserves.*

L'arrêt n'apporte rien de nouveau à la théorie générale des réserves, telle qu'elle a été développée de manière contradictoire par l'avis de la Cour sur les *réserves à la Convention sur le génocide* et par l'opinion dissidente collective des juges Guerrero, Sir Arnold McNair, Read et Hsu Mo, jointe à cet avis<sup>22</sup>. La Cour se limite à constater le système des réserves de la Convention de 1958, tel qu'il est consacré à l'article 12<sup>23</sup>, et énonça la thèse généralement admise — surtout dans la formulation assez vague — selon laquelle « il est en général caractéristique d'une règle ou d'une obligation purement conventionnelle que la faculté d'y apporter des réserves unilatérales soit admise dans certaines limites »<sup>24</sup>.

Ce qui est, en revanche, beaucoup plus important et entièrement nouveau dans la jurisprudence de la Cour, c'est le fait d'avoir strictement limité l'applicabilité des réserves au seul droit conventionnel<sup>25</sup>. C'est là une constatation dont l'importance dépasse de loin la discussion traditionnelle sur les réserves, et qui débouche sur une question beaucoup plus fondamentale : celle des traits

<sup>18</sup> C.P.J.I., Sér. A, n° 1, p. 22; Sér. A/B, n° 46, p. 148.

<sup>19</sup> Arrêt, p. 26.

<sup>20</sup> « ... si un Etat essayait de revendiquer des droits en vertu d'une convention à laquelle il n'aurait donné ni sa ratification ni son adhésion alors qu'il était habilité à le faire, et s'il alléguait à cette fin qu'il a proclamé sa volonté d'être lié par la convention ou a manifesté par son comportement son acceptation du régime conventionnel, on lui répondrait simplement que, n'étant pas devenu partie à la convention, il ne peut revendiquer aucun droit à ce titre tant qu'il n'a pas exprimé sa volonté ou son acceptation dans les formes prescrites. » Arrêt, pp. 25-26.

<sup>21</sup> Voir note 18.

<sup>22</sup> *Réserves à la Convention sur le génocide*, C.I.J., *Recueil*, 1951, pp. 15-30 et 31-48.

<sup>23</sup> Arrêt, p. 26.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp. 38-41.

caractéristiques du droit international conventionnel et coutumier. Elle touche également à la technique de la codification. Nous aurons donc à y revenir<sup>26</sup>.

c) *Le jus cogens*.

Tout en refusant de discuter la question du *jus cogens* sur le fond, la Cour donne implicitement — et négativement — sa définition de cette notion. Citons le passage :

« Sans chercher à aborder la question du *jus cogens* et encore moins à se prononcer sur elle, on doit admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties, mais cela ne fait pas normalement l'objet d'une disposition expresse comme dans l'article 6 de la Convention de Genève<sup>27</sup>. »

*Le jus cogens* consisterait donc en règles de droit international auxquelles il ne serait pas possible de déroger. On notera cependant qu'une telle possibilité de dérogation semble constituer aux yeux de la Cour la pratique généralement admise, et cela même en l'absence d'une stipulation permissive quelconque dans ce sens. Or l'article 6 de la Convention prévoit lui-même une délimitation du plateau continental différente du principe d'équidistance qu'il pose, si tel est l'accord des parties<sup>28</sup>. Il ne peut donc d'aucune façon être considéré comme une norme impérative<sup>29</sup>.

Est-il permis de déceler dans le passage cité de la Cour un ton discrètement sceptique à l'égard de la notion, si vivement débattue, du *jus cogens* ? Il s'agit non seulement de son refus de se prononcer sur elle, mais encore de la constatation de ce qu'« il est possible » de faire « en pratique » en matière de dérogation, constatation qui implique le caractère éminemment dispositif du droit international.

d) *Le pactum de contrahendo*.

En renvoyant les parties à la négociation, la Cour dit :

« ... les parties sont tenues d'engager une négociation en vue de réaliser un accord et non pas simplement de procéder à une négociation formelle...<sup>30</sup>. »

En admettant que l'arrêt de la Cour tienne lieu d'accord entre les parties, il s'agit là d'un *pactum de contrahendo*, donc de l'obligation d'arriver à un accord. Il est permis de penser que c'est la première fois que la Cour a

<sup>26</sup> Voir ci-dessous, pp. 54 et 76.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>28</sup> Nous faisons ici abstraction de la question des « circonstances spéciales ».

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>30</sup> Arrêt, p. 47.

formellement énoncé une telle obligation. Il est vrai qu'elle invoque, comme précédent, son propre avis consultatif sur le *trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne*. Toutefois, dans cet avis, la Cour a décrit le *pactum de contrahendo* comme l'obligation non seulement « d'entamer des négociations mais encore de les poursuivre *autant que possible*, en vue d'arriver à des accords. ... Mais *l'engagement de négocier n'implique pas celui de s'entendre...* »<sup>31</sup>. La lecture attentive de ce texte montre que la Cour permanente a pratiquement rejeté la notion même du *pactum de contrahendo* d'une manière on ne peut plus claire. Rien de pareil dans le présent arrêt : non seulement on s'abstient de donner d'avance une absolution aux parties, en les assurant qu'elles n'ont pas l'obligation de s'entendre, mais encore l'obligation de négocier « en vue de réaliser un accord » n'est assortie d'aucune échappatoire (« autant que possible »).

Il semble donc que, même si la Cour a cité l'avis sur le *trafic ferroviaire* pour inscrire son présent arrêt dans le cadre traditionnel de sa jurisprudence, elle s'en est en fait considérablement éloignée dans le sens de l'affermissement de l'obligation. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il y a là un changement d'accent très important.

## 2. COUTUME

### a) *Nature juridique de la coutume.*

C'est en discutant la question des réserves et de leur inapplicabilité aux règles coutumières que la Cour est amenée à se prononcer sur la nature même du droit coutumier. Le passage est d'une importance telle qu'il faut le citer en entier :

« Il est en général caractéristique d'une règle ou d'une obligation purement conventionnelle que la faculté d'y apporter des réserves unilatérales soit admise dans certaines limites; mais il ne saurait en être ainsi dans le cas de règles et d'obligations de droit général ou coutumier qui par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage<sup>32</sup>. »

Ce texte appelle immédiatement la confrontation avec un autre passage

<sup>31</sup> C.P.J.I., Sér. A/B, n° 42, p. 116. C'est nous qui soulignons.

<sup>32</sup> Arrêt, pp. 38-39. Le texte anglais qui est celui de l'original semble encore plus fort dans sa formulation : « ... general or customary law rules and obligations which, by their very nature, must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion exercisable at will by any one of them in its own favour. »

célèbre portant sur le même problème et émanant de la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus* :

« Le droit international régit les rapports entre les Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs<sup>33</sup>. »

On voit tout de suite l'abîme qui sépare ces deux conceptions du droit coutumier. En 1927, sous l'influence prédominante d'Anzilotti, la Cour permanente proclamait la théorie de la coutume comme accord tacite, avec toutes les prémices et toutes les conséquences que cela comportait. Si le droit international tout entier devait être conçu comme produit des volontés étatiques uniquement et exclusivement, il fallait, bien entendu, recourir à la fiction de l'accord tacite pour faire rentrer la coutume dans ce schéma. En même temps, la volonté étatique pouvait s'exercer à l'égard des normes coutumière comme à l'égard des normes conventionnelles. La théorie de l'accord tacite rétrécissait donc la force obligatoire de la coutume au principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, valable pour les traités. Elle lui enlevait en pratique toute autonomie à l'égard du droit conventionnel, elle la privait de l'imperméabilité — qui est son trait caractéristique essentiel — aux atteintes auxquelles est exposé le droit conventionnel<sup>34</sup>. Toute cette assimilation artificielle de la coutume au traité servait le volontarisme extrême des Etats.

En 1969, il n'est plus question de tout cela. Aucune assimilation du droit coutumier au droit conventionnel qui se distinguent « par nature » (*by their very nature*). Aucune fiction de l'accord tacite. Aucun rétrécissement de la force obligatoire du droit coutumier au cercle limité des « contractants tacites ». Au contraire, extension de cette force obligatoire « à tous les membres de la communauté internationale ». Mise à l'abri du droit coutumier contre des atteintes volontaristes, en l'occurrence contre les réserves<sup>35</sup>. Comme en matière de droit international en tant que source ou limite des compétences étatiques<sup>36</sup>, il est permis de penser qu'on est là en face d'un revirement de jurisprudence sans précédent et que ce revirement, rompant avec le volontarisme de la Cour permanente, rétablit la vraie nature juridique du droit coutumier et sauvegarde aussi bien son autonomie que sa suprématie à l'égard du droit conventionnel<sup>37</sup>. Avec une telle prise de position de la Cour, on peut espérer que la doctrine du *Lotus*, déjà abandonnée sur le plan pratique<sup>38</sup>, cessera enfin de peser sur les esprits en matière de théorie du droit international.

<sup>33</sup> C.P.J.I., Sér. A, n° 10, p. 18.

<sup>34</sup> Voir ci-dessous, p. 76.

<sup>35</sup> Voir ci-dessous, p. 76.

<sup>36</sup> Voir ci-dessous, pp. 48-50.

<sup>37</sup> Voir ci-dessous, pp. 75-76.

