THESAURUS ACROASIUM
VOL. XIX

SOURCES OF INTERNATIONAL LAW

(16th SESSION: SEPTEMBER 1988)

A. PELLET
Université de Paris X-Nanterre

CONTRE LA TYRANNIE DE LA LIGNE DROITE

ASPECTS DE LA FORMATION DES NORMES EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ECONOMIE ET DU DEVELOPPEMENT

(offprint)

OF THE INSTITUTE OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW
AND INTERNATIONAL RELATIONS OF THESSALONIKI
1992

CONTRE LA TYRANNIE DE LA LIGNE DROITE

ASPECTS DE LA FORMATION DES NORMES EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ECONOMIE ET DU DEVELOPPEMENT

par

A. Pellet

Université de Paris X-Nanterre

A. Pellet

CURRICULUM VITAE

ALAIN PELLET

Docteur d'Etat en droit public, Agrége des Facultés de Droit, Professeur à l'Université de Paris Nord et à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris (Sciences-Po), Alain PELLET est l'auteur de nombreux articles et de plusieurs ouvrages en droit international, parmi lesquels: Droit international public (Memento, 1981), Les voies de recours ouvertes aux fonctionnaires internationaux (1982), Droit international public (Traité, en collaboration avec NGUYEN QUOC DINH et P. DAILLIER - 3éme édition, 1987), Droit international du developpement (2ème edition, 1987). Il a dirigé avec Jean-Fierre COT le Commentaire de La Charte des Nations Unies (1985) et a été Conseil des Gouvernements de la République française, du Burkina Faso et du Nicaragua devant la Cour internationale de Justice. Il est membre suppleant de la Sous-Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies.

CONTRE LA TYRANNIE DE LA LIGNE DROITE
ASPECTS DE LA FORMATION DES NORMES EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ÉCONOMIE ET DU DÉVELOPPEMENT

CHAPITRE 1

IL N'Y A PAS DE DROIT PUR

SECTION I — SCIENCE, FORMALISME ET SUBSTANTIALISME JURIDIQUES

1. Le droit est une science sociale où, plus exactement, le mot "droit" désigne à la fois l'ensemble des règles juridiques qui régissent les relations entre les hommes et la description systématique que tentent d'en donner les auteurs[1]. Mais, à vrai dire, ni dans l'une, ni dans l'autre de ces acceptions, le droit n'est une "science" à proprement parler si l'on entend par là un "ensemble de connaissances, d'études, d'une valeur universelle, caractérisées par un objet et une méthode déterminés et fondées sur des relations objectives vérifiables"[2]. Si l'on s'accorde pour admettre que le droit devrait avoir un objet et une méthode, ceux-ci sont fort controversés et, en tout état de cause, les connaissances juridiques sont bien loin d'être "fondées sur des relations objectives vérifiables"[3].

1. En ce sens, v. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit,* trad. Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, pp. 1s.; Richard A. Falk, *The Status of Law in International Society,* Princeton U.P., 1970, p. 447; Julio A. Barberis, "Le concept de "traité international" et ses limites", *A.F.D.I.* 1984, p. 252.

2. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la lanque française* ("Petit Robert").

3. Marie-Angèle Sanson - Hermitte va jusqu'à considérer que "la science et le droit sont un couple frappé d'incommunabilité", la "verité probabiliste de la science s'opposant à la nature arbitraire de l'acte de juger" ("La notion de source du droit à l'épreuve du droit européen de la concurrence", *Le droit des relations économiques internationales — Etudes offertes à Berthold GOLDMAN (Mélanges GOLDMAN),* Litec, Paris, 1982, p. 326).

Comme l'a écrit l'un des analystes les plus pénétrants du phénomène juridique, "le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite"[4]. Rien n'y est donné *ne varietur*; comme la matière sociale qu'il encadre, le droit est dynamique, divers, ondoyant. Il ne nait pas seulement du fait, il s'y coule; il est "investi par le fait"[5] et devient fait lui-même; *jus est factum*[6].

Mais le fait social, "trop humain", n'est pas une donnée immuable. Bien plus que les sciences exactes, le droit est le fruit "du hasard et de la nécessité"[7]. Née des nécessités de l'instant, la norme juridique change au hasard des mutations de la société, qu'elle peut d'ailleurs contribuer à encadrer sans jamais les domestiquer complètement.

Cette approche du droit, qui voit dans celui-ci un reflet des nécessités sociales, et dont l'auteur de ce cours se réclame, est en général qualifiée d'"objectivisme juridique", par opposition aux thèses de l'école volontariste pour laquelle le droit est exclusivement une création de la volonté humaine — médiatisée par l'Etat dans la sphère internationale — et sur laquelle je reviendrai ci-après (n° 2). Mais ne vous y trompez pas et méfiez — vous des rapprochements faciles: plus que quiconque, les objectivistes, au moins ceux qui appartiennent à l'école sociologique, ont conscience que le droit n'est pas fait de vérités éternelles, "objectives". Issue du fait social, évolutif par essence, la règle évolue avec lui; elle vit; elle meurt; et parfois même resuscite. Rien n'est "objectif" (au sens courant du mot) dans la norme juridique: sa genèse est un processus complexe; sa valeur est souvent sujette à discussion; son interprétation est éminemment subjective; sa mise en oeuvre dépend d'une multitude de facteurs très divers, et sa disparition même suscite des interrogations[8]. Peu de chances de vérités scientifiques dans tout ceci...

§1. *Le réductionnisme volontariste*

2. Les juristes — je veux dire les analystes du droit — se résignent

4. Jean Carbonnier, *Flexible droit — textes pour une sociologie du droit sans riguer,* L.G.D.J., Paris, 3ème éd., 1976, p. 2).

5. Michel Miaille, *Une introduction critique au droit,* Maspéro, Paris 1976, p. 331.

6. R. Quadri, "Le fondement du caractère obligatoire du droit international public", *R.C.A.D.I.* 1952 — II, vol. 80, p. 622.

7. Jérôme Monod, *Le hasard et la nécessité,* Le Sevil, Paris, 1970, 213p.

8. C. Atias, "Quelle positivité? Quelle notion de droit?". *Archives de philosophie du droit,* t. 27, "*Sources*" *du droit,* Sirey, 1987, p. 227.

pourtant mal à ce relativisme. Bien que le doute soit l'essence même de toute démarche scientifique — "Que sais-je?" —, il leur faut des certitudes. Rêvant "d'acquérir l'estime publique réservée aux scientifiques"[9], ils forgent des dogmes qui tiennent lieu d'explication globale, quitte à occulter toute une partie de la réalité qu'ils frappent ainsi d'excommunication juridique.

Cette tendance est particulièrement marquée parmi les internationalistes, moins assurés que les internistes de leur savoir et de l'existence même de leur discipline. C'est ainsi que le droit international est devenu le champ clos privilégié où s'affrontent les querelles d'écoles.

Parmi celles-ci, l'une à fini par acquérir une position très largement dominante: le positivisme volontariste. Et cette domination est tellement marquée que l'on en vient à assimiler les deux termes de l'expression: le positivisme ne pourrait être que volontariste et, réciproquement, seuls les volontaristes seraient positivistes. Effet admirable de la méthode Coué ou ... du terrorisme intellectuel.

Il est vrai que l'assimilation a pour elle — ou semble avoir pour elle — l'autorité de l'étymologie. Le droit positif, dit-on, est le droit "posé" *(jus positum)*, c'est-à-dire, "cette partie du droit qui est expressément créée par des procédés de création extériorisés et préétablis à cette fin"[10]. Puis, à cette définition, on en est venu, à partir de la fin du 18ème siècle à ajouter deux postulats: d'une part le droit international ne peut être "posé" que par les volontés étatiques, d'autre part, "le" droit, tout le droit, se réduit au droit positif ainsi défini. "Le positivisme a eu finalement comme effet de transformer la notion même du "juridique" en faisant un caractère purement réfléchi, une simple conséquence du fait que certaines règles proviennent d'une origine déterminée, qu'elles sont le produit d'un processus créatif donné"[11], volontaire.

La est l'abus: distinguer le droit "posé" du droit "donné" (ou spontané) relève de l'observation des faits; on le vérifiera à plusieurs reprises tout au long de ce cours; mais limiter le droit international au premier constitue une amputation arbitraire du phénomène juridique. Encore pourrait-on admettre l'existence d'une pluralité de manières de "poser" le droit; mais cela ne fait pas l'affaire de nos auteurs qui, sous couvert

9. C. Atias, *ibid.*, pp. 211-212.

10. Roberto Ago, "Droit positif et droit international", *A.F.D.I.* 1957, p. 5.

11. Roberto Ago, "Science juridique et droit international", *R.C.A.D.I.* 1956 — II, vol. 90, p. 884.

de "science" s'emploient à réduire à l'unité l'insupportable foisonnement du fait juridique: il sera volontaire ou ne sera pas.

3. Définies comme les procédés d'élaboration du droit, par opposition aux sources matérielles qui en sont l'origine réelle, les sources formelles vont dès lors se trouver au coeur même des conceptions volontaristes du droit. Dans cette optique en effet, seules, elles permettent d'apprécier la juridicité de la norme. Seule importe la norme, vecteur de la règle. Le critère du droit est constitué par son mode de création; si celui-ci fait intervenir la volonté de l'Etat, on est en présence d'une règle juridique, quel que soit son contenu; à l'inverse une norme qui n' est pas posée volontairement par les Etats n'est pas juridique.

Le positivime volontariste se réduit ainsi à une théorie des sources formelles; puisant directement son inspiration dans le légalisme de l'Europe continentale[12], il se polarise sur le mode d'*édiction* — et non de formation de la norme. "La philosophie du positivisme formaliste, assortie (en droit interne) d'une stricte séparation des pouvoirs, cantonne le juriste à l'interieur d'un système clos: le politicien, le sociologue, l' économiste qui se trouvent peut-être en amont sont eux et eux seuls coupables d'idéologie. Ce faisant, la science juridique élimine de son objet de recherche le fonds dans lequel elle puise la matière de ses prescriptions, pour se cantonner à l'appréhension formelle de l'origine des normes, envisagées comme ce qui émane d'autorités juridiquement reconnues"[13].

Portée par le courant scientiste dans le sillage d'Auguste COMTE, cette tendance a isolé le droit dans une tour d'ivoire théorique à prétention scientifique, et trouvé son point d'aboutissement extrême dans la théorie pure du droit d'Hans KELSEN dont l'objectif avoué est de "débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers"[14], de toutes les scories — dont on a pris soin de proclamer *a priori* qu'elles étaient ajuridiques.

Sans poursuivre des objectifs aussi abstraits, le grand juriste français Prosper WEIL a récemment ranimé la flamme vacillante du positivisme volontariste en partant en guerre, dans un article publié à la fois dans la *Revue générale de droit international public* et l'*American Journal*

12. Cf. Bruno Oppetit, "La notion de source du droit et le droit du commerce international", *Archives de philosophie du droit* préc. n. (8), pp. 45-46.

13. M.-A. Sanson - Hermitte, *op. cit.*, n. (3), p. 300.

14. H. Kelsen, *op. cit.*, n. (1), p. 1. V. aussi Norberto Bobbio, "Kelsen et les sources du droit", *Archives de philosophie du droit*, préc. n. (7), pp. 135-145.

of International Law, contre la "normativité relative en droit international"[15]. Dénonçant la "graduation" et la "dilution de la normativité", l'éminent auteur s'indigue de l'effacement du seuil de "normativité", "c'est-à-dire (du) point de passage du non-juridique au juridique, de ce qui n'est pas la norme à ce qui est la norme"[16] et s'emploie à réhabiliter et l'obligation, comme étant le seul critère du droit, et la volonté de l' Etat comme sa seule source, car, affirme-t-il, "sans volontarisme le droit international ne remplirait plus ses fonctions"[17].

Il y a là, à vrai dire, une pétition de principe pure et simple, car rien ne vient étayer cette "vérité" si fortement énoncée. Succombant à la tentation rassurante du dogmatisme, le volontarisme contemporain, exprimé même par les meilleurs esprits renonce à démontrer, il affirme. Il n'explique pas, il assène. Il ne nuance pas, il martèle. Au nom de conceptions *a priori* de c'est qu'est le droit ou, de ce qu'il devrait être.

Car il n'est pas ce que les positivistes volontaristes disent qu'il est ou voudraient qu'il fût. "On connaît la faveur que les publicistes manifestent pour le droit qui devrait exister selon eux"[18].

4. Ce n'est pas ici le lieu d'instruire le procès du volontarisme. Mais on ne peut passer sous silence son infirmité fondamentale: le refus du réel, le goût de l'apparence. En polarisant l'étude du droit autour de la notion de sources, "en s'hypnotisant sur l'aspect formel, les auteurs positivistes ne prêtent plus assez d'attention au fond du droit et ignorent les valeurs. Ils laissent ainsi s'échapper la matière même de ce qui les occupent"[19]. Sous prétexte que le droit serait "plus sensible aux techniques qu'aux finalités"[20], on se détourne de celles-ci; le droit devient une fin en soi, étudié, adulé pour lui-même. "Ce paganisme juridique fait du droit une nouvelle religion centrée sur elle-même, alors qu'il est une science insérée dans la réalité et remplissant par là une fonction éminemment sociale de régulation des rapports entre individus sur le plan interne, et entre Etats, sur le plan international"[21].

15. Prosper Weil, "Vers une normativité relative en droit international", *R.G. D.I.P.* 1982, pp. 5-47 (*A.J.I.L.* 1983, pp. 296-304).

16. *Ibid.,* p. 9.

17. *Ibid.,* p. 16.

18. Guy de Lacharrière, *La politique juridique extérieure,* Economica, Paris, 1983, p. 126.

19. Michel Virally, *La pensée juridique,* L.G.D.J., Paris, 1963, p. 126.

20. Prosper Weil, "Le droit international économique" *in* S.F.D.I., Colloque d' Orléans, *Aspects du droit international économique,* Pédone, Paris, 1972, p. 4.

21. Mohammed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international,* Unesco,

Pis même, tout au long du XIXè siècle et de la première moitié du XXème, on assiste à un rétrécissement constant du champ de vision. Le droit, progressivement, se réduit à ce qui est susceptible d'être sanctionné par le juge[22] et l'article 38 du statut de la C.I.J. devient les tables de la loi de la nouvelle religion. De ce fait, comme l'a écrit le professeur Richard A. Falk, "The processes of law-creation in international society have never been clearly understood by international lawyers. It has been traditional to associate the creation of international law with "the sources of international law" contained in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice. Such an approach distorts inquiry by conceiving of law-creation exclusively from the perspective of the rules applicable in this once centralized, judicial institution"[23]. D'évidence, l'article 38 ne couvre pas la réalité du processus de création du droit international, ni même l'ensemble de ses "sources formelles". Peu importe: on contraindra la réalité à se plier à la théorie[24], quelles que puissent être les impasses auxquelles celle-ci conduit, notamment son incapacité à donner une explication satisfaisante à la grande question du fondement du droit international — explication qu'il est assurément vain de chercher dans le droit lui-même — et même à intégrer dans la théorie, pourtant sacrée, des sources l'un des principaux modes de formation énumérés par l'article 38: la coutume, caractérisée précisément par son informalité totale.

Au surplus, et c'est sans doute le plus grave, les auteurs volontaristes sont certainement, pour la plupart, animés des meilleurs intentions du

Paris, p. 103; v. aussi, pp. 127-128; Charles Chaumont, "Cours général de droit international public", *R.C.A.D.I.* 1970-I, vol. 129, p. 345 et Oscar Schachter, "The Nature and Process of Legal Development" *in* R. St. Macdonald and DDD.M. Johnston eds, *The Structure and Process of International Law,* Nijhoff, The Hague, 1983, p. 760.

22. Pour des prises de position récentes en ce sens, v. Michel Virally, "Droit, politique et développement" *in* Maurice Flory, Ahmed Mahiou et Jean-Robert Henry eds., *La formation des normes en droit international du développement,* Table ronde franco-maghrébine, Aix-en-Provence, C.N.R.S. — Paris, O.P.U. — Alger, 1984, p. 158; P. Weil, *op. cit.* n. (15), p. 13 ou Charles Leben, "La juridique internationale", *Droits,* 1989, pp. 144s.

23. R. A. Falk, *op. cit.* n. (1), p. 174.

24. Cf. les efforts d'une partie de la doctrine contemporaine pour rattacher les actes concertés non conventionnels aux sources énumérées par l'article 38. V. à ce sujet la présentation — critique — de Christopher Schreuer, "Recommendations and Traditional Sources of International Law", *G.Y.B.I.L.* 1977, pp. 103-118, not. pp. 106s.

monde, mais la "pureté" dont ils se réclament est une illusion. Obnubilés par la forme, indifférents au contenu de la norme et à sa finalité, ils s'attachent à maintenir ce qui est; incapable d'accompagner le changement, leur droit, purement statique, est par essence conservateur et le positivisme ainsi conçu "se réduit en fait à une défense inavouée du système socio-politique dominant"[25]. "Il faut bien le dire, le triomphe sans réserve du positivisme, c'est celui de Créon, et Antigone baillonnée"[26].

5. Malgré leurs prétentions scientifiques, les théories volontaristes se prêtent d'ailleurs à toutes les manipulations, car les doctrines ne sont pas de purs jeux de l'esprit. Les Etats s'en emparent et tentent de les faire servir leurs intérêts, fussent au prix d'illogismes flagrants.

Ainsi, les tenants du volontarisme le plus sectaire sont aussi ceux qui affirment le plus volontiers l'opposabilité du vieux droit d'origine européenne aux nouveaux Etats sous-développés qui n'ont pourtant pris aucune part à son élaboration[27]. Mais, à l'inverse, les pays du Tiers Monde, qui ont dénoncé cette prétention avec indignation, n'hésitent pas à contredire ce volontarisme sélectif en affirmant au nom d'une très hypothétique "démocratie" internationale (v. *infra*, chap. 2 n° 13), la valeur obligatoire pour tous de résolutions adoptées à la majorité[28].

Formaliste et superficiel dans son approche, cynique et incohérent dans ses résultats, le positivisme, tel au moins qu'il est présenté par les volontaristes, ne fournit certainement pas un outil satisfaisant d'analyse du droit international "dans son infinie diversité"[29], et, du même coup il conduit à s'interroger sur le caractère "opérationnel" de la notion même de "sources".

25. Mohamed Bennouna, *Le droit international du développement — Tiers Monde et interpellation du droit international,* Berger - Levrault, Paris, p. 25.

26. René-Jean Dupuy, "Communauté internationale et disparités de développement — Cours général de droit international public", *R.C.A.D.I.* 1979-IV, vol. 165, p. 116.

27. Cf. T. Olawale Elias, "Modern Sources in International Law" *in Transnational Law in a Changing Society — Essays in Honor of Ph. C. Jessup (Méls. Jessup),* Columbia U.P., 1972, p. 49.

28. Cf. G. de Lacharrière, *op. cit.* n. (18), p. 24 ou "Tendances contradictoires en matière de consentement des Etats" *in S.F.D.I.,* Colloque de Toulouse, *L'élaboration du droit international public,* Pédone, Paris, 1975, pp. 183-203, not. pp. 202-203.

29. R. R. Baxter, "International Law in Her infinite Variety", *I.C.L.Q.* 1980, pp. 549-566.

§2. *Pour une approche réaliste*

6. Le positivisme classique — volontariste — n'est pas pour autant dénué de mérites. Son apport est double.

En premier lieu, et le mouvement a été amorçé par VATTEL, il s' est efforcé de dégager la spécificité du droit — de la science du droit — par rapport aux autres sciences sociales. La juridicité est un élément du social, mais ne se confond pas avec lui. "Le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes"[30], même s'il forme le cadre général dans lequel s'inscrit le "non-droit"[31]. La simplification du réel est inhérente au phénomène juridique[32]. Le droit c'est la réalité sociale, mais digérée.

D'où, et c'est le second grand mérite du positivisme traditionnel de l'avoir montré, l'importance des *manifestations* normatives. S'il est excessif de réduire le droit à une forme[33], le formalisme n'en est pas moins l'une des particularités irréductibles du droit, *expression,* à un moment donné, des réalités d'une société[34].

Cependant, dans leur ardeur à s'affirmer comme des "scientifiques", les positivistes ont tiré de ces deux intuitions de départ, exactes et fécondes, des conséquences extrêmes qu'il est bien difficile d'admettre sauf à émasculer le phénomène juridique. Ils ont fait prévaloir l'esprit de géométrie — sans lequel, certes, il n'est pas de science — sur l'esprit de finesse — sans lequel il n'est pas d'art; or le droit est un art plus qu' une science.

Ce refus du réel dans toute sa complexité s'est traduit, en particulier, chez les internationalistes, qui, pourtant, s'en défendent, par une fascination pour le droit interne où l'ombre du juge est omniprésente. Cette hypnose les a conduits, comme nous l'avons vu (n° 4), à construire un

30. J. Carbonnier, *op. cit.* n. (4), p. 18.

31. V. *ibid.,* p. 33.

32. En ce sens, v. par ex. G.J.H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law,* Kluwer, 1983, p. 26.

33. V. cependant Monique Chemillier - Gendreau, "A propos de l'effectivité en droit international", *R.B.D.I.* 1975, p. 38.