<sup>38</sup> Voir le renversement de la règle posée par la C.P.J.I. dans cette affaire par les conventions de Bruxelles de 1952 et de Genève de 1958.

b) *Les deux éléments de la coutume.*

Déjà dans son célèbre *dictum* dans l'affaire du *Lotus*<sup>39</sup>, la Cour a fermement proclamé la doctrine des deux éléments de la coutume, à savoir l'élément matériel, constitué par la pratique, et l'élément subjectif ou psychologique, constitué par la conviction juridique des Etats, en d'autres termes l'*opinio juris sive necessitatis*. Toute la controverse doctrinale concernant l'élément psychologique<sup>40</sup> n'a apparemment pas exercé la moindre influence sur la Cour, puisqu'en 1950, dans l'affaire du *droit d'asile*, elle a insisté de manière encore plus nette sur la nécessité absolue de cet élément pour l'existence même d'une règle coutumière<sup>41</sup>. Remarquons que, ni dans l'affaire du *Lotus*, ni dans celle du *droit d'asile*, la Cour ne s'est préoccupée de formuler le *rationale* de sa prise de position. Plus grave encore, dans l'affaire du *droit d'asile*, comme plus tard dans l'affaire des *ressortissants des Etats-Unis au Maroc*<sup>42</sup>, elle s'est servie d'une manière indiscriminée des termes « coutume » et « usage » de façon assez déconcertante.

Si l'arrêt présent s'inscrit fidèlement dans la jurisprudence de la Cour à ce sujet, il s'en distingue cependant non seulement par l'emploi répété du terme classique « *opinio juris* »<sup>43</sup>, discrètement omis dans les décisions précédentes, mais surtout par un exposé articulé et explicite, et pas seulement vague et implicite, de la théorie des deux éléments et — surtout — de son *rationale*. Encore une fois, reproduisons le passage-clé :

« ... ces actes, même considérés globalement, ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer l'*opinio juris*<sup>44</sup> car, pour parvenir à ce résultat, deux conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes

<sup>39</sup> C.P.J.I., Sér. A., n° 10, p. 28.

<sup>40</sup> Voir en particulier Kelsen, « Théorie du droit international coutumier », *Revue internationale de la théorie du droit*, n.s., t. 1 (1939), pp. 253-292, et GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, Genève, 1953, t. I, pp. 46-48; « Les deux éléments de la coutume en droit international », *Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, 1950, t. I, pp. 275-284; cf. SØRENSEN, *Les sources du droit international*, Copenhague, 1946, pp. 105-111.

<sup>41</sup> C.I.J., *Recueil*, 1950, pp. 276-277 et 286.

<sup>42</sup> C.I.J., *Recueil* 1952, pp. 199-200 et 202.

<sup>43</sup> Arrêt, pp. 29, 41, 44 et 46.

<sup>44</sup> Il ne peut s'agir ici que d'un glissement rédactionnel : ce qu'on entend c'est bien non pas l'« *opinio juris* », mais la « coutume » qui, elle, a besoin, pour son existence, des « deux conditions », donc, 1) la pratique, 2) précisément l'*opinio juris* qui ne forme que l'un des deux éléments constitutifs de la coutume.

internationaux, dans le domaine du protocole, par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique<sup>46</sup>.

Voilà donc l'exposé et le *rationale* : quelles que soient les objections doctrinales, on ne peut pas se passer de l'élément psychologique si on veut opérer la distinction — indispensable en théorie comme en pratique — entre une règle coutumière obligatoire et un simple usage qui ne l'est pas, et dont le domaine du protocole fournit évidemment l'illustration la plus frappante. Quelles que soient les difficultés de preuve d'une conviction juridique des Etats — preuve certainement difficile mais non pas impossible<sup>46</sup> —, elles sont certainement moins importantes que la nécessité absolue de distinguer, dans le domaine de la responsabilité internationale, la violation d'une règle de droit de la violation d'un usage. C'est d'ailleurs à cette évidence que se sont finalement rendus les auteurs les plus importants, en acceptant dans leurs derniers écrits l'exigence du même élément psychologique qu'ils avaient contesté dans le temps<sup>47</sup>.

### c) *Formation de la règle coutumière.*

La question de la formation de la règle coutumière s'enchevêtre en partie avec celle de ses éléments constitutifs. Comme on vient de le voir, la présence des deux éléments est nécessaire pour qu'une règle coutumière se forme. Mais, en outre, l'élément matériel, donc la pratique, doit correspondre à certaines exigences concernant son degré de généralité, son uniformité et sa constance, le caractère des actes examinés (actes positifs ou abstentions) et leur valeur en tant que précédents, les organes dont ils émanent, le temps nécessaire à la formation de la règle, etc.

La Cour n'a jamais dû — ni probablement voulu — s'occuper systématiquement de tous ces facteurs, même si ceux-ci ont été amplement discutés, soit par les parties, soit par les juges dissidents. Son raisonnement dans l'affaire du *Lotus* n'apporte pas beaucoup de lumière en la matière, abstraction faite de l'affirmation d'un processus de formation volontariste de la coutume<sup>48</sup> et de l'admission implicite de sa formation à partir d'actes d'abstention<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Arrêt, p. 44.

<sup>46</sup> Voir SERENSEN, *op. cit.*, pp. 108-109.

<sup>47</sup> KELSEN, *Principles of International Law*, New York, 1966, Second edition revised and edited by Robert W. Tucker, pp. 450-451; GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, 2<sup>e</sup> édition, Genève, 1967, t. I, pp. 103-105.

<sup>48</sup> *C.P.J.I.*, Sér. A, n<sup>o</sup> 10, p. 18.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 28.

Plus explicite est la formulation de la Cour dans l'affaire du *droit d'asile*. La Cour y pose l'exigence positive d'une pratique « constante et uniforme »<sup>50</sup> et montre surtout, négativement, comment une coutume *ne peut pas* se former :

« Les faits soumis à la Cour révèlent tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique et dans les vues officiellement exprimées à diverses occasions; il y a eu un tel manque de consistance dans la succession rapide des textes conventionnels relatifs à l'asile, ratifiés par certains Etats et rejetés par d'autres, et la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas, qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit en ce qui concerne la prétendue règle de la qualification unilatérale et définitive du délit<sup>51</sup>. »

Cependant, c'est seulement dans l'arrêt examiné que la Cour s'est trouvée devant une question portant directement sur la formation du droit coutumier. On se rappellera qu'il s'agissait de savoir si une nouvelle règle coutumière ayant un contenu identique à celui de l'article 6 de la convention de Genève s'était formée à partir de cette Convention<sup>52</sup>.

Dans sa réponse, la Cour commence par affirmer le principe selon lequel une disposition conventionnelle peut servir de base à la formation d'une règle coutumière avec tout le changement de nature juridique qu'un tel développement comporte :

« ... cette thèse revient manifestement à le [Il s'agit de l'article 6] considérer comme une disposition normative ayant servi de base ou de point de départ à une règle qui, purement conventionnelle ou contractuelle à l'origine, se serait depuis lors intégrée à l'ensemble du droit international général et serait maintenant acceptée à ce titre par l'*opinio juris*, de telle sorte que désormais elle s'imposerait même aux pays qui ne sont pas et n'ont jamais été parties à la Convention. Certes cette situation est du domaine des possibilités et elle se présente de temps à autre : c'est même l'une des méthodes reconnues par lesquelles des règles nouvelles de droit international coutumier peuvent se former<sup>53</sup>. »

La Cour énonce donc là une vérité indiscutable et que nous retrouvons aujourd'hui consacrée également à l'article 38 de la récente convention de Vienne sur le droit des traités<sup>54</sup>. Toutefois, la possibilité admise d'un tel développement ne vaut pas preuve. Car — continue la Cour — « on ne considère pas facilement ce résultat comme atteint »<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> C.I.J., *Rec.*, 1950, p. 277.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Voir ci-dessus, p. 46.

<sup>53</sup> Arrêt, p. 41.

<sup>54</sup> « Aucune disposition des articles 34 à 37 ne s'oppose à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un Etat tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle. »

<sup>55</sup> Arrêt, p. 41.

Que faut-il donc pour qu'une règle coutumière se forme à partir d'un texte conventionnel ? D'abord — répond la Cour — il faut que « la disposition en cause ait, en tout cas virtuellement, un caractère fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit »<sup>56</sup>. L'expression « fondamentalement normatif » (en anglais : *fundamentally norm-creating*) est certainement malheureuse dans son imprécision. Chaque règle — conventionnelle ou coutumière — est « normative », autrement elle ne serait pas une règle. Ce que la Cour probablement entend, dans une formulation qui ne peut que prêter à confusion, c'est la distinction entre une règle générale et une règle individuelle. Si telle est vraiment la pensée de la Cour, le passage cité équivaudrait à l'affirmation suivante : une règle conventionnelle générale, donc valable *caeteris paribus* pour un nombre illimité d'états de faits identiques ou analogues, peut servir de base à un développement coutumier; alors qu'une règle conventionnelle individuelle, donc valable par définition pour une seule situation, ne le peut pas.