34. Pour un développement de cette idée, v. Alain Pellet, "Le bon droit et l'ivraie — Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement)", *in Le droit des peuples à disposer d'eux-memes — Méthodes d'analyse du droit international, Mélanges offerts à Charles Chaumont,* Pédone, Paris, 1984, pp. 480 s. V. aussi *infra.*

modèle théorique faisant de l'applicabilité par le juge le critère même du droit. Et l'on trouve des échos de ces thèses dans la jurisprudence qui paraît parfois consacrer une distinction rigide entre la *lex lata* et la *les feranda:*

> "... La Cour, en tant que Tribunal, ne saurait rendre sa décision *sub specie legis ferendae,* ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté"[35];
>
> "... sa mission est d'appliquer le droit tel qu'elle le constate, non de le créer"[36];
>
> "Le Tribunal de céans n'ignore pas ces tendances (du droit international en matière de nationalisation) mais il ne saurait anticiper sur l'état du droit à cet égard"[37]; etc.

7. La jurisprudence — de la Cour mondiale en particulier — est pourtant infiniment moins établie en ce sens que ces formules pourraient le donner à penser: le rejet très net de la conception volontariste de la coutume dans tous ses arrêts récents[38], le rôle éminent qu'elle reconnaît aux résolutions des organisations internationales[39], constituent à cet égard des signes qui ne trompent pas. Et, dans l'affaire du *Plateau continental Tunisie/Libye,* la Cour est allée jusqu'à reconnaître qu'elle

> "ne saurait négliger une disposition du projet de convention (sur le droit de la mer) si elle venait à conclure que sa substance lie tous les membres de la communauté internationale du fait qu'elle consacre ou cristallise une règle de droit coutumier préexistante *ou en voie de formation*"[40].

Certes, l'immense masse des résolutions générées par les organisations internationales (tout spécialement celles de la "famille" des Nations Unies) est venue brouiller l'image que se faisait la doctrine des sources du droit international"[41]. Certes, "coutume sauvage et *soft law*

35. C.I.J., *Compétence en matière de pêcheries,* arrêt du 25 juillet 1974, *Rec.* p. 23.

36. C.I.J., *Sud-Ouest africain (2ème phase),* arrêt du 18 juillet 1966, *Rec.,* p. 48.

37. *Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen,* sentences arbitrale du 19 janvier 1977, *J.D.I.* 1977, p. 374.

38. V. Eduardo Jimenez de Arechaga, "International Law in the Past Third of a Century", *R.C.A.D.I.* 1978-I, vol. 159, p. 11.

39. V. en particulier l'arrêt de la C.I.J. du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Rec.* 1986, not. pp. 100 s. et 107.

40. Arrêt du 24 février 1982, *Rec.* p. 38.

41. Charles Leben, "Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public", *Droits* 1987, n° 5, p. 123.

se jumellent pour orienter le droit international dans des zones mouvementées où la pureté des sources traditionnelles semble affectée"[42]. Mais la jurisprudence semble moins chagrinée que la doctrine volontariste par cette altération de la "pureté" de l'image traditionnelle du droit.

Du reste, une partie de la doctrine a dénoncé l'abstraction cynique du positivisme volontariste sans en récuser les apports. Cette réaction a été principalement le fait d'une part de ce que l'on pourrait appeler le néo-volontarisme marxisme ou, en tout cas, marxisant, d'autre part, des écoles sociologiques.

Les néo-volontaristes, dont la doctrine soviétique menée par le professeur B. Tunkin et, en France, le professeur Charles Chaumont sont les représentants les plus éminents, font leur le postulat fondamental du volontarisme traditionnel: "le droit international est fondé sur un phénomène conscient quelles que soient ses racines et ce phénomène conscient consiste dans l'exercie de la volonté des Etats, quelle que soit la réalité que recouvre le mot Etat"[43]. Mais ces auteurs se différencient de leurs prédécesseurs par le refus du formalisme et la recherche de la volonté réelle des Etats; "la notion de volonté de l'Etat étant une simplification n'a de sens, comme concept, que si l'on tient compte des facteurs concrets sur lesquels elle s'appuie"[44].

Il y a là un indiscutable progrès dans le sens à la fois du réalisme et de la moralisation du droit (même si les tenants de ces thèses récuseraient probablement le second terme ...). Toutefois, on peut se demander si le mouvement de retour du balancier n'est pas trop prononcé: dès lors que tout formalisme est condamné sans appel, on voit mal ce qui différencie le droit des autres sciences sociales, et il est hasardeux de déterminer la "volonté réelle" des Etats. Il est toujours difficile de sonder les reins

42. R. - J. Dupuy, *op. cit.*, n° (26), p. 170.

43. Charles Chaumont, "Rapport sur l'institution fondamentale de l'accprd entre Etats" *in* "Les méthodes d'analyse en droit international", *Annales de la Faculté de Droit et des sciences économiques de Reims,* 1974, Rencontre des 23-24 juin 1973, p. 243. V. aussi "Cours général de droit international public", *R.C.A.D.I.* 1970-I, vol. 129, p. 363.

44. *Ibid.* ("Rapport sur l'institution fondamentale..."), p. 250; v. aussi *Réalités du droit international contemporain (La relation du droit international avec la structure économique et sociale),* Actes de la 4ème Rencontre de Reims, 15-16 oct. 1977, CERI, Reims, pp. 39 et 133 et Jean J. A. Salmon, "Sécurité et mouvement dans le droit des traités", *Réalités du droit international contemporain — Force obligatoire et sujets de droits,* Actes de la 2ème Rencontre de Reims, "A la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international", p. 102.

et les coeurs; il est d'ailleurs douteux que les Etats en soient pourvus...

Les tenants de l'approche sociologique du droit partent de la même constatation fondamentale que les analystes marxistes: "rien de ce qui est social n'est par nature indifférent au droit"[45]. Ils admettent que le droit, ancré dans la réalité sociale, est engendré par la société qu'il régit et qu'il rétroagit sur elle. Comme la politique (et la science politique ou la sociologie) ou l'économie (et l'économie politique ou la science économique), le droit est un reflet, un mode d'expression de la société en même temps qu'il est — mais ce n'est qu'une fonction dérivée — un instrument de gestion et, le cas échéant, de changement, des relations sociales[46]. Issu des luttes plus ou moins policées entre les groupes sociaux en présence, le droit devient un instrument de mesure très fiable de la force respective des uns et des autres car il traduit et exprime l'équilibre plus ou moins stable, réalisé entre eux à un moment donné.

SECTION II — LA QUERELLE DE LA NORMATIVITE RELATIVE

§1. *La norme juridique, norme de conduite sociale*

8. Dans cette perspective, les règles juridiques apparaissent comme des normes de conduite sociale, ou, si l'on veut, comme des "techniques commodes de prédétermination de l'avenir"[47]. Elles canalisent et orientent le comportement de leurs destinataires. Cette définition, apparemment anodine de la norme juridique a un triple mérite qui tient surtout à son "ouverture", à ce qu'elle ne dit pas. En effet, elle ne caractérise la règle de droit ni par sa sanction — ce qui entraîne inévitablement, en bonne logique, la négation du droit international lui-même —, ni par

45. Georges Scelle, *Précis de droits des gens,* Sirey, Paris, t. I, 1932, p. 25.

46. En ce sens, v. par exemple Wilfred Jenks, "Economic and Social Change and the Law of Nations", *R.C.A.D.I.* 1973-I vol. 138, p. 455-502, not. p. 463; Patricia Buirette - Maurau, *La participation du Tiers Monde à l'élaboration du droit international, L.G.D.J.,* Paris, 1983, pp. 5-6; Milan Bujajic, *Principle of International Development Law,* Nijhoff, Dordrecht, 1986, p. 43; Wolfgang Friedmann, "General Course of Public International Law", *R.C.A.D.I.* 1969-II, vol. 127, pp. 47 s.; G.J.H. Van Hoof, *op. cit.,* n. (32), p. 21; etc.

47. G. de Lacharrière, *op. cit.,* n. (18), p. 202.

la nature postulée du comportement attendu, ni par la forme que prend la norme.

i) Tout d'abord, elle évite le péché "positiviste" de "judiciarisation" de la norme. Le droit n'est pas fait pour les juges qui n'en sont que des utilisateurs parmi d'autres, au surplus fort marginaux dans l' ordre international:

> "Dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne pouvait faire en dernier ressort l'objet d'une procédure judiciaire à toujours constitué la règle plutôt que l'exception"[48].
>
> "Les normes juridiques sont d'abord et fondamentalement des règles de conduite, des instruments éthiques pour diriger la conduite des individus (en droit international, prioritairement, celles des Etats); ce ne sont pas de simples instruments destinés à permettre au juge de juger après coup la conduite de ceux qui l'ont saisi de leur litige"[49].

ii) Ensuite, la definition proposée évite de prendre position sur la nature de la conduite escomptée de la part des destinataires de la norme. Il est faux en effet que le droit soit fait exclusivement d'obligations et d'interdictions. Certes, la norme peut consister en un commandement impératif; mais elle peut aussi inciter, programmer, planifier, recommander, autoriser, voire même tolérer — "stationnement toléré sur le trottoir" ... A cet égard, le professeur Weil, dans l'article précité, a parfaitement raison de faire remarquer qu'"une norme permissive (par exemple) est une norme comme une autre"[50], comme l'est aussi, par exemple, une règle supplétive de volonté. Au surplus, même lorsque la norme correspond aux voeux des juristes qui définissent la règle juridique de la manière la plus étroite par recours à la notion d'obligation, celle-ci est loin d'être univoque; en particulier, le comportement attendu du destinataire d'une obligation de comportement est très différent de celui auquel incombe une obligation de résultat[51].

iii) Enfin, norme de conduite sociale, la règle juridique est définie

48. C.I.J., arrêt préc. n. (36), p. 46.

49. Paul Amselek, "Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit", *Archives de philosophie du droit,* préc. n. (8), p. 256.

50. *op. cit.,* n. (15), p. 11.

51. V. Jean Combacau, "Obligations de résultat et obligations de comportement — quelques questions et pas de réponse", *Mélanges offerts à Paul Reuter — Le droit international: unité et diversité,* Pédone, Paris, 1981, pp. 181-204.

indépendemment de sa manifestation, de la forme qu'elle revêt. Mise à part toute querelle sur le fondement du droit, ceci présente, sur le plan conceptuel, le grand avantage d'éviter la confusion entre la norme elle-même — qui concerne la substance même du droit — et sa source formelle, soit la manière dont l'existence de la norme se manifeste[52].

Car la formalisation peut se faire de multiples façons. Au plan interne par la constitution, par la loi, par la coutume, par le réglement — sous toutes ses manifestations —, par le plan et aussi par le contrat; au plan international, par le traité, par la coutume encore, par les principes généraux de droit ou bien, par les actes unilatéraux des Etats ou des organisations internationales, décisions ou recommandations, par les actes concertés non conventionnels, par de simples comportements, ou par toutes les formes mixtes immaginables. Peu importe le vecteur. Tout ce qui compte, c'est qu'il y ait une forme, une manifestation, quelle qu'elle soit, de l'existence de la norme. Et c'est à ce point de vue que l'on retrouve l'indispensable formalisme sans lequel il ne paraît pas possible d'attester que la règle existe; faute de formalisation, le droit ne se distinguerait ni de la religion, ni de la morale — qui sont affaires purement intimes.