Une étude beaucoup plus poussée serait nécessaire pour répondre à la question de savoir si vraiment une règle coutumière ne peut se former qu'en partant d'une règle conventionnelle *générale*, à l'exclusion d'une telle formation en partant d'un certain nombre de règles conventionnelles individuelles concordantes. Quoi qu'il en soit, on voit mal pourquoi le « caractère virtuellement normatif » de l'article 6 de la Convention, *prima facie* admis par la Cour, serait quand même douteux, cela pour les trois raisons suivantes : 1) possibilité d'accord dérogatoire, 2) rôle joué par la notion de circonstances spéciales par rapport au principe d'équidistance, 3) admissibilité des réserves. *Ad 1)* : la possibilité d'un accord dérogatoire peut priver une règle de son caractère *impératif*, mais non pas de son caractère *général*; *ad 2)* : la notion de circonstances spéciales semble jouer le rôle d'exception à l'égard du principe d'équidistance; si tel est le cas, on ne voit pas pourquoi l'existence d'une exception enlèverait le caractère de généralité (non d'universalité) à une règle; *ad 3)* : l'admissibilité des réserves est un argument valable pour contester le caractère codificateur de l'article 6, donc pour contester l'existence d'une règle coutumière avant la Convention; elle ne semble pas constituer un argument suffisant pour nier la possibilité d'un développement *postérieur* d'une règle coutumière à laquelle, bien entendu, les réserves ne pourront plus s'appliquer.

En ce qui concerne le facteur temps, la Cour le considère par rapport à deux situations différentes possibles : 1) une participation « très large et représentative » à la Convention, y compris les Etats « particulièrement intéressés », et 2) la pratique des Etats en dehors de la Convention, « fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée » et « manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle

<sup>56</sup> Arrêt, pp. 41-42.

de droit ou une obligation juridique est en jeu »<sup>57</sup>. Dans les deux cas, la Cour admet qu'une règle coutumière aurait pu se former même dans un laps de temps bref. La brièveté du temps serait donc compensée par l'étendue de la participation des Etats, soit directement à la Convention, soit à une pratique conforme à la Convention.

On est là — et combien justement — très loin de la conception du juge Negulescu qui, en 1927, exigeait encore « l'existence d'un usage immémorial » pour la formation de la coutume<sup>58</sup>. A l'époque de l'accélération générale de l'histoire, qui est la nôtre, il faut bien admettre une accélération analogue du processus de formation de la coutume.

Pour reprendre encore les deux situations visées par la Cour : en ce qui concerne la première, une participation à la Convention, « très large et représentative », pourrait suffire, de l'avis de la Cour même, à convertir nécessairement les dispositions de la Convention en règles coutumières « à condition toutefois qu'elle comprenne les Etats particulièrement intéressés »<sup>59</sup>. Plus intéressantes dans ce contexte sont les conditions exigées pour qu'une pratique des Etats *en dehors* de la Convention puisse aboutir à la formation coutumière.

Traditionnellement, cette pratique doit être fréquente et uniforme. Elle doit émaner aussi — sinon surtout — des Etats « particulièrement intéressés ». Sa valeur de précédent doit être parfaitement claire. Dans cet ordre d'idées, la Cour refuse une telle valeur à un certain nombre de cas de la pratique invoqués, dans lesquels les Etats participants étaient, ou sont bientôt devenus, parties à la Convention, ou bien dans lesquels la conviction juridique des Etats n'était pas évidente, ou enfin, dans lesquels le principe d'équidistance fut appliqué à des situations différentes de celle examinée par la Cour (lignes médianes entre Etats se faisant face et non limites latérales entre Etats limitrophes). Il y a lieu de penser qu'il s'agit là d'exigences très strictes.

Ce raisonnement de la Cour sur la formation du droit coutumier n'épuise certainement pas toutes les questions qui peuvent se poser à ce sujet<sup>60</sup>. De plus, il concerne le cas spécial de la formation de la coutume à partir de dispositions conventionnelles et, à ce titre, il nous faudra y revenir encore lors de l'examen de l'interaction des deux sources<sup>61</sup>. Il est permis cependant de se demander ce que l'on peut et doit retenir de ce raisonnement en matière générale de formation du droit coutumier, avec ou sans base conventionnelle.

Ce qui nous semble généralement valable et nouveau dans la jurisprudence de la Cour, c'est d'abord la réduction de la période de temps nécessaire pour

<sup>57</sup> Arrêt, pp. 42 et 43.

<sup>58</sup> *C.P.J.I.*, Sér. B, n° 14, pp. 105 et 114.

<sup>59</sup> Arrêt, p. 42. Voir ci-dessous, pp. 62-63.

<sup>60</sup> Voir ci-dessus, p. 56.

<sup>61</sup> Voir ci-dessous, p. 77.

la formation de la coutume et ensuite l'examen très sévère de la valeur de précédent d'une pratique donnée. Par ailleurs, cette pratique continue à être soumise à la condition de « fréquence » et d'« uniformité ».

d) *Preuve de la coutume.*

C'est à deux reprises que la Cour s'occupe de la preuve du droit coutumier : une fois quand il s'agit de savoir si une règle coutumière au contenu identique à l'article 6 existait *avant* la Convention, et une seconde fois quand il s'agit de savoir si une telle règle s'est formée *après* la Convention.

i) La question de savoir si une règle coutumière existait avant la Convention présente, selon la Cour, deux aspects : l'un « fondamentaliste », l'autre « de droit positif »<sup>62</sup>. Le second est clair et se passe de commentaire. Le premier découlerait « de ce qu'on pourrait appeler le droit naturel du plateau continental, en ce sens que le principe de l'équidistance serait une expression nécessaire, pour ce qui est de la délimitation, de la doctrine établie d'après laquelle le plateau continental relève exclusivement de l'Etat riverain et aurait donc *a priori* un caractère en quelque sorte inéluctable sur le plan juridique »<sup>63</sup>.

L'expression « droit naturel » paraît troublante, pour dire le moins, et on peut se demander pourquoi la Cour, au lieu de préciser et rendre plus rigoureuses les notions, s'attache à contribuer à la confusion terminologique qui a déjà fait tant de ravages en droit international. En effet, il ne s'agit guère d'une « règle de droit naturel », donc ni obligatoire ni applicable par les organes du droit international, mais bien d'une règle de droit positif, ne différant des autres règles que par son caractère « logiquement nécessaire »<sup>64</sup>. La différence résiderait donc dans un degré plus intense de rationalité de la règle, question d'ailleurs intéressante, mais sans pertinence directe pour les questions purement juridiques de son existence, de sa force obligatoire ou de son applicabilité.

Toutefois, ce qui nous intéresse pour le moment, c'est la question de savoir si les deux « aspects », — l'un « fondamentaliste », l'autre « de droit positif » — appellent des techniques de preuve différentes.

Il est vrai qu'en traitant de l'aspect « fondamentaliste », la Cour a recours surtout à un raisonnement spéculatif et abstrait : elle examine les notions de proximité, contiguïté, de prolongement naturel du territoire, pour conclure que la notion d'équidistance n'est pas « logiquement nécessaire, en ce sens qu'elle serait liée de façon inévitable et *a priori* à la conception fondamentale

<sup>62</sup> Arrêt, p. 28.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp. 28-29.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 32.

du plateau continental »<sup>65</sup>. C'est seulement pour confirmer cette conclusion qu'elle examine ensuite « la genèse et l'évolution de la méthode de délimitation fondée sur l'équidistance »<sup>66</sup>, en commençant par la proclamation Truman et en s'attachant ensuite surtout aux travaux de la Commission du droit international. Il ressort de ce dernier examen, particulièrement serré, que la Commission n'a jamais attribué à la notion d'équidistance un « caractère de nécessité inhérente »<sup>67</sup>, qu'elle a en fait envisagé plusieurs possibilités de délimitation, qu'elle a consulté un comité d'experts-hydrographes, lequel a recommandé la méthode d'équidistance tout en formulant des réserves, qu'elle a donc finalement proposé l'article 6 aux Etats « avec beaucoup d'hésitation, à titre plutôt expérimental et tout au plus *de lege ferenda*, donc certainement pas *de lege lata* ni même à titre de règle de droit international coutumier en voie de formation »<sup>68</sup>.

Nous pouvons donc retenir que les moyens de preuve employés par la Cour au sujet de l'aspect « fondamentaliste » de la règle comportent 1) un raisonnement purement spéculatif et abstrait et 2) un recours aux travaux de codification. Il n'y a là aucune technique spéciale de preuve qui correspondrait à un aspect spécial de la règle. Le recours aux travaux de codification était pratiqué dans le passé chaque fois que cela était possible<sup>69</sup>, et des considérations rationnelles ont également été invoquées, bien que subsidiairement, pour prouver l'existence d'une règle coutumière<sup>70</sup>. Tout ce que l'on pourrait dire, c'est que le raisonnement spéculatif se situe au premier plan dans cette partie de l'arrêt consacrée à la preuve d'une règle coutumière dans son aspect « fondamentaliste ».

L'examen par la Cour de l'aspect « de droit positif » est nettement plus bref. La Cour rejette assez rapidement la thèse — assez prudente — du Danemark et des Pays-Bas, selon laquelle la Convention ne serait pas simplement déclaratoire des règles existantes, mais qu'elle aurait cristallisé un droit coutumier en voie de formation<sup>71</sup>. Ce rejet est motivé par les résultats auxquels la Cour était arrivée auparavant, en examinant les travaux de la Commission du droit international<sup>72</sup>.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>69</sup> Voir par exemple *C.P.J.I.*, Sér. C, n° 13-II, pp. 119, 121, 147, 152, 195, 196, 323-324, 371-372; voir aussi affaire *Nottzbohm*, C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents*, vol. I, pp. 36-37 et 188.