La fonction de cette formalisation est de manifester, d'exprimer la conviction des sujets de droit qui sont liés par la norme. La conviction et pas la volonté car ils peuvent être liés volontairement mais ils peuvent aussi l'être bien malgré eux et pas seulement par le *jus cogens;* c'est jouer avec les mots que dire que la Tanzanie qui a si longtemps tenter de résister aux diktats du F.M.I. a "voulu" les conditions dont sont assorties les droits de tirage qui lui sont accordés ou, pour prendre un exemple moins évident, que les Etats-Unis ont "voulu" que les grands fonds marins et leurs ressources soient reconnus comme le patrimoine commun de l'humanité; tel est pourtant le droit, mais "vouloir bien", "se résigner", n'est pas vouloir. Et cette conviction est bien d'être liés, au sens le plus large du terme; pas d'être obligés; la norme, on l'a vu, peut être impérative, obligatoire, incitative, permissive, etc.[53].

Ainsi, il n'existe aucune forme pré-posée à la création des normes en droit international. Seule importe l'existence d'une manifestation de conviction et il convient d'éviter le double écueil du formalisme — qui

52. Sur la distinction v. NGUYEN QUOC Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public,* 3ème éd., 1987, pp. 105-107.

53. V. A. Pellet, *op. cit.,* n. (34), p. 481.

fait du droit un phénomène irréel et inutilisable — et de l'amorphisme, qui le prive de toute spécificité[54].

9. Mais, pour importante que soit la forme, avec ces nuances, le droit n'est caractérisé ni par sa seule substance, ni par son apparence seule. Il se compose, comme le langage, "d'une forme et d'un contenu". L'analyse peut les dissocier. La définition ne peut les séparer sans détruire la notion de droit comme de langage[55].

La valeur de la norme juridique se définit donc à la fois par son contenu et par sa forme, ce qui veut dire que deux règles formellement identiques, conventionnelles par exemple, peuvent être d'intensité très différentes. En premier lieu, et contrairement à la vieille rengaine volontariste, il n'est pas vrai que "tout acte illicite international (...) pourrait être élevé au rang de droit si l'on en faisait le contenu d'un traité"[56]; le contenu de la norme peut entraîner sa nullité absolue et l'on ne peut plus alors, raisonnablement, la qualifier de "juridique"; tel est le cas de toute règle contraire aux fondements mêmes de la société à un moment donné, à l'ordre public en droit interne, au *jus cogens* dans la sphère internationale. Mais le contrariété de la norme avec une règle impérative ne constitue pas la seule exclusion de juridicité tenant au contenu. On peut soutenir aussi qu'une norme absurde, ou énonçant au contraire une évidence naturelle n'est pas non plus juridique.

Ceci a été admirablement exprimé avec beaucoup d'humour par le juriste argentin, Julio A. Barberis

> "L'on doit aussi tenir compte du monde naturel afin de déterminer le sens d'une prescription. Ainsi que nous l'avons vu, une prescription n'a de sens que si ce qu'elle dispose peut être ou non suivi. Personne ne peut s'engager à faire une chose qui, du point de vue des sciences naturelles, est impossible. Une norme qui établit comme obligatoire un acte physiquement impossible n'a pas de sens. Ainsi par exemple, un Etat ne peut s'engager à faire des transmissions télégraphiques à une vitesse supérieure à celle de la lumière, ni à extrader une personne décédée, ni à transférer la souve-

54. En ce sens v. G.V.H. Van Hoof, *op. cit.*, n. (32), p. 252.

55. Roger Pinto, "Tendances de l'élaboration des formes écrites en droit international" *in S.F.D.I.*, Colloque de Toulouse, *L'élaboration du droit international,* Pédone, 1975, p. 14.

56. G. Jellinek, Die rechtliche Natur des Staaten Vortrage, Hölder, Vienne, 1880, p. 16.

raineté d'une île qui a disparu, ni à fournir un produit congelé à une température inférieure au zéro absolu. De même il est absurde d'interdire quelque chose que l'on ne peut pas faire. Par exemple, un Etat ne peut s'engager à ce que ses habitants s'abstiennent de respirer pendant certains jours. Les normes interdisant des actes que l'on ne peut s'empêcher de faire n'ont pas de sens. Il est tout aussi absurde de prescrire des actes qui, pour des raisons naturelles, doivent être faits nécessairement. Ainsi, une norme ordonnant à tous les habitants d'un pays de se nourrir au moins tous les trois mois n'aurait pas valeur de prescription.

"Les dispositions prévoyant comme conditions d'application une situation qui est naturellement impossible n'ont pas non plus une fonction de prescription. Tel serait le cas, par exemple, de dispositions fixant les obligations des capitaines de navires marchands au cas où ils trouveraient des sièrenes en haute mer, ou celles établissant des règles de trafic aérien pour les sorcières volant sur leur manche à balai"[57].

Par ailleurs, le contenu n'est pas seulement l'un des critères de la juridicité, il contribue à la variation de celle-ci. Il y a en effet des degrés dans l'intensité des prescriptions. D'abord, il faut le redire (v. *supra* n° 8), celle-ci peut varier en fonction de leur formulation même; il y a une grande différence entre une norme selon laquelle les Etats doivent verser une indemnité intégrale en cas de nationalisation de propriété étrangère et celle qui prévoirait que, dans la mesure de ses possibilités, compte tenu de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes, l'Etat devrait envisager avec compréhension l'eventualité de payer une compensation équitable; il s'agit là d'hypothèses extrêmes et, pour l'instant, imaginaires; mais il existe de nombreux exemples de contraste de ce genre en matière économique. De telles normes peuvent être contenues dans des instruments de même nature, des traités par exemples; elles n'ont, bien évidemment, pas la même valeur juridique.

On peut d'ailleurs aller plus loin encore et estimer qu'il y a "des gradations dans la positivité" ou la juridicité qui sont fonction du besoin social auquel une norme répond. "L'interdiction d'utiliser l'avertisseur sonore (...) ne peut voir sa positivité et son effectivité mesurées à la

57. Julio A. Barberis, *op. cit.*, n. (1), p. 254.

même aune que la prohibition de l'assassinat"[58] quoique l'un et l'autre troublent l'ordre public; de même, l'interdiction du génocide et l'inviolabilité du courrier diplomatiques sont, qui ne le sent? des normes d' "intensité" juridique fort différente.

10. Il résulte aussi de la définition même de la norme juridique que l'étude exclusive des sources formelles du droit international est incapable d'en donner une vision exacte et complète. Et d'abord pour une raison bien simple: toutes les normes n'ont pas une source formelle clairement identifiable. En particulier, il y a bien des manifestations de l' existence des règles coutumières, mais la coutume — comme les principes généraux de droit, d'ailleurs — est, par excellence, une source informelle du droit.

Par ailleurs, un processus de formation du droit que les volontaristes tiennent pour inabouti, et qu'ils refusent donc de considérer comme une source du droit, n'en a pas moins, malgré qu'ils en aient, des effets juridiques en ce sens que les normes formées sont bien ressenties par leurs destinataires comme leur signifiant qu'une conduite déterminée est attendue d'eux, ce qui appelle de leur part certaines actions (respect ou violation) et réactions (justification). De ceci également, nous trouverons maints exemples dans le chapitre suivant; il suffit pour l'instant de constater avec le professeur Virally que, si le juriste classique considère avec "un certain scepticisme, voire une certaine ironie", les instruments nouveaux que sont les "conclusions concertées, les stratégies et plus généralement les actes concertés non conventionnels", "cette ironie n'est pas partagée par les gouvernements, même les plus traditionnels parmi ceux des pays les plus industrialisés"[59].

Dès lors, le juriste doit s'intéresser non pas seulement aux "sources" du droit au sens strict, mais aussi à ses modes de formation considérés

58. C. Atias, *op. cit.*, n. (8), p. 227.

59. Michel Virally, "Où en est le droit international du développement?", *R.J.P. I.C.*, 1975, p. 285. Sans faire preuve d'"ironie" à l'égard des actes concertés non conventionnels, l'éminent auteur ne les considère pas moins avec un certain "scepticisme" ... Cf. notamment ses rapports à l'Institut du droit international, "La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus", *Ann. I.D.I.* 1983, pp. 166-257 et 328-357.

60. V. P. Buirette-Maurau, *op. cit.*, n. (46), p. 40. Jacques Dehaussy définit d' ailleurs la source du droit international comme étant "tout processus créateur de normes générales destinées à régir des rapports internationaux" (*J.Cl.D.I.*, fasc. 10, "Sources du droit international — Introduction générale", n° 7).

non comme des procédés mais comme des processus[60], à ce qu'une doctrine anglo-saxonne récente englobe dans l'expression "*legal development*": "By the term "legal development", one would like to refer to the entire "process" by which legal norms, standards, institutions and procedures are, more or less consciously, created, adapted, rationalized, improved and terminated by human agency"[61]. La source au fond, comme le phénomène naturel que vise le mot, n'est qu'un passage qu'emprunte la norme, de même que l'eau sourd de la fontaine, mais la norme, comme l'eau aussi, existe avant de "sourdre" et continue de cheminer après. Même le traité ne fige pas la règle complètement: elle évoluera au gré de son application et de son interprétation[62].

Pas plus que le spécialiste des rivières ne peut se désintéresser de la nappe phréatique, des couches géologiques et du terrain traversé, l' internationaliste ne peut écarter de son champ d'étude les facteurs qui sont à l'origine de la formation des normes juridiques[63]. Et cette analyse ne s'impose pas seulement pour comprendre le droit et la société dans laquelle il s'intègre — ce qui n'est déjà pas négligeable —, elle est également indispensable pour comprendre la valeur proprement juridique de la norme elle-même.

11. Autre élément de complexité, la norme n'est pas toujours, et assez loin de là, rattachable à un mode de formation du droit déterminé.

En premier lieu — et c'est encore relativement simple — une même norme peut être l'aboutissement de deux ou plusieurs processus qui, en général, se renforcent mutuellement, mais qui sont, ou pourraient être, intellectuellement, totalement distincts. Ce phénomène est bien mis en évidence par l'arrêt rendu le 27 juin 1986 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Les Etats Unis soutenaient que la réserve, contenue dans leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour de 1946, excluant de la compétence de celle-ci "les différends

61. Cf. Douglas M. Johnston, "The Heritage of Politics through International Law", in R. St. J. Mc Donald and D. M. Johnston. eds., *op. cit.* n. (21), p. 196. V. aussi Oscar Schachter, *op. cit. ibid.*, pp. 745-808.

62. En ce sens v. Palitha T. B. Komona, *The Regulation of International Economic Relations through Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1985, p. 83.

63. V. Milan Sahović, "Rapports entre facteurs matériels et facteurs formels dans la formation du droit international", *R.C.A.D.I.* 1986-IV, vol. 199, pp. 171-232, *passim;* Ch. Chaumont, *op. cit.*, n. (43), p. 362 ou "Méthode d'analyse du droit international", *R.B.D.I.* 1975, p. 37.

résultant d'un traité multilatéral", l'empêchait du même coup de se prononcer sur le fondement de règles coutumières ayant le même contenu que les règles conventionnelles. Très fermement, la Haute Juridiction a rejeté cette argumentation:

> "De nombreuses raisons conduisent à considérer que, même si deux normes provenant des deux sources (conventionnelle et coutumière) du droit international apparaissent identiques par leur contenu, et même si les Etats considérés sont liés par les règles en question sur les deux plans conventionnel et coutumier, ces normes conservent une existence distincte"[64].

Mais il y a plus, et plus compliqué. En second lieu en effet, il peut se produire que la valeur juridique d'une norme ne puisse être déterminée que par la prise en considération de plusieurs processus formateurs simultanés ou successifs. Si l'on isole l'un d'entre eux, sa valeur juridique sera faible; si on les confrontent, elle augmente considérablement. Un énoncé isolé, par une résolution unique, lui confère une valeur réelle, certes, mais limitée; sa répétition la fortifie déjà; sa mise en oeuvre effective, sa reprise dans une convention même non ratifiée, la renforce encore considérablement; l'adhésion formelle des Etats exprimée par des déclarations unilatérales ou dans un traité en vigueur lui confère une *imprimatur* irréfutable[65]. Comme l'a écrit le professeur Christophe Schreuer,

> "A closer look at the realities of international decision-making shows that an attempt to divide the law into neatly separate rules which can be allocated to official types of sources is not satisfactory. Very often it is impossible to base a decision or even a general prescription on any one type of source. The process of communication leading to legal expectations and to a conduct corresponding to them, can take place in a variety of forms which are interelated and often not clearly distinguishable. Even a relatively clear-cut prescription like a treaty provision is in constant interaction with other types of international law, from its drafting up to its other types of international law, from its drafting up to its application, and can lead a decision-maker through the whole maze of sources

64. *Rec.* 1986, p. 95; v. aussi l'arrêt du 26 nov. 1984, *Rec.* pp. 424-425.

65. Cf. le *dictum* du Juge Cardozo dans l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, *New Jersey v. Delaware,* 292 U.S. 361 (1934), cité par O. Schachter, *op. cit.*, n. (8), p. 65.

of international law, including the resolutions of international institutions.

"Each of several relevant elements for a particular decision may not, on its own, be authoritative enough to qualify as a biding rule or to present a sufficient basis for the decision. Their combined effect, however, can be conclusive (...).

"Rather than searching for abstract rules classified by types of sources, it seems more appropriate to examine the entire body of legally significant authority for a particular decision"[66].

Ainsi il apparaît que la formation de la norme juridique est souvent le résultat de processus croisés ou, si l'on préfère, d'un "processus cumulatif"[67].

Cette idée selon laquelle le passage du fait au droit est progressif n'est pas une lubie doctrinale. Ainsi, par exemple, s'exprimant à la suite de la présentation d'un rapport de M. Weil qui faisait l'apologie de "la règle de droit traditionnelle" aux "arrêtes tranchées" qui serait "toute rigueur et précision"[68] — ce qui en donne une description exagérement simplificatrice —, l'éminent praticien qu'est le président Bellet a rétorqué: "on passe du fait au droit, ou inversement, par des nuances imperceptibles et (...) il n'y a pas un mur au delà duquel il y a le fait ou le droit"[69] et l'on trouve des traces de ceci dans la jurisprudence elle-même (v. *supra* n° 8), pourtant refuge logique du droit le plus "dur". Quant aux hommes d'Etat et aux diplomates ils ne se préoccupent que très marginalement de la question de savoir si la règle qu'ils invoquent est dure ou molle, verte ou mure, en voie de formation ou cristallisée[70].

§2. *Pour une approche "romantique" du droit*

13. De tout ceci résulte une conséquence fondamentale: le droit présente assurémment une certaine autonomie par rapport à la réalité

66. Christophe Schreuer, "Recommendations and the Traditional Sources of International Law", *G.Y.B.I.L.* 1977, pp. 112-113.

67. Georges Abi-Saab, "Développement progressif des principes et normes du droit international relatifs au nouvel ordre économique international", Rapport du Secrétaire général, 23 octobre 1984, A/39/504/Add. 1, Annexe III à l'*Etude analytique* de l'UNITAR, § 26, p. 29.

68. P. Weil, *op. cit.*, n. (20), p. 6.

69. *Ibid.*, p. 119.

70. En ce sens, R. A. Falk, *op. cit.*, n. (1), p. 178.

sociale; en revanche, il n'existe pas un seuil de juridicité mais, bien plutôt, des paliers de normativité. Il y a certes un espace social "à l'état pur" où le droit ne pénètre point et, à l'opposé, il existe un noyau juridique dur; mais, entre ces deux pôles extrêmes, on trouve, sans aucun doute, une "zone grise" où droit et non-droit se mêlent et s'interpénètrent sans qu'il soit possible d'affirmer en toute honnêteté ni qu'il n'y a rien là de "juridique" ni que tout y est droit, pas plus que les eaux de l'estuaire ne sont encore tout à fait marines alors mêmes qu'elles ne sont déjà plus complètement fluviales.

"It is excessively simplistic to divide written norms (mais ceci vaut pour toutes les règles juridiques) into those that are binding and those that are not"[71]. Chacun pourrait sans doute en convenir, ne serait-ce l'étrange passion qui anime les internationalistes dès qu'ils s'aventurent sur ces mers peu écumées jusqu'à une période récente[72].

Ce phénomène fondamental de gradation dans la normativité est en effet resté longtemps marginal. Lorsque le droit international était principalement destiné à régir les relations entre un petit nombre de puissances au profil comparable et que ces relations englobaient peu de domaines, assez simples, il s'est réduit à un nombre de règles relativement limité dont l'existence était attestée, pour l'essentiel, par des formes homogènes qui pouvaient être ramenées à l'énumération du Statut de la C.I.J.

Mais avec l'irruption d'une multitude de problèmes nouveaux dans la sphère des relations internationales menées entre une nombre croissant d'Etats extrêmement divers par leur niveau de développement et l' idéologie dont ils se réclament, les normes foisonnent et le bel ordonnancement classique des sources traditionnelles se trouve remis en cause. La substance du droit contemporain est différente de celle du droit dejà dis et ses modes de formation évoluent aussi, et pour les mêmes raisons.

71. R. R. Baxter, *op. cit.,* n. (29), p. 565. Dans le même sens, Alain Pellet, "A New International Legal Order? What Legal Tools for what Changes?", *in* Francis Snyder and Peter Slinn eds., *International Law of Development - Comparative Perspectives,* Professional Books, Abingdon, 1987, pp. 124 s. ou "Conclusions" *in* M. Flory et as. eds., *op. cit.,* n. (22), pp. 368-373; O. Schachter, *op. cit.,* n. (8), p. 110; G. Abi-Saab, *op. cit.,* n. (67), §§ 210-211, p. 71.

72. Oscar Schachter relève à propos du droit international du développement: "there is excitement in our ranks about these "*normes sauvages*" which some wish to annihilate and others to domesticate" ("The Evolving International Law of Development", *Col. Jl. Trsnl. L.* 1976, p. 3).

"All is in flux. Even the sources of international law are changing"[73]. Et elles changent, comme nous l'avons vu, dans le sens du foisonnement, de la moindre certitude; sans aucun doute "elles s'amollissent".

La nature même de la société internationale, à la fois très complexe et peu intégrée et son évolution récente expliquent qu'il en soit ainsi. D'une part en effet, en l'absence d'autorité supérieure, la société internationale faite d'abord de souverainetés juxtaposées est carctérisée par l'inexistence d'un législateur spécialisé ce qui conduit à l'éparpillement et à la concurrence des canaux d'élaboration du droit[74]. D'autre part, "en raison de ses fonctions sociales le droit a une structure complexe. Il n'existe pas d'éléments juridiques isolés valables en eux-mêmes. Le droit se constitue toujours en ordre — en système — d'autant plus développé et compliqué que les besoins juridiques de la société à laquelle il s'applique sont nombreux et diversifiés"[75] et il n'est pas douteux que ces besoins se sont multipliés et intensifiés durant les dernières décennies. Enfin, et parallèlement, la cohésion sociale de la société internationale s'est au contraire affaiblie; les intérêts des sujets de droit s'opposent plus nettement; leurs aspirations se diversifient; les contradictions se résolvent plus difficilement du fait de la montée (relative) en puissance de nouveaux acteurs, hier négligeables, et aujourd'hui suffisamment forts pour faire valoir des revendications traduites par du droit "mou" mais pas assez puissants pour en obtenir le "durcissement", la maturation en obligations parfaites[76].

14. Face à ces évolutions, le juriste traditionnel se lamente, se penche au chevet du droit international qu'il trouve amaigri et défiguré et déclare, désolé, "malade de ses normes"[77]. Comme on l'a dit, "certains esprits à l'image de ce philosophe antique qui cherchait un homme dans

73. Wang Tieya, "The Third World and International Law" *in* R. St. J. McDonald and D.M. Johnston eds., *op. cit.*, n. (21), p. 963. V. aussi A. Pellet, "A New International Legal Order? ...", préc. n. (71) ou Pierre-Michel Eisemann, "*Le Gentlemen's Agreement* comme source du droit international", *J.D.I.* 1979, p. 326.

74. Cf. W. Friedmann, *op. cit.*, n. (46), p. 142.

75. Michel Virally, "Un tiers droit? Réflexions théoriques", *Mélanges Goldmann*, préc. n. (13), p. 375.

76. En ce sens, Georges Abi-Saab, "La coutume dans tous ses Etats ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté", *in Le droit international à l'heure de sa codification (Mélanges AGO)*, t. I, *Les principes et les sources*, Giuffrè, Milan, 1987, p. 63 et A. Pellet, *op. cit.*, n. (34), *passim*, pp. 465-493.

77. P. Weil, *op. cit.*, n. (15), p. 6.

la foule, cherchent un droit, "leur" droit international qu'ils ne reconnaissent plus dans les mouvements qui l'affectent et parlent alors du déclin du droit"; mais, à vrai dire, "le droit ne peut se trouver en crise que s'il est intégré dans une conception figée qui considère l'univers juridique et ses composantes comme une donnée éternelle, à l'abri de toute évolution et de toute révolution. Mais alors, la crise est dans les esprits qui cherchent un refuge commode derrière une pareille conception; elle n'est pas dans le système juridique qui est à la fois reflet et facteur de stabilisation et de transformation des rapports internationaux, de leurs contradictions et de leurs solutions conjoncturelles"[78].