<sup>70</sup> Voir surtout la plaidoirie de Basdevant dans l'affaire du *Lotus*, *C.P.J.I.*, Sér. C, n° 13-II, pp. 39-41.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>72</sup> Voir ci-dessus.

Tout le reste du raisonnement de la Cour est centré sur la question des réserves. Or l'article 12 de la Convention permet aux Etats de faire des réserves aux articles de la Convention autres que les articles 1, 2 et 3. Comme on l'a déjà vu dans un autre contexte <sup>73</sup>, la Cour considère que les réserves peuvent jouer exclusivement à l'égard des règles conventionnelles, mais non pas à l'égard des règles coutumières. La conclusion s'impose : les trois premiers articles de la convention sont ceux « que l'on a alors manifestement considérés comme consacrant ou cristallisant des règles de droit international coutumier relatives au plateau continental, règles établies ou du moins en voie de formation » <sup>74</sup>. Tous les autres ne le sont pas. La Cour maintient avec fermeté ce point de vue, malgré l'argument — pourtant assez fort — concernant la nature coutumière de certaines autres dispositions de la convention (article 4, article 5, par. 1 et 6) auxquelles les réserves ont été admises. Tout en admettant un certain manque de clarté dans le texte de la convention en cette matière, la Cour affirme que ces règles de droit maritime ne sont mentionnées dans la convention que de manière incidente, simplement pour que « l'exercice des droits relatifs au plateau continental prévus dans la convention n'y porte pas atteinte » <sup>75</sup>, et que même une réserve formulée à leur égard ne pourrait dégager l'Etat réservataire des obligations « imposées par le droit maritime général en dehors et indépendamment de la Convention sur le plateau continental » <sup>76</sup>.

ii) La preuve d'une règle coutumière qui se serait formée *après* la convention se confond largement avec l'examen du processus de la formation de la coutume, examiné plus haut <sup>77</sup>. On se rappellera que la Cour a admis la possibilité d'un tel développement soit par une participation très large et représentative à la Convention même, soit par une pratique conforme des Etats en dehors de la Convention <sup>78</sup>.

En ce qui concerne le premier cas, on pourrait se demander si une participation des Etats à la Convention, même répondant aux exigences posées par la Cour, suffirait vraiment, à elle seule, à convertir les dispositions conventionnelles en règles coutumières, donc opposables aux Etats tiers. Le passage du droit conventionnel en droit coutumier peut-il se faire de cette manière, sans enfreindre la règle, à nouveau proclamée par la Cour, de la relativité des effets des traités ? Un Etat tiers peut-il être obligé par la Convention du seul fait que de nombreux autres Etats y ont adhéré ? Quelle que soit la prétention « révo-

<sup>73</sup> Voir ci-dessus, p. 53.

<sup>74</sup> Arrêt, p. 39.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 39-40.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>77</sup> Voir ci-dessus, pp. 56-60.

<sup>78</sup> Voir ci-dessus, p. 58.

lutionnaire »<sup>79</sup> de l'article 2, paragraphe 6, de la Charte des Nations Unies, pourrait-on prétendre que la Charte *tout entière* est devenue du droit coutumier du fait du nombre extraordinairement élevé des Etats parties, et qu'elle est donc, à ce titre, source de droits et d'obligations pour la Suisse ou la République fédérale d'Allemagne ou n'importe quel autre Etat tiers ?

L'argument semble audacieux, et nous pensons que la Cour aurait pu le laisser entièrement de côté, en se concentrant uniquement sur la pratique des Etats après la Convention. Cela lui aurait épargné aussi bien une entorse dangereuse au principe *pacta tertiis* qu'un calcul peu convainquant des ratifications et des adhésions. En effet, faire dépendre un principe d'un critère purement quantitatif paraît très peu satisfaisant. Combien de ratifications et d'adhésions faut-il pour opérer le passage du droit conventionnel dans le droit coutumier ? Dix ? Quinze ? Vingt ? Quels sont les Etats « particulièrement intéressés » ? (Si la question est relativement simple pour le plateau continental, elle devient autrement compliquée par exemple pour le droit des traités). Comment apprécier de manière adéquate les délais de ratification ? En conclusion, il nous paraît extrêmement difficile d'admettre qu'un traité multilatéral *non codificateur mais créant du droit nouveau* (ce qui est le cas dans l'espèce d'après la Cour elle-même) puisse servir, en tant que tel, de preuve du droit coutumier<sup>80</sup>.

Tout autre est la question de savoir si le contenu d'un traité multilatéral, créateur de droit, est devenu du droit coutumier du fait d'une pratique des Etats. Il s'agit ici de la preuve classique de la coutume, le fardeau d'une telle preuve incombant, bien entendu, à celui qui affirme son existence<sup>81</sup>. C'est ici donc que la Cour analyse les précédents de l'application du principe d'équidistance, invoqués par le Danemark et les Pays-Bas. Ce faisant, elle refuse toute valeur de preuve à une telle pratique dans les cas des Etats qui étaient, ou sont bientôt devenus, parties à la convention, en considérant qu'elle s'inscrivait dans le cadre de l'application de la convention et non du droit coutumier. Concernant la pratique des Etats non parties à la convention, la Cour admet qu'en appliquant le principe d'équidistance ils n'appliquaient certainement pas la convention, mais elle refuse d'admettre comme prouvée leur *opinio juris*

<sup>79</sup> Voir Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, 1950, p. 110.

<sup>80</sup> Pour toute la question des traités multilatéraux comme preuve de la coutume, voir BAXTER, « Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law », *B.Y.B.I.L.*, 1965-1966, pp. 275-300. Cette étude, pourtant extrêmement nuancée, ne mentionne et n'envisage même pas la possibilité qu'un traité multilatéral, créant du droit nouveau, soit par lui-même, du simple fait de son étendue, la preuve d'un droit coutumier.

<sup>81</sup> « In principle he who maintains that the law created by a treaty has passed into customary international law has the burden of demonstrating that the norms of the treaty have been accepted and applied in the relations of States. He must thus adduce evidence of the practice of States from the time of the adoption of the text of the convention, when it presumably began to exercise its influence, until the critical date of the litigation, dispute or other occasion for the application of the law. » BAXTER, *op. cit.*, pp. 296-297.

sans laquelle il ne peut pas être question du droit coutumier. En appliquant à l'affaire présente la doctrine du *Lotus*, la Cour dit notamment : « Rien ne prouve qu'ils aient agi ainsi parce qu'ils s'y sentaient juridiquement tenus par une règle obligatoire de droit coutumier <sup>82</sup>. »

Enfin, la Cour refuse la valeur de précédent aux cas invoqués parce que, à une exception près, ils se rapportent à des situations de fait différentes, à savoir au tracé des lignes médianes entre Etats se faisant face et non des limites latérales entre Etats limitrophes.

Comparée avec la richesse et la complexité d'un examen analogue dans l'affaire du *Lotus*, le raisonnement actuel de la Cour paraît quelque peu décevant dans sa rapidité. L'impression se confirme quand on le confronte avec les arguments des parties. Ces dernières, tout en mettant l'accent sur la pratique des Etats, ne négligent pour autant ni le droit interne, ni la doctrine (Il n'y avait pas de jurisprudence dans la matière). La Cour, elle, ne traite que la pratique, et encore d'une façon quelque peu sommaire. Ceci explique peut-être le passage suivant :

« Ce n'est pas que la Cour refuse aux exemples cités toute valeur probante à l'appui de la thèse du Danemark et des Pays-Bas; elle estime simplement qu'ils ne sont pas décisifs et ne suffisent pas à établir... une pratique constante manifestée dans des circonstances permettant de conclure que la délimitation suivant le principe de l'équidistance constitue une règle obligatoire de droit international coutumier, en particulier en matière de délimitation latérale <sup>83</sup>. »

Retenons de cette analyse les exigences que pose la Cour en matière de preuve de la coutume : 1) pratique uniforme et constante, 2) *opinio juris*, 3) situations de fait analogues — sinon identiques — pour attribuer à la pratique invoquée la valeur de précédent <sup>83bis</sup>. De ces trois conditions, aucune n'est nouvelle dans la jurisprudence de la Cour. La seconde sera toujours la plus difficile à remplir. Il serait intéressant de voir un jour si la Cour atténuerait ses exigences sur ce point face à une pratique répondant à la première et à la troisième condition d'une manière particulièrement claire et convainquante.

### 3. PRINCIPES GENERAUX DE DROIT

Les principes généraux de droit font leur apparition dans l'arrêt à deux reprises. La première fois il s'agit de la thèse allemande visant à obtenir une part « juste et équitable » du plateau continental de la mer du Nord. Pour soutenir cette thèse, l'Allemagne explique que, loin de faire appel à la faculté de la Cour de statuer *ex aequo et bono* aux termes de l'article 38, paragraphe 2, de son statut, elle invoque le principe de la part juste et équitable en tant

<sup>82</sup> Arrêt, pp. 44-45.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>83bis</sup> On peut soutenir que ce troisième élément se rattache en réalité au premier parce que l'existence de situations de fait analogues ou identiques conditionne la formation d'une pratique uniforme et constante.

que « l'un des principes généraux de droit reconnus qu'en vertu du paragraphe 1, c) du même article de son statut la Cour est habilitée à appliquer au titre de la justice distributive, partie intégrante de tous les systèmes juridiques »<sup>84</sup>.

Ayant rejeté la conception même d'une répartition juste et équitable du plateau continental, la Cour n'a pas besoin de s'attarder sur la question du prétendu principe général de droit. Celui-ci paraît en effet quelque peu forcé dans son extraordinaire généralité (d'ordre d'ailleurs plutôt théologique et morale juridique), alors que les principes généraux de droit sont habituellement des règles du droit interne très précises et techniques<sup>85</sup>. Ce qu'il y a à retenir de cette tentative allemande c'est la reconnaissance de l'appartenance des principes généraux de droit aux systèmes de droit interne, même si le terme « tous les systèmes juridiques » semble vouloir englober également le droit international.

Si le principe de la « justice distributive » est invoqué par une partie, c'est bien la Cour elle-même qui a recours au principe de l'*estoppel*, et cela même en l'absence de son invocation expresse par les parties. Parmi les principes généraux de droit retenus ou appliqués par la Cour, l'*estoppel* a certainement droit de cité parmi les plus anciens<sup>86</sup>. Ce n'est cependant que dans l'arrêt de la *Barcelona Traction* (nouvelle requête — exceptions préliminaires) de 1962 que la Cour a précisé de manière plus systématique que jamais auparavant les deux éléments constitutifs de l'*estoppel*, à savoir,

a) une conduite, ou une attitude, d'un Etat qui incite l'autre partie à adopter une certaine position, ou à tout le moins à se faire une certaine représentation des choses, et b) un préjudice résultant pour celle-ci de la confiance qu'elle a accordée à l'attitude du premier Etat<sup>87</sup>.

Dans l'arrêt présent, la Cour ne fait que suivre fidèlement et préciser encore sa propre jurisprudence :

« Eu égard à ces considérations de principe, la Cour est d'avis que seule l'existence d'une situation d'*estoppel* pourrait étayer pareille thèse : il faudrait que la République fédérale ne puisse plus contester l'applicabilité du régime conventionnel, en raison d'un comportement, de déclarations, etc., qui n'auraient en réalité pas seulement attesté d'une manière claire et constante son acceptation de ce régime mais aurait également amené le Danemark ou les Pays-Bas, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice quelconque. Rien n'indique qu'il en soit ainsi en l'espèce<sup>88</sup>. »

<sup>84</sup> Arrêt, p. 21.

<sup>85</sup> Voir « Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice », Série I, Cour permanente de Justice internationale, vol. 2, Les sources du droit international, pp. 947-1207; cité ci-après : Répertoire.

<sup>86</sup> *Ibid.*, pp. 982-1019.

<sup>87</sup> DOMINICÉ, « A propos du principe de l'*estoppel* en droit des gens », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, pp. 328-329.

<sup>88</sup> Arrêt, p. 26.

## 4. ACTES UNILATÉRAUX

Les actes unilatéraux, on le sait, ne figurent pas parmi les sources énumérées à l'article 38 du statut de la Cour. Nous pensons qu'il ne s'agit là nullement d'une omission. En effet, tout en pouvant certainement avoir des *effets* juridiques, ces actes — par définition — ne sont pas et ne peuvent pas être des *normes*, donc créer des droits et surtout des obligations ni pour l'Etat qui les a posés ni, *a fortiori*, pour des Etats tiers<sup>89</sup>. A moins d'être un des éléments d'une situation contractuelle, ils ne peuvent donc nullement servir de droit applicable au litige, alors qu'ils peuvent très légitimement servir d'éléments d'interprétation ou d'appréciation<sup>90</sup>.

C'est donc à juste titre que la Cour considère la proclamation Truman de 1945 simplement comme « point de départ dans l'élaboration du droit positif »<sup>91</sup>. Il y a dès lors lieu de s'étonner qu'un peu plus loin dans l'arrêt la Cour parle de cette même proclamation comme « ayant posé les règles de droit en la matière »<sup>92</sup>. Il y a là une contradiction que rien ne justifie, d'autant plus que, quelques pages plus loin encore, la Cour revient à sa première conception de la proclamation Truman comme étant simplement « à l'origine de la théorie »<sup>93</sup>. Notons que ce retour se fait dans un contexte qui ne brille pas par la clarté<sup>94</sup>.

L'arrêt n'apporte donc aucune contribution notable au sujet des actes unilatéraux en droit international.

<sup>89</sup> Voir Répertoire, p. 10 et Suy, E., *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, 1962, pp. 44 et 46. Cf. la formulation encore plus ferme de Kiss : « Le principe fondamental qui régit les actes unilatéraux est qu'ils n'engagent ni l'Etat dont ils émanent, ni, à plus forte raison, les autres Etats... », « Les actes unilatéraux dans la pratique française du droit international », *R.G.D.I.P.*, 1961, p. 317. Si l'Etat, auteur de l'acte unilatéral, y sera tenu par la suite, cela arrivera, la plupart du temps, par le jeu de l'estoppel et non pas par le jeu de la norme *pacta sunt servanda*. Prétendre, comme le fait Suy, qu'il s'agit là encore de l'opération de cette norme, signifie son extension inadmissible et contraire à ses propres termes.

<sup>90</sup> Voir Répertoire, p. 10.

<sup>91</sup> Arrêt, pp. 32-33.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>94</sup> « Le régime du plateau continental est l'exemple d'une théorie juridique née d'une solution particulière qui a fait école. » Texte anglais : « This regime furnishes an example of a legal theory derived from a particular source that has secured a general following. » *Ibid.* Il serait souhaitable que la plus haute juridiction internationale emploie un langage précis : un « régime » n'est pas une « théorie »; une « théorie » ne dérive pas d'une « source »; la « source » ne peut pas « faire école », même si, en s'écartant du texte authentique, on la traduit par « solution ». Cela est un exemple regrettable — mais aucunement isolé — du style relâché qui commence à s'introduire dans le langage scientifique de nos jours, jusque, et y compris, dans la jurisprudence de la Cour.

## 5. EQUITE

La notion d'équité est introduite dans le débat au seuil de la procédure par la République fédérale d'Allemagne dans sa thèse fondamentale, consistant à dire « que la délimitation du plateau continental de la mer du Nord entre les Parties est régie par le principe selon lequel chacun des Etats riverains a droit à une part juste et équitable »<sup>95</sup>. L'Allemagne conteste l'applicabilité dans l'espèce de la méthode d'équidistance non seulement parce que, à ses yeux, elle n'est pas une règle de droit liant les parties, mais aussi parce qu'elle « n'aboutirait pas à une répartition équitable »<sup>96</sup>.

Le Danemark et les Pays-Bas formulent immédiatement leur opposition à un tel point de vue :

« ... la tâche qui incombe à la Cour n'est pas de formuler une base pour la délimitation du plateau continental de la mer du Nord entre les Parties *ex aequo et bono*, mais de décider quels sont les principes et les règles du droit international applicables à la délimitation entre les Parties des zones du plateau continental de la mer du Nord relevant de chacune d'elles... »<sup>97</sup>.

C'est face à cette opposition que l'Allemagne s'empresse de préciser sa position : elle explique qu'elle « n'invitait nullement la Cour à statuer *ex aequo et bono*, ce qui, vu l'article 38, paragraphe 2, du statut de la Cour, ne serait possible qu'avec l'assentiment des Parties », mais qu'elle invoquait l'équité en tant que principe général de droit<sup>98</sup>. Il s'agit donc d'un essai tactique de faire passer l'équité comme un principe général de droit aux termes de l'article 38, 1 c, afin de la soustraire à la condition de l'accord des parties, prévu par l'article 38, 2. Il semble clair que la Cour ne peut pas accueillir une telle suggestion.

La Cour, elle, ne s'occupe pas du tout de l'équité lors de son examen de l'article 6 de la Convention et du droit coutumier qu'il pourrait éventuellement représenter. Ce n'est qu'une fois cet examen conclu qu'elle aborde la question des « principes et règles » à indiquer aux parties pour leurs négociations ultérieures en matière de délimitation. Et c'est dans ce contexte qu'elle accorde une place importante à la notion d'équité.

Avant d'analyser les passages pertinents de l'arrêt, il convient de s'arrêter un moment sur deux questions préliminaires : 1) la notion même d'équité, et 2) la jurisprudence antérieure de la Cour en la matière.

*Ad 1)* C'est dans une résolution de 1937 que l'Institut de droit international s'est exprimé sur le sujet. La résolution porte l'empreinte de la remarquable intervention de M. Charles De Visscher qui, avec une clarté extraordinaire,

<sup>95</sup> Arrêt, p. 9.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>98</sup> Voir ci-dessus, pp. 64-65.

distingue entre les deux aspects de la notion : l'un, *infra legem*, qui n'est au fond qu'une modalité d'application du droit positif, un élément de son interprétation et de son assouplissement aux fins de la meilleure adaptation aux circonstances propres à l'espèce, et l'autre, « source de droit autonome et indépendance, distincte non seulement des traités et de la coutume, mais encore des " principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées<sup>99</sup> » ». C'est là, et là seulement, qu'il s'agit du pouvoir du juge de statuer *ex aequo et bono*, donc, de mettre de côté les règles du droit positif pour appliquer au litige des considérations qui ne sont pas le droit. C'est cet aspect de l'équité seul qui pose un problème.