Les esprits chagrin qui se lamentent de la "crise du droit" reprochent surtout à la normativité relative de mettre en danger la fonction première du droit: la sécurité et la prévisibilité des comportements. C'est un prétexte fallacieux; c'est au contraire à vouloir enfermer les Etats dans des règles trop rigides qu'ils risquent de ne leur laisser d'autre choix qu' une acceptation passive génératrice de rancoeurs accumulées ou une récusation totale, autrement plus menaçante pour la sacro-sainte sécurité juridique que l'affadissement partiel, mais porteur d'espoir, de la normativité. "Il faut savoir sortir d'une trop grande sécurité juridique qui serait un facteur de blocage et de crise"[79].

Le droit n'est pas davantage un instrument de conservation à tout prix d'un ordre social menacé qu'il n'est une arme révolutionnaire comme certains, dans le Tiers Monde surtout, ont voulu le croire. Reflet du réel, il ne peut être que réformiste. Si la norme ne s'adapte pas aux évolutions sociales, elle devient au mieux une suite de mots, vides de sens, au pire un facteur d'immobilisme, objet d'affrontements, violents le cas échéant. Si, en revanche, le droit devance trop nettement les évolutions de l'infrastructure économique et sociale, ses prescriptions demeurent lettre morte; il patine "à l'image des embrayages usés qui empechent le démarrage ou le changement de vitesse"[80]. Il ne gagne rien

78. Mohamed Seddik Benyiahia, allocution d'ouverture, Colloque d'Alger, 11-14 oct. 1976, *Droit international et développement,* O.P.U., Alger, 1978, pp. 9-10. V. aussi Ahmed Mahiou, "La place du droit dans la coopération Sud-Sud", *La Communità Internazionale,* fasc. 4, 1986, p. 13.

79. Maurice Flory, "Inégalité économique et évolution du droit international" *in* S.F.D.I., Colloque d'Aix-en-Provence, *Pays en voie de développement et transformation du droit international,* Pédone, Paris, 1974, p. 40. Dans le même sens: Oliver J. Lissitzyn, "Treaties and Changed Circumstances", *A.J.I.L.* 1967, p. 897.

80. A. Mahiou, *op. cit.* n. (78), p. 12.

à galoper devant le réel pas davantage qu'il n'atteint ses objectifs en refusant le changement. Ni dans un cas, ni dans l'autre, le droit et la sécurité qu'il est censé dispenser ne trouvent leur compte. C'est qu'il a une double fonction, aliénante — et c'est la conservation de ce qui est au détriment des faibles — et subversive — et c'est l'accélération du changement voulu par ceux-ci[81]. La norme est le résultat de la dialectique entre ces deux pôles, le point d'équilibre atteint à un moment donné dans une société donnée.

La société internationale change; le droit change avec elle, dans sa substance comme dans ses formes. Rien ne sert de s'en indigner. Le juriste doit — et ne peut que — le constater. Le positivisme véritable ne consiste nullement à construire un système abstrait de normes que l'on déclare bonnes parce qu'elles sont "posées" selon des règles que l'on affirme immuables. Il n'y a aucune raison de réserver l'appellation de "positivistes" aux juristes volontaristes qui, soucieux seulement de plier la réalité aux *a priori* qu'ils défendent, prononcent l'excommunication juridique des règles qui ne répondent pas à l'image qu'il s'en font. C'est jouer les Diafoirus du droit international et mettre en danger son existence même.

Au risque de rompre avec l'étymologie (v. *supra* n° 2), le positivisme ne saurait se réduire à la vision étriquée des volontaristes; le droit positif, c'est d'abord le droit en vigueur, tout le droit en vigueur et non la partie de celui-ci qui a les faveurs doctrinales, idéologiques ou politiques de l'analyste[82]. Le positivisme véritable est donc celui et seulement celui qui s'efforce de tenir compte de la réalité, dans toute son ampleur et toute sa complexité.

Force est en effet de constater l'extraordinaire diversité du phénomène juridique. Celui-ci répond d'ailleurs, en partie, aux canons volontaristes car le droit "posé", voulu par les Etats, est, en effet, en général, partie intégrante du droit international[83] mais ce n'est pas toujours le cas et, surtout, il ne couvre pas, loin de là, tout le spectre des

81. Cf. Ch. Chaumont, *op. cit.* n. (44), p. 8.

82. Sur les différentes acceptations du mot "positivisme", v. R. Ago, *op. cit.* n. (10), *passim*, pp. 3-51 et n. (11), *passim*, pp. 851-957 et C. Atias, *op. cit.* n. (8), pp. 209-210.

83. Toute thèse extrême doit être récusée et l'opinion de Bruno Oppetit selon lequel on ne peut "simultanément prôner" la thèse du positivisme volontariste et "l'assortir de restriction" (*op. cit.* n. (12), p. 53) paraît elle-même bien dogmatique.

normes de conduite sociale par lesquelles les sujets de droit et d'abord les Etats se sentent liés. Ceci est tout particulièrement évident dans la période actuelle dont on a pu dire, à juste titre, qu'elle consacrait le triomphe du "romantisme" sur le "classicisme" l'époque précédente en matière de "développement juridique" *(legal development)*[84]. Sauf à récuser la réalité, l'internationaliste de ce temps ne peut être que "romantique"; il ne peut espérer domestiquer la nature et la plier à des "lois" mais il doit s'immerger dans la réalité sociale et l'intégrer à son raisonnement.

Ces exigences, "scientifiques" si l'on veut, en tout cas méthodologiques, sont particulièrement pressantes en droit international de l'économie et du développement. C'est dans ce domaine en effet que la complexité du phénomène juridique est la plus apparente; que l'enchevêtrement des modes de formation est le plus marqué et que l'affadissement de la normativité est le plus évident. Nous le verrons dans le chapitre suivant.

84. Cf. D. M. Johnston, *op. cit.* n. (61), p. 197.

CHAPITRE 2

L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'ECONOMIE INTERNATIONALE

SECTION I — LA RENCONTRE DE L'ECONOMIQUE ET DU JURIDIQUE

1. La rencontre du droit, de l'économique et de l'internationational constitue un curueux mélange, les deux derniers introduisant dans le bel ordonnancement supposé du premier un désordre qui répugne aux juristes. L'idée — fausse — selon laquelle le droit international n'est pas un droit véritable est largement reçue. Quant à l'économie, elle est, pour les juristes classiques, un objet de perplexité et ce n'est pas sans raison que, concluant un colloque de la Société française pour le droit international consacré au droit international du développement, le professeur Virally comparait leur comportement à celui d'une poule qui a découvert une fourchette[83α].

Cette comparaison irrespectueuse donne, plus largement, une image assez exacte de l'attitude traditionnelle des juristes à l'égard des problèmes économiques qui, au mieux, les rendent perplexes; plus généralement les laissent indifférents; et, bien souvent, suscitent leur irritation[84α]. Le droit pourtant ne manifeste pas la même superbe vis-à-vis des relations économiques et ne répugnent pas à les réglementer ou, en tout cas, à s'y essayer.

S'agissant de la société internationale, on a fait remarquer à juste titre que l'un de ses traits marquants "est le besoin de droit. On peut même parler d'une véritable "faim de droit""[85]. Cette faim de droit se

83a. Michel Virally, conclusions du Colloque, *in* S.F.D.I., *op. cit.* n. (79), p. 307.

84a. Oscar Schachter (*op. cit.* n. (8), p. 108) attribue, non sans quelque raison, cette attitude à la répugnance des internationalistes, plus intéressés par les discussions abstraites, pour les matières techniques qui exigent une spécialisation étroite.

85. Michel Virally, [3]L'O.N.U. et le développement du droit international — note

manifeste aujourd'hui avec une vigueur particulière en matière économique mais il est d'autant plus difficile d'en prendre l'exacte mesure que l'encadrement juridique des relations économiques internationales relève de trois espaces distincts.

§1. *Trois espaces juridiques*

2. Ce concept d'"espace" est particulièrement éclairant dans notre matière; il "vise un "domaine" idéal qui, en dépit du sens apparent ou premier des mots ne se laisse pas localiser"[86]. Tel est bien le cas des relations économiques internationales qui se dérolent dans des espaces parfois difficiles à situer territorialement sauf à les décomposer arbitrairement en opérations fractionnées. Par définition même elles comportent un élément d'extranéité; c'est à dire qu'elles s'effectuent à travers les frontières; elles ne peuvent dès lors être situées sur un territoire étatique donné et plusieurs règlementations concurrentes sont susceptibles de leur être appliquées.

D'abord celles édictées par les Etats intéressés, par exemple l'Etat d'origine d'un investissement international et l'Etat d'accueil et c'est l' espace juridique national qui correspond aux droits nationaux à portée internationale dont les prétentions concurrentes sont en principe départagées par les règles — toujours nationales — de conflit de lois qui constituent le noyau de ce qu'on appelle assez improprement le droit "international" privé. Mais ces droits nationaux, précisément parce qu'ils sont concurrents, ne peuvent appréhender l'opération économique internationale dans toute son ampleur et sa complexité.

Les pouvoirs économiques privés (ou publics s'ils ont une certaine autonomie par rapport à l'Etat), profitent d'ailleurs de cette concurrence entre législation nationale dont ils jouent au mieux de leurs intérêts en s'infiltrant dans l'"espace transnational", expression qui désigne "le lieu de convergence de forces économiques ayant réussi à aménager des rapports juridiques affranchis de tout contrôle efficace de la part des Etats"[87]. Tel est le cadre dans lequel s'épanouit le droit transnational,

additionnelle" *in* Charles Chaumont et Georges Fischer eds., 25 *ans de Nations Unies — un bilan positif,* L.G.D.J., Paris, 1970, p. 249.

86. François Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales,* Pédone, Paris, 1977, p. 399.

87. *Ibid.*

ou *lex mercatoria,* sécrété par ces pouvoirs économiques privés eux-mêmes et destiné à régir leurs relations *inter se,* ce qu'il fait avec efficacité dans tout l'espace juridique laissé libre par les droits d'origine étatique, droits nationaux et droit international privé[88].

Car les Etats, s'ils ne peuvent réglementer seuls les relations économiques internationales, ne sont pas dépourvus de moyens pour les soumettre au droit. Ils le peuvent en recourant aux procédés du droit international public, qui a précisément pour fonction de réglementer les relations internationales et dont l'application n'est pas territorialement limitée par les frontières étatiques.

Ainsi, le droit de l'économie internationale est constitué par trois corps de règles correspondant à trois "espaces" distincts: à l'espace économique national correspond le droit national à portée internationale; à l'espace transnational, la *lex mercatoria;* à l'espace international, le droit international public.