La résolution de l'Institut tient exactement compte de cette distinction, en émettant l'avis :

« 1) Que l'équité est normalement inhérente à une saine application du droit, et que le juge international, aussi bien que le juge interne, est, de par sa tâche même, appelé à en tenir compte dans la mesure compatible avec le respect du droit; 2) que le juge international ne peut s'inspirer de l'équité pour rendre sa sentence, sans être lié par le droit en vigueur, que si toutes les parties donnent une autorisation claire et expresse à cette fin<sup>100</sup>. »

*Ad 2).* Pendant toute son existence, la Cour n'a jamais rendu un jugement en équité, en d'autres termes, elle n'a jamais écarté le droit positif pour appliquer l'équité en tant que « source autonome et indépendante »<sup>101</sup>, même si elle s'est parfois laissé guider par des considérations d'équité *dans* l'application du droit positif<sup>102</sup>. En revanche, elle n'a jamais hésité à recommander l'application de l'équité dans la suite d'une affaire portée devant elle, soit à un organe international non judiciaire, soit aux parties elles-mêmes, dans leurs négociations ultérieures, surtout si une telle application avait été envisagée soit par un instrument conventionnel, soit par les termes mêmes du compromis, soit enfin par les déclarations des parties faites au cours de la procédure orale devant la Cour<sup>103</sup>.

Il est donc tout à fait conforme aussi bien à la notion double de l'équité qu'à la jurisprudence constante de la Cour, que la Cour, ayant conclu à l'inapplicabilité dans l'espèce du droit positif conventionnel ou coutumier englobant le principe d'équidistance, recommande l'application de l'équité dans les négociations ultérieures des parties, demandées par l'Allemagne<sup>104</sup>. Du moment où ce n'est pas elle qui doit procéder à une telle application, mais les parties

<sup>99</sup> *A.I.D.I.*, 1932, p. 239. Cf. sur le même sujet l'intervention de Max Huber, *ibid.*, p. 233.

<sup>100</sup> *Ibid.*, 1937, p. 271.

<sup>101</sup> Voir Répertoire, pp. 28-29.

<sup>102</sup> Voir *C.P.J.I.*, Sér. A, n° 17, pp. 46-47; *C.I.J.*, *Rec.*, 1949, p. 249; *ibid.*, 1956, p. 100.

<sup>103</sup> Voir *C.P.J.I.*, Sér. B, n° 10, p. 24; Sér. A, n° 20, pp. 39-40; Sér. A/B, n° 78, pp. 176-178.

<sup>104</sup> Arrêt, p. 9.

elles-mêmes, à la suite de son arrêt et en dehors de toute procédure judiciaire, une telle recommandation n'appelle en fait aucune justification ni aucun commentaire, même si cette recommandation s'accompagne de précisions pratiques.

Que fait la Cour ? Invoquant « certaines notions juridiques de base » en matière de délimitation, elle déclare :

« ... ces principes sont que la délimitation doit être l'objet d'un accord entre les Etats intéressés et que cet accord doit se réaliser selon des principes équitables. Il s'agit là, sur la base de préceptes très généraux de justice et de bonne foi, de véritables règles de droit en matière de délimitation des plateaux continentaux limitrophes, c'est-à-dire, de règles obligatoires pour les Etats pour toute délimitation; en d'autres termes, il ne s'agit pas d'appliquer l'équité simplement comme une représentation de la justice abstraite, mais d'appliquer une règle de droit prescrivant le recours à des principes équitables conformément aux idées qui ont toujours inspiré le développement du régime juridique du plateau continental en la matière...<sup>105.</sup> »

Suit l'énumération de ces « principes équitables » qui se trouvent être au nombre de trois, à savoir, a) l'obligation de négocier en vue d'arriver à un accord, b) l'application des « principes équitables » et c) le principe du plateau continental comme prolongement naturel du territoire étatique<sup>106</sup>. Il s'ensuivrait, en bonne logique, que les « principes équitables » mentionnés sous b) sont encore autre chose que les « principes équitables » en général, dont ils ne forment qu'une subdivision.

C'est une tâche passablement ardue que de commenter un texte pareil. Essayons-le quand même, en partant de ce qui semble être la question fondamentale, à savoir la définition des « principes équitables » dont l'application est recommandée aux parties. Ces « principes équitables » sont — selon la Cour — « de véritables règles de droit » qui ont pour trait caractéristique d'être basées sur des « préceptes très généraux de justice et de bonne foi ». On peut facilement admettre que toutes les règles sont basées sur le principe général (dont la « généralité » ne souffre pas de gradation en « très », « un peu » et « moyennement ») de la bonne foi qui constitue en effet une notion essentielle du droit international comme de tout droit. Il est plus difficile de voir ce que c'est que la « justice » qui sert également de support à ces principes, et il aurait peut-être mieux valu de ne pas introduire dans un arrêt judiciaire un terme-caoutchouc dont l'interprétation ne peut que varier. Quoi qu'il en soit, il s'agit de « véritables » règles de droit, donc de règles obligatoires. Par conséquent, en les appliquant, on applique non pas l'équité « comme une représentation de la justice abstraite » (ce qui correspondrait probablement à l'équité en tant que source indépendante et autonome, source qui n'est précisément pas le droit, dans le sens de la résolution de l'Institut

<sup>105</sup> *Ibid.*, pp. 46-47.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 47.

de droit international), mais bel et bien une « règle de droit ». Mais si tel est le cas, quel est le *rationale* de l'introduction par la Cour de la notion d'équité alors qu'elle n'entend pas l'équité mais une règle de droit positif obligatoire ?

Comme on l'a vu, ces « principes équitables » qui ne sont, tout compte fait, que des règles obligatoires, se composent à leur tour des trois règles, dont la seconde est de nouveau l'application des « principes équitables »<sup>107</sup>. Trouvera-t-on l'explication du mystère dans le commentaire que fait la Cour de ces « principes équitables » au niveau de subdivision ? Voyons le texte :

« La Cour en vient maintenant à la règle de l'équité. Le fondement juridique de cette règle dans le cas particulier de la délimitation du plateau continental entre Etats limitrophes a déjà été précisé. Il faut noter cependant que cette règle repose aussi sur une base plus large. Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables. Néanmoins, lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de justification objective de ses décisions non pas au delà des textes mais selon les textes et dans ce domaine c'est précisément une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables. Il n'est par conséquent pas question en l'espèce d'une décision *ex aequo et bono*, ce qui ne serait possible que dans les conditions prescrites à l'article 38, paragraphe 2, du statut de la Cour<sup>108</sup>. »

Remarquons, en passant, que le greffe a cru possible de traduire le terme anglais « rules » par « textes ». Cela dit, que peut-on retenir de cette nouvelle discussion de l'équité par la Cour ?

Retenons d'abord l'équation qu'opère la Cour entre la « justice » et « l'équité ». Les décisions du juge doivent être « justes, donc... équitables ». La « justice » qui, dans le passage précédent, ne faisait que servir de base à l'équité, se trouve ici être son synonyme.

Constatons ensuite que la Cour a soin de se défendre contre une application possible de l'article 38, 2, application à laquelle elle n'a effectivement pas été autorisée par les parties. En d'autres termes, elle se défend contre le reproche de l'application *motu proprio* de l'équité en tant que source indépendante, au sens du point 2) de la résolution de l'Institut de droit international<sup>109</sup>. On ne voit pas bien la raison de cette défense puisqu'il s'agit à ce stade non pas de l'application de quoi que ce soit par la Cour, mais de « règles et principes » dont l'application est recommandée aux parties. Exactement dans le même ordre d'idées, on ne voit pas pourquoi la Cour s'attache à une description du raisonnement juridique ou des fonctions du juge. Tout cela est strictement en dehors du contexte dans lequel se place logiquement toute cette partie de l'arrêt.

<sup>107</sup> Voir ci-dessus, p. 69.

<sup>108</sup> Arrêt, p. 48.

<sup>109</sup> Voir ci-dessus, p. 68.

Mais si la Cour n'applique pas elle-même ni ne recommande aux parties l'application de l'équité en tant que source autonome, s'il ne s'agit pas d'une justification « au-delà des textes mais selon les textes », s'agit-il peut-être alors de l'équité en tant que modalité d'application du droit positif dans le sens du chiffre 1) de la résolution de l'Institut<sup>110</sup> ? La Cour nous refuse même cette ultime consolation. Car, encore une fois, il semble ne pas s'agir du tout de l'équité, mais — de nouveau — d'une « règle de droit » qui, elle, appelle cette fois-ci « l'application de principes équitables ».

L'exégèse d'un tel texte se révèle un jeu intellectuel d'une stérilité totale. Il vaut mieux revenir à la rigueur et à la simplicité qui est celle d'un Charles De Visscher, d'un Max Huber, de l'Institut de droit international et de la jurisprudence antérieure de la Cour elle-même, pour arriver à une conclusion toute simple : ayant refusé d'appliquer au litige le principe d'équidistance à titre conventionnel ou à titre coutumier, la Cour fait droit à la demande de l'Allemagne de renvoyer les parties aux négociations en vue de réaliser un accord, et elle leur recommande de se laisser guider dans ces négociations par des considérations d'équité. Il aurait mieux valu le dire clairement et simplement.

#### 6. « PRINCIPES » DU DROIT INTERNATIONAL

Le terme « principes » est introduit *pari passu* avec le terme « règles » du droit international dans les compromis mêmes, pour demander à la Cour l'indication de tels principes et règles applicables à la délimitation du plateau continental.

La notion de « principe » du droit international a-t-elle une valeur autonome par rapport aux règles coutumières, aux principes généraux de droit et même à des dispositions conventionnelles d'une grande généralité ? Si oui, quelle est sa signification ? Si non, pourquoi l'employer ?

« Les principes en cause — dit M. Virally — sont, en réalité, des règles de droit d'une grande généralité, donc très abstraites, assez fréquemment invoquées et appliquées dans la pratique pour que leur existence et leur validité ne puissent être mises en doute, et qui sont, par conséquent, d'origine coutumière. L'usage qui en est fait n'aboutit donc pas à l'apparition d'une catégorie juridique nouvelle<sup>111</sup>. »

<sup>110</sup> Voir ci-dessus, p. 68.

<sup>111</sup> Le rôle des « principes » dans le développement du droit international, *Recueil Guggenheim*, p. 532.

A l'exception de leur cantonnement au seul droit coutumier<sup>112</sup>, nous souscrivons entièrement à ce point de vue. « Principe » en droit — contrairement à la logique ou la mathématique — ne veut dire que « règle ». La question n'est pas celle de savoir si le « principe » est énoncé « sous la forme d'une proposition normative » ou « sous celle d'un concept »<sup>113</sup>, mais de savoir s'il est susceptible d'être traduit en des termes normatifs. Ainsi, par exemple, le « principe » de la liberté des mers peut — et doit — être entendu comme obligeant les Etats à respecter cette liberté et à ne pas s'approprier des espaces maritimes, alors que le principe d'identité ou de contradiction ne peut même pas être conçu en des termes normatifs.

Il est vrai, on doit le reconnaître, que non seulement la doctrine mais encore la jurisprudence se sont toujours amplement servies du terme « principe » pour dire « règle ». L'inconvénient n'est pas d'ordre purement esthétique. Concernant la jurisprudence, cela oblige à replacer le terme dans son contexte et à refaire tout un raisonnement pour distinguer le prétendu « principe » ou « principe de droit international » de la notion précise du « principe général de droit » au sens de l'article 38, 1, c du statut de la Cour<sup>114</sup>.

Aiguillé par les parties dans la voie d'un usage confondant les deux notions, l'arrêt présent fourmille littéralement de « principes », — même si dans un passage particulièrement réfractaire à l'exégèse ceux-ci prennent le nom de « préceptes »<sup>115</sup>. Du moment où il est clair que le « principe » ne représente aucune « catégorie juridique », donc aucune source autonome, et que son usage ne peut que contribuer à la confusion entre les sources existantes, ne vaudrait-il pas mieux l'éliminer de la terminologie juridique ? Ce qui, en plus, serait conforme au « principe » de l'économie des notions.

## 7. INTERACTION DES SOURCES

Nous avons dit que l'arrêt en question est en premier lieu un arrêt sur les sources<sup>116</sup>. Dans ce cadre général, c'est la question de l'interaction des sources, plus particulièrement du traité et de la coutume, qui constitue le problème central.

Rappelons-le encore une fois : la solution du litige dépend entièrement et exclusivement de la question de savoir si une disposition conventionnelle — en

<sup>112</sup> *Quid* des « buts et principes » de la Charte, invoqués par M. Virally lui-même ? Quelle que soit leur coloration politique et la déféctuosité de leur formulation, ils n'en restent pas moins des dispositions conventionnelles.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 534.

<sup>114</sup> Voir Répertoire, p. 22 et exemples cités.

<sup>115</sup> Voir ci-dessus, p. 69.

<sup>116</sup> Voir ci-dessus, p. 44.

l'occurrence l'article 6 de la Convention de Genève — représente en même temps une règle coutumière, — que cette dernière se soit formée avant ou après la convention.

Point n'est besoin d'insister sur la vérité élémentaire, à savoir que les deux situations sont parfaitement possibles. L'incorporation d'une règle coutumière dans un texte conventionnel est une opération bien connue : c'est l'essence même de la codification. Le passage d'une règle conventionnelle dans le droit coutumier est un phénomène tout aussi normal.

Point n'est besoin non plus d'insister sur l'importance pratique de savoir si une règle possède, pour reprendre les termes de Basdevant, une « double valeur de règle conventionnelle et de règle coutumière »<sup>117</sup>. Si tel est le cas, la règle s'imposera aussi bien à des Etats tiers qu'aux Etats qui, après avoir été parties au traité, s'en sont retirés; elle va enfin pratiquement éliminer l'effet de la clause *si omnes*. Si l'affaire que nous sommes en train d'examiner n'était pas en elle-même suffisamment convaincante, il suffit de se reporter à un cas autrement célèbre, à savoir le jugement du tribunal de Nuremberg<sup>118</sup>.

On peut admettre que dans les deux cas, celui de la codification et celui du passage ultérieur de la règle conventionnelle dans le droit coutumier, se pose la question de la preuve. Mais si une telle preuve — avec tout l'effort et toute la difficulté qu'elle comporte — est absolument inévitable dans le second cas, elle ne devrait pas l'être dans le premier : en fait, elle peut être soit entièrement éliminée, soit grandement facilitée par une bonne technique rédactionnelle. C'est ici que se révèle l'aspect éminemment pratique d'une distinction nette entre codification et création de droit nouveau. Le fond du litige que nous sommes en train d'examiner peut se résumer dans la question suivante : la convention de Genève est-elle une codification du droit existant ou une création de droit nouveau, ou bien, est-elle en partie codification et en partie création ?

<sup>117</sup> Plaidoirie dans l'affaire du *Wimbledon*, C.P.J.I., Sér. C 3-I, p. 182.

<sup>118</sup> En discutant les violations par l'Allemagne de la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, le tribunal dit : « But it is argued that The Hague Convention does not apply in this case, because of the "general participation" clause in Article 2 of the Hague Convention of 1907... Several of the belligerents in the recent war were not parties to this Convention. In the opinion of the Tribunal it is not necessary to decide this question. The rules of land warfare expressed in the Convention undoubtedly represented an advance over existing international law at the time of their adoption. But the Convention expressly stated that it was an attempt "to revise the general laws and customs of war", which it thus recognised to be then existing, but by 1939 these rules laid down in the Convention were recognised by all civilised nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war... » « Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals », *Cmd.* 6964, pp. 64-65. Et encore : « Although Czechoslovakia was not a party to the Hague Convention of 1907, the rules of land warfare expressed in this Convention are declaratory of existing international law and hence are applicable. » *Ibid.*, p. 125.

Déjà le texte fondamental pour toute activité codificatrice entreprise sous les auspices des Nations Unies, à savoir l'article 13 de la Charte, emploie deux notions différentes, celle de codification et celle de développement progressif du droit international. En guise de commentaire autorisé, l'article 15 du statut de la Commission du droit international privé précise la question dans les termes suivants :

« Dans les articles qui suivent, l'expression « développement progressif du droit international » est employée, pour la commodité, pour viser les cas où il s'agit de rédiger des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit n'est pas encore suffisamment développé dans la pratique des Etats. De même, l'expression « codification du droit international » est employée, pour la commodité, pour viser les cas où il s'agit de formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales. »

Il ne s'agit ni de débattre la précision ou l'imprécision de ces définitions adoptées « pour la commodité », ni d'amoindrir les difficultés très réelles de tracer, en pratique, une ligne de démarcation parfaitement nette entre les deux opérations. Mais il faudrait pouvoir s'attendre au moins à ce que les rédacteurs de cette catégorie de traités fassent un effort maximal pour distinguer ce qui est codification de ce qui ne l'est pas.

L'analyse des préambules de toutes les grandes conventions conclues dans les années récentes (les quatre conventions sur le droit de la mer de Genève de 1958, les conventions de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 et sur les relations consulaires de 1963, la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969) ne permet pas de conclure à une conscience aiguë du problème de la part de leurs auteurs. Si on se limite au seul groupe des quatre conventions de Genève sur le droit maritime, on constate que seule la convention sur la haute mer parle dans son préambule de la codification, alors que les trois autres sont muettes sur ce point. (« Désireux de codifier les règles du droit international relatives à la haute mer, Reconnaissant que les dispositions ci-après... sont pour l'essentiel déclaratoires de principes établis du droit international... »).

Il serait donc légitime de conclure que seule la Convention sur la haute mer représente une codification du droit coutumier alors que les trois autres créent du droit nouveau<sup>119</sup>. La conclusion est cependant ébranlée par le fait que, d'un côté, la Convention sur la haute mer englobe des dispositions qui ne codifient pas le droit existant mais le changent<sup>120</sup>, alors que la Convention sur le plateau continental contient, comme vient de le constater la Cour, des dispositions reflétant le droit coutumier de l'époque.

<sup>119</sup> Voir BAXTER, *op. cit.*, p. 288.

<sup>120</sup> Voir BAXTER, *op. cit.*, p. 289.

Voilà qui diminue singulièrement la valeur des traités multilatéraux comme preuve de la coutume<sup>121</sup>. Nous avons vu tout l'effort auquel la Cour — à la suite des parties — a dû procéder pour établir dans le corps d'une seule et même convention la distinction entre ce qui est codification et ce qui est création. Combien plus simple aurait été sa tâche si les rédacteurs du traité avaient pris soin de dire exactement ce qu'ils faisaient<sup>122</sup>.

S'il s'agit, dans toute cette question, d'atteindre le maximum possible de clarté dans les travaux de codification — comme le présent arrêt le démontre d'une manière éclatante — il n'en est pas moins nécessaire de réserver clairement la base coutumière des nouvelles règles conventionnelles partout où elle existe.