3. Mais, pour individualisés qu'ils soient, ces ensembles normatifs ne sont pas séparés par des cloisons étanches.

En particulier, il renvoie fréquemment l'un à l'autre[89]; il arrive souvent que le droit international public se borne à poser des principes généraux à charge pour les Etats concernés de les mettre en oeuvre sur leur territoire respectif en adoptant des réglementations plus précises (l'exemple le plus net de ce phénomène est sans doute fourni par les "directives" communautaires); à l'inverse, les Etats peuvent recourir au droit international pour promouvoir des réglementations uniformes; et il arrive aussi que des règles d'origine étatique consacrent des normes "mercatiques" (transnationales); ainsi, le Convention du 11 avril 1980 sur la vente internationale des marchandises sur mer renvoie aux usages professionnels si ceux-ci sont "largement connus et régulièrement ob-

88. Sur le droit transnational et la *lex mercatoria,* v. surtout Philip c. Jessup, *Transnational Law,* Yale U.P., 1956, 123 p.; Berthold Goldman, "Frontières du droit et *lex mercatoria*" *Archives de philosophie du droit,* 1964, pp. 177-192 et "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives", *J.D.I.,* 1979, pp. 475-505; F. Rigaux, *op. cit.* n. (86), 486 p., not. pp. 366-400 et "Pour un autre ordre international" *in I.H.E.I., Droit économique* 2, Pedone, Paris, 1979, pp. 269-466, not. pp. 289 s., ainsi que plusieurs contributions *in Méls. Goldman* préc. n. (13).

89. Pour plus de détails, v. Alain Pellet, *Le cadre juridique de la vie économique internationale,* Cours I.E.P., F.N.S.P., Paris, 1983, pp. 18 s.

servés par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée".

Par ailleurs, on assiste à l'émergence, encore mal affirmée, d'instruments mixtes dont les codes internationaux de conduite constituent peut-être l'exemple le plus connu: "internationaux" par leurs modes d'élaboration, ils s'adressent aux sociétés transnationales dont on attend qu'elles les mettent en oeuvre volontairement[90]. De même, on peut hésiter à classer les protocoles inter-bancaires parmi les instruments internationaux ou transnationaux[91].

Enfin et surtout, il n'existe pas de matières qui relèveraient "par nature" de l'un ou de l'autre de ces espaces juridiques. Leur part respective dans l'encadrement de l'économie internationale a d'ailleurs considérablement varié dans le temps. Durant une première période, pré-capitaliste, les Etats se sont surtout montrés soucieux de protéger leur industrie naissante; le droit national joue un rôle prédominant de protection contre l'étranger. Il existe pourtant un droit international de l'économie qui réglemente les relations économiques internationales *stricto sensu* et d'abord le droit des communications au sens large (y compris une réglementation sévère du commerce) et une partie du droit de la mer, et qui englobe une partie importante du droit de la guerre, tandis que le droit de la responsabilité internationale et le droit du règlement des différends, qui s'affirment, s'appliquent indifféremment aux litiges économiques et aux litiges en apparence strictement politique. Avec le triomphe du capitalisme libéral, le droit international devient un simple cadre général comportant avant tout des engagements réciproques d'abstention, de non-interférence des Etats dans les relations économiques internationales tandis que s'épanouissent les relations purement privées et que se développe un droit transnational (dont on n'a d'ailleurs pas clairement conscience à l'époque). Enfin, avec l'avènement du *Welfare State* et le progrès des idées socialistes, le néo-libéralisme de l'après-guerre est surtout marqué par une intensification générale de la réglementation juridique des relations économiques interna-

90. V. par ex., Emmanuel Decaux, "La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite", *A.F.D.I.* 1983, pp. 81-97 et not. p. 97.

91. V. par ex., Patrick Rambaud, "Aspects financiers et bancaires de la coopération industrielle avec les pays de l'Est (l'exemple de la France)" *in* I.H.E.I., *La coopération économique à long terme avec les pays socialistes,* P.U.F., Paris, 1985, pp. 165-198, not., pp. 175-176.

tionales et ceci est vrai s'agissant des trois "espaces juridiques": avec le progrès du "tout Etat", les Etats réglementent dans le détail les droits et obligations des opérateurs économiques; ils multiplient les accords internationaux et créent des institutions chargées d'en surveiller la mise en oeuvre en même temps pourtant qu'ils ménagent des espacer de liberté dans lesquels s'épanouit la *lex mercatoria* rendue toujour plus complexe du fait de la multiplication croissante des échanges[92]. Telle est encore la situation actuelle.

4. Ce cours pourtant se limitera au droit international de l'économie, au droit international *public* de l'économie.

Il y a à cela plusieurs raisons. La première est de paresse: les règles du droit international sont plus facilement accessibles que les normes nationales, éparpillées en autant de corps distincts qu'il y a d'Etats, et la découverte du droit transnational se heurte à la mauvaise volonté des pouvoirs privés, barricadés derrière l'abusive notion de secret des affaires. Deux autres raisons sont de fond: d'une part, le droit international public de l'économie va certainement se développer encore considérablement dès lors qu'il est le seul susceptible d'appréhender de manière complète les opérations économiques internationales (v. *supra* n° 2) et ceci nonobstant la tendance à la "déréglementation" qui marque la fin des années 1980: "déréglementer" cela veut dire garantir aux opérateurs économiques privés une plus large liberté dans l'action, ce qui suppose l'édiction d'une règlementation permissive ou, au minimum, l' abrogation des règles préexistantes ce qui, d'une manière ou d'une autre, revêt une forme juridique; d'autre part, la dispersion de l'analyse n'apporterait en tout état de cause guère d'éléments nouveaux: comme on le verra (v. *infra* n° 5), la spécificité du droit international public de l'économie tient à son objet — l'économie —; cet objet lui imprime des caractères particuliers, notamment sa relative "mollesse" et ce qui vaut pour le droit international public dans ce domaine vaut tout autant pour les droits nationaux ou le droit transnational.

Il reste cependant que les auteurs ne sont pas d'accord sur la définition même du droit international de l'économie et pas même sur son nom. La plupart manifestent une préférence pour l'appellation "droit

92. Pour plus de détails sur cette évolution, v. surtout Alain Pellet, *op. cit.* n. (89), pp. 28-34 et Georg Schwarzenberger, *Principes et règles du droit international économique,* Cours I.H.E.I., Paris 1949-1950, pp. 2 s. et *The Frontiers of International Law,* Stevens, Londres, 1962, pp. 210 s.

économique international", ou "droit international économique", expressions qui me paraissent ambiguës dans la mesure où le rôle respectif des deux adjectifs n'y est pas clairement circonscrit par rapport au nom qu'ils définissent alors que "droit international de l'économie" a l' avantage d'indiquër clairement qu'on entend parler de cette branche du droit international public dont l'économie est l'objet.

Ici encore, ceci fait problème car tous ne s'accordent pas pour admettre qu'il ne s'agit que d'un chapitre, parmi d'autres, du droit international public. Certains y voient une discipline autonome qui serait caractérisée par son fondement et ses finalités. Selon le professeur Dominique Carreau, "en droit international économique, la situation est exactement l'inverse du droit international public: le jeu du concepte d'interdépendance est la règle, celui de la souveraineté l'exception"[93]. Je n'en suis pas certain; il me semble au contraire que, pour l'instant en tout cas, la souveraineté est toujours la règle, la solidarité, toujours l' exception, sauf peut-être en droit communautaire. Comme le droit international général, le droit international de l'économie est le résultat, le point d'aboutissement du mouvement dialectique qui pousse les Etats à affirmer leur indépendance tout en les forçant à enregistrer leur interdépendance[94]: ils visent tout autant à garantir les souverainetés étatiques qu'à organiser leur coexistence.

Quant à dire comme le doyen Colliard, que le droit international de l'économie est caractérisé par sa finalité, par son caractère "saint simonien"[95] ou "prométhéen"[96], il y a certainement une grande part de vérité dans ces remarques: lorsque l'on recourt au droit international en matière économique, il s'agit souvent bien plus de tenter de changer le cours "naturel" des choses et ceci vaut tout particulièrement pour le droit international du développement. Toutefois, on peut douter et que ce soit toujours le cas et, surtout, que le droit international en matière

93. Dominique Carreau, Patrick Juillard et Thiébaut Flory, *Droit international économique,* L.G.D.J., Paris, 2ème éd., 1980, p. 16.

94. Sur ce problème et sur l'ensemble des questions relatives à la spécificité du droit international de l'économie, v. A. Pellet, *op. cit.* n. (89), pp. 53-59. V. aussi Nguyen Quoc Dinh et as., *op. cit.* n. (52), pp. 882-883 et pp. 888-893.

95. *in* S.F.D.I., *op. cit.* n. (20), p. 153.

96. *in* S.F.D.I., *op. cit.* n. (79), pp. 185 s. Ces remarques ont été faites à propos du droit international du développement mais elles peuvent être étendues à l'ensemble du droit international de l'économie. V. aussi Guy Feuer et Hervé Cassan, *Droit international du développement,* Dalloz, Paris, 1985, p. 23.

non-économique soit véritablement le "droit de l'indifférence" qu'il prétend être: il avait — et il a toujours — une finalité, même si celle-ci n'est pas avouée; et on le comprend puisqu'il s'agit tout simplement de consolider et de perpétuer l'emprise du fort sur le faible, du dominant sur le dominé.

Dès lors, il paraît raisonnable de considérer avec le professeur Prosper Weil, que l'expression "droit international de l'économie" est une "simple commodité de langage désignant un chapitre parmi d' autres du droit international général"[97].

§2. *La spécificité de la norme en matière économique*

5. Ceci étant, il n'en reste pas moins que cette branche du droit international public présente par rapport aux autres chapitres de celui-ci des caractères particuliers qui lui confèrent une spécificité certaine. Celle-ci tient non à sa "jeunesse", comme on l'a parfois suggéré — celle-ci est toute relative (v. *supra* n° 3) et certains chapitres nouveaux du droit international comme le droit de l'espace extra-atmosphérique ou le droit communautaire présentent des caractères forts différents —, mais bien à la matière même qu'il s'agit d'encadrer: l'économie. L'objet de réglementation réagit d'ailleurs inévitablement sur celle-ci, dans sa substance comme dans sa forme; ceci est vrai pour le droit international du désarmement ou celui ce la protection internationale des droits de l'homme au même titre que pour le droit international de l'économie; ni plus, ni moins[98].