On peut se demander si une telle préoccupation a encore une raison d'être à une époque historique qui paraît vouloir remettre tout le droit international sur une base conventionnelle<sup>123</sup>. L'œuvre de codification — et de développement progressif — du droit international achevée jusqu'ici est trop connue pour qu'on s'y attarde. D'autres projets sont à l'étude. Devant cette avalanche de codification, des opinions se font jour selon lesquelles ce seront bientôt des règles écrites qui remplaceront la coutume en tant que droit international général<sup>124</sup>. Il y a donc lieu de se poser la question de savoir si une telle tendance est souhaitable.

L'arrêt de la Cour apporte à ce sujet des enseignements précieux. Il est permis d'en déduire une supériorité inhérente du droit coutumier par rapport au droit conventionnel. Précisons qu'il ne s'agit pas là de supériorité au sens classique de la hiérarchie des normes, ce qui est un tout autre problème, mais de ce que l'on pourrait appeler une « supériorité de qualité ».

<sup>121</sup> Sur toute cette question nous renvoyons à l'analyse pénétrante dans l'étude citée de Baxter.

<sup>122</sup> « If reliance is to be placed on a multilateral treaty as evidence of customary international law, it is first necessary to establish whether the treaty was intended to be declaratory of existing customary international law or constitutive of new law. The silence of the treaty, which may necessitate resort to the *travaux préparatoires*, can make this a task of great difficulty. », BAXTER, *op. cit.*, p. 298. L'auteur attire à juste titre l'attention sur le problème du déplacement du fardeau de la preuve : dans le cas d'un traité codificateur la preuve incombe à la partie qui conteste ce caractère en affirmant que le traité en fait crée du droit nouveau. *Ibid.*

<sup>123</sup> « Nous assistons, d'ores et déjà, à une véritable mutation du droit international, dont les conséquences sont encore incalculables. », VIRALLY, « Le droit international en question », *Archives de philosophie du droit*, 1963, n° 8, p. 153.

<sup>124</sup> « Les apports respectifs de la coutume et des traités n'auront bientôt plus rien à voir avec ce qu'ils représentaient autrefois. Pendant longtemps, le droit international général a été exclusivement d'origine coutumière et il était impensable qu'il en fût autrement : les traités ne pouvaient régler que les rapports particuliers entre deux ou quelques Etats. La convocation de conférences internationales réunissant la quasi-totalité des Etats du monde est en train de changer cette situation. On aperçoit le moment où des règles écrites constitueront le droit international général. », *ibid.*

Nous avons vu que, rompant avec le volontarisme de la Cour permanente, la Cour a rétabli la vraie nature du droit coutumier qui, loin de représenter un accord tacite fictif, s'impose aux Etats par une voie tout autre. Nous avons également vu qu'en conséquence directe d'une telle prise de position, la Cour a affirmé l'extension de la force obligatoire de la coutume *erga omnes*, en contradiction nette du principe *pacta tertiis*, valable pour les traités. Toujours dans le même ordre d'idées, elle a insisté avec énergie sur l'invulnérabilité de la coutume à l'égard des atteintes volontaristes auxquelles est exposé le droit conventionnel, — en l'occurrence, à l'égard des réserves. Rappelons aussi que la Cour a clairement vu la possibilité d'une formation accélérée de la coutume.

D'autres considérations que la Cour n'a pas invoquées pourraient être ajoutées à ce raisonnement. La coutume est invulnérable non seulement à l'égard des réserves, elle l'est également à l'égard de l'influence destructrice de la *clausula rebus sic stantibus*<sup>125</sup>. Ce qui semble plus important encore : les Etats peuvent dénoncer un traité; on voit mal comment ils pourraient « dénoncer » une coutume<sup>126</sup>. Finalement, il y a des raisons sérieuses de penser que, étant une création spontanée, naturelle, réfractaire à toute construction artificielle, la coutume adhère de plus près à l'infrastructure sociale qu'elle régit, en d'autres termes, qu'elle correspond mieux aux besoins profonds de la communauté internationale<sup>127</sup>.

Il y a donc là un degré de solidité qui ne pourra jamais être atteint par le droit conventionnel. Celui-ci restera toujours, par la nature des choses, non seulement le produit immédiat des volontés étatiques, — donc, de ces mêmes volontés qu'il est censé régir —, mais encore soumis pendant toute son existence aux influences volontaristes qui ne peuvent pas s'exercer sur la coutume. Admettre la nécessité politique de passer, à une certaine époque historique, par le stade largement conventionnel du droit international est une chose.

<sup>125</sup> Voir SCHINDLER, « Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1933, IV, p. 46.

<sup>126</sup> Si la révolution soviétique a tenté d'opérer une rupture avec le droit international général, donc coutumier, on a vu de combien courte haleine était cette tentative. Le retour de la Russie soviétique aux relations internationales régies par le droit coutumier s'est en réalité produit très vite après la révolution. Ceci reste historiquement vrai, en dépit de l'actuelle doctrine soviétique des sources.

<sup>127</sup> « Ce qui fait le prix de la coutume internationale et constitue sa supériorité sur les situations conventionnelles, malgré l'imprécision inhérente à son mode d'expression, c'est que, reposant sur une pratique spontanée, elle traduit une communauté de droit profondément ressentie. De là, la densité de ses règles et leur stabilité. L'origine contractuelle des règles édictées par la voie du traité plurilatéral (traité-loi) reste pour elles une cause de faiblesse; dans la mesure où le traité n'a pas un fondement coutumier, elle les expose aux difficultés d'interprétation et aux risques de caducité qui s'attachent à toute réglementation à base de manifestation de volonté. », DE VISSCHER, Ch., *Théories et réalités en droit international public*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1960, p. 197.

Vouloir fonder tout le droit international sur une base conventionnelle en le privant de la stabilité et de la solidité que lui assurait la base coutumière — en est une autre. Sans parler du fait que ce serait désespérer à tout jamais de la possibilité de voir un jour rétablie cette homogénéité de la communauté internationale qui, dans les siècles passés, en Europe, a permis le développement et l'essor du droit international.

Il s'agit donc non seulement de réserver la base coutumière existant au moment de la codification, mais encore de réserver la possibilité d'un développement coutumier dans l'avenir, développement que la codification ne doit surtout pas entraver en pétrifiant le droit. On a vu que, quel que soit le résultat de son examen dans le cas d'espèce, la Cour a affirmé sans aucune hésitation la possibilité classique d'un développement coutumier à partir du droit conventionnel, — on est presque tenté de dire, le retour au droit coutumier par le détour d'une réglementation conventionnelle. C'est là encore un enseignement à retenir, et peut-être aussi un avertissement aux avocats trop zélés d'une codification totale<sup>128</sup>.

Une étude des techniques de codification les meilleures, réservant entièrement le droit coutumier existant et ouvrant la possibilité de son développement ultérieur reste à faire. C'est d'ailleurs simplement une question d'exécution technique de deux postulats de base auxquels l'arrêt de la Cour apporte un appui considérable : 1) un maximum de clarté dans la distinction entre codification et création du droit; 2) un maximum de précision et de garanties pour la sauvegarde du droit coutumier.

#### IV. CONCLUSIONS

A la fin de notre étude, nous croyons pouvoir résumer ses résultats sur les points les plus importants de la manière suivante :

En matière de droit des traités, l'arrêt reste en général fidèle à la jurisprudence antérieure de la Cour; on peut cependant noter un changement d'accent concernant le *pactum de contrahendo*, tout comme on peut noter une certaine note sceptique à l'égard du *jus cogens*.

En revanche, c'est dans le domaine du droit coutumier que l'arrêt apporte le plus de développements et le plus de changements, dont le plus important concerne la nature juridique de la coutume.

Le traitement par la Cour des rapports et de l'interaction des sources prend toute son importance à l'époque de la codification et du développement pro-

<sup>128</sup> Cf. l'article 38 de la Convention sur le droit des traités, cité ci-dessus, note 54.

gressif du droit international. En fait, l'arrêt illustre de façon frappante l'aspect purement pratique d'une typologie réfléchie et correcte de ces rapports.

En revanche, les développements de la Cour au sujet de l'équité, loin d'apporter de la clarté dans cette question difficile, risquent de devenir une source de confusion dans l'avenir.

L'examen des actes unilatéraux, des principes généraux de droit et des « principes » du droit international n'apporte aucune contribution majeure.

Enfin, l'optique dans laquelle la Cour envisage les rapports entre le droit international et les compétences étatiques mérite d'être particulièrement soulignée.

Finalement, s'il est vrai que la Cour se réfère à maintes reprises à sa propre jurisprudence, il convient tout de même de se poser la question de savoir dans quelle mesure elle lui reste effectivement fidèle et dans quelle mesure elle s'en écarte. Sans vouloir attribuer à la Cour des tendances révolutionnaires, il est permis de dire qu'une exégèse du texte révèle plus d'écart que de fidélité, et cela sur des points des plus importants. A commencer par un raffermissement certain de l'obligation dans le *pactum de contrahendo*, en passant par la conception nouvelle du droit coutumier, en aboutissant à la question fondamentale du droit international comme attributif des compétences étatiques, il y a là une prise de position objectiviste et anti-volontariste qui n'a pas de pareille dans la jurisprudence antérieure. Cela suffirait pour que l'arrêt fasse date dans l'histoire de la jurisprudence internationale.