Quelles sont alors les particularités de l'objet économique qui réjaillissent sur le droit? Nous y reviendrons plus longuement dans la section 2 de ce chapitre à propos des modes de formation mais on peut d'ores et déjà noter que l'économique ne se laisse pas aisément enfermer dans un carcan juridique. "Les faits sont tétus"; les faits économiques sont en outre divers, ondoyants et évolutifs et, dès lors, difficiles à saisir, et répugnent à la simplification juridique. La règle de droit doit se résigner à n'être qu' "instrumentaliste" de façon "à exercer le plus efficacement

97. *Op. cit.* n. (20), p. 33. Dans le même sens, Ignaz Seidl - Hohenveldern, "International Economic Soft Law - General Course of Public International Law", *R.C. A.D.I.* 1986-III, vol. 198, p. 21.

98. Sur ce point, v. les actes de la 8ème Rencontre de Reims, *Les rapports entre l'objet et la méthode en droit international,* 27-28 mai 1989, C.E.R.I., Reims, à paraître.

possible certaines fonctions vis-à-vis de l'économie"[99]. Mais, dans ce domaine, le mieux est l'ennemi du bien et l'instrument ne sera efficace que si il est suffisamment souple pour s'adapter aux exigences changeantes de phénomènes que l'homme n'a pas appris (encore?) à maîtriser complètement. L'économie façonne le droit à son image. Les maîtres mots sont alors, de l'avis commun, des partisans comme des pourfendeurs du droit international de l'économie[100]: la plasticité, le réalisme, le pragmatisme, la précarité, l'informalité, la réversibilité et la révisibilité.

Un second élément se greffe sur celui-ci pour accentuer les particularités du droit international de l'économie et conduit les auteurs des normes en matière économique à en cultiver soigneusement la souplesse, voire à l'exagérer: au stade actuel de l'évolution des sociétés humaines, les problèmes économiques sont en effet cruciaux, et, dans ce domaine extraordinairement sensible politiquement, les Etats entendent conserver un maximum de liberté d'action en se liant le moins possible. Ces considérations sont particulièrement pressantes en droit international du développement, qui traduit au plan juridique la place prépondérante qu'ont prise dans le monde contemporain les oppositions entre le Nord et le Sud, entre les nantis et les démunis, entre le centre et la périphérie.

6. La question des relations entre le droit international de l'économie et le droit international du développement est d'ailleurs difficile. Certains n'hésitent pas à affirmer l'autonomie de ce dernier par rapport au droit international général[101], comme d'autres le font s'agissant du droit international de l'économie lui-même (1 *supra* n° 4), mais ceci ne paraît pas entièrement justifié. Bien sûr, on peut considérer que le droit international du développement n'est pas défini par son objet; les spécia-

99. Alex Jalquemin et Guy Schrans, *Le droit économique,* P.U.F., Paris, "Que sais-je?", n° 1382, 1974, p. 96.

100. V. par exs.: *ibid.,* pp. 96 s.; D. Carreau et as., *op. cit.* n. (93), pp. 15 s.; C. A. Colliard, interventions précitées n. (95) et (96); Philippe Manin, "L'incertitude de la règle internationale", *Service public et liberté — Méls. Charlier,* Eds. de l'Université, Paris, 1981, pp. 223-236; Joël Rideau, "La mise en oeuvre du droit international économique" *in* S.F.D.I., Colloque de Nice, *Les Nations Unies et le droit international économique,* Pédone, Paris, 1986, p. 275; P. Weil, *op. cit.* n. (20), pp. 3-34, *passim,* not., pp. 6 s.; Ignaz Seidl - Hohenveldern, "International Economic Soft Law", *R.C.A.D.I.* 1979-II, vol. 163, pp. 165-246, *passim;* G. Farjat, *Droit économique,* P.U.F., Thémis, 1982, p. 759.

101. Cf. Guy Feuer, "The Role of Resolutions in the Creation of General Rules in the International Law of Development" *in* F. Snyder et P. Slinn, *op. cit.* n. (71), pp. 137-138.

listes l'admettent en général et rivalisent de formules brillantes en ce sens: "relecture tonique du droit international"[102]; "une des approches du droit international, une manière de l'interpeller, de le questionner sur l'une des réalités fondamentales des relations internationales contemporaines"[103]; une "perspective" traduisant "une transformation subie par le droit international dans son ensemble et non pas simplement l'un de ses secteurs"[104]. Mais l'on a soutenu la même chose du droit économique lui-même, "perspective d'une rencontre inter-disciplinaires qui transforme la règle de droit" et "nouvelle optique vis-à-vis des matières traditionnelles"[105]; "manière de sentir — en fonction des problèmes de l'économie — les problèmes du droit"[106]; comme on l'a fait remarquer[107], ceci revient à absorber tout le droit international dont le droit international de l'économie (et celui du développement) ne seraient qu'un angle de vision spécifique, une manière particulière de l'envisager, un regroupement au deuxième degré des différentes branches du droit international public.

Il y a là une conception indiscutablement séduisante et qui rappelle opportunément que les considérations économiques exercent leur influnece sur des règles qui, en apparence, n'ont pas un objet spécifiquement économique. Mais outre les problèmes didactiques qui en découlent, cette conception ne permet pas d'individualiser les règles qui ont, elles, un objet proprement économique ou qui concernent le développement alors qu'indiscutablement de telles normes existent. Au surplus, ces approches "perspectivistes" ont l'inconvénient de supposer résolu le principal problème qui se pose à nous: l'objet économique ou "développementiste" des règles du droit international confère-t-il à celles-ci, et, surtout, à leur mode de formation des caractères particuliers?

Ceci dit, et pour en revenir au droit international de développement, il n'en demeure pas moins exact que son objet n'est pas seulement éco-

102. Maurice Flory, *Droit international du développement,* P.U.F., Paris, 1977, p. 31.

103. M. Bennouna, *op. cit.* n. (25), p. 17.

104. Michel Virally, "Où en est le droit international du développement?", *R.J.P.I.C.* 1975, p. 279.

105. A. Jacquemin et G. Schrans, *op. cit.* n. (99), pp. 8 et 90.

106. Michel Vasseur, *Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales,* 1959, p. 517 cité par André de Laubadère, *Droit public économique,* Dalloz, Paris, 2ème éd., 1976, pp. 9-10.

107. I. Seidl - Hohenveldern, *op. cit.* n. (97), p. 22.

nomique. Le développement est une notion intégrée, qui, à coté de sa dimension proprement économique, comporte des aspects sociaux, culturels et politiques. Toutefois, l'obsession "économiciste" des sociétés contemporaines (v. *supra* n° 5) produit ici encore ses effets: leur souci de développement est en premier lieu économique et le droit international du développement est d'abord, sinon exclusivement, celui des relations *économiques* entre pays à niveaux de développement différents[108]. Dès lors, de même que le droit international de l'économie est une branche du droit international public général, celle qui est formée de l'ensemble des règles applicables à la production et aux échanges de biens et de services, le droit international du développement apparaît à son tour comme, pour l'essentiel, un chapitre de ce dernier, caractérisé d'abord par le rôle qu'y tiennent les revendications d'équité[109].

7. Sans vouloir anticiper sur la suite des constatations que nous serons amenés à faire, ceci a des conséquences fort importantes en ce qui concerne l'étude des modes de formation du droit international de l'économie et du développement dont on peut présumer que, puisqu'il s'agit d'une partie du droit international, ils ne présentent pas de différence fondamentale par rapport à ses autres domaines.

Une observation même superficielle ne laisse d'ailleurs aucun doute à cet égard: pour réglementer l'activité économique internationale, les Etats recourent à des traités, mettent en oeuvre des principes généraux et des coutumes, comme ils ne font ailleurs. Il est vrai que le droit international de l'économie et du développement constitue aussi un domaine de prédilection d'instruments moins traditionnels: les actes unilatéraux, les résolutions des organisations internationales et les autres actes concertés non conventionnels, les coutumes "atténuées" sous forme de standards, etc.. Mais la différence n'est jamais que de fréquence statistique, de "pondération"[110]: d'autres branches du droit international re-

108. V. par ex. Milan Bulajić, *op. cit.* n. (46), p. 49.

109. En ce sens: Monique Chemillier-Gendreau, "La signification des principes équitables dans le droit international contemporain", *R.B.D.I.* 1981-1982, p. 511 et Alain Pellet, *Le droit international du développement,* P.U.F., Paris, "Que sais-je?", n° 1731, 2ème éd., 1987, p. 5.

110. Cf. Dominique Carreau, *Droit international économique,* Doc. F., documents d'études en D.I.P., 1985, p. 2, Le *Compendium* établi par l'UNITAR, *Progressive Development of the Principles and Norms of International Law Relating to the New International Economic Order* (UNITAR/D5/4, 25 sept. 1981), aussi désordonné

courent aussi à de tels instruments, même si c'est en général avec une intensité moindre.

Dans ces conditions, on est fondé à évoquer le "classicisme" ou la "banalité" des instruments du droit international de l'économie et du droit international du développement[111]. Mais cette banalité n'est que relative: les vecteurs sont identiques mais le profil général des règles présentent, globalement — ce n'est pas vrai de toutes les normes à objet économique —, une originalité qui n'est pas douteuse (v. *supra* n° 5): d'abord, leur formation suit un cheminement tout à fait intéressant; non pas parce qu'il est fondamentalement différent de celui suivi en d'autres domaines, mais, bien plutôt, parce que son observation se trouve facilitée par les traits particuliers que lui imprime son objet économique: la violence des oppositions entre les Etats sur ce point en fait un droit plus "crû", plus "brut" que dans d'autres domaines un "droit nu"; quant à la résistance des faits économiques, elle oblige à une modulation du droit qui se fait plus souple, plus malléable qu'ailleurs, obligeant ainsi le juriste à remettre en question un certain nombre d'idées reçues; c'est le triomphe du "droit mou". Le droit international de l'économie et du développement apparaît ainsi à la fois comme un révélateur des antagonismes entre les acteurs des relations internationales et comme un instrument adapté à la matière économique internationale, mouvante et fluctuante.

SECTION II — LA REVELATION DES ANTAGONISMES ET L'ADAPTATION A UNE MATIERE MOUVANTE

§1 *Le droit nu*

8. Dans l'introduction à son important ouvrage, déjà ancien (1963), *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, le professeur Rosalyn Higgins part de l'idée que

qu'il soit, donne une idée assez exacte de cette pondération en matière de droit international du développement.

111. Cf. Pierre-Marie Dupuy, "Sur la spécificité de la norme en droit international du développement" *in* M. Flory et as. éds., *op. cit.* n. (22), pp. 131-143, *passim*, not. p. 132; I. Seidl - Hohenveldern, *op. cit.* n. (97), p. 55; M. Flory, *op. cit.* n. (102), pp. 30 et 72; P. Juillard, "Les Nations Unies et l'élaboration du droit international économique "*in* S.F.D.I., *op. cit.* n. (100), p. 104.

"law and politics are not necessarily inimical"[112]. C'est exact, mais ce n'est pas suffisant. Non seulement le droit et la politique ne sont pas antinomiques mais ce sont des frères siamois, inséparables l'un de l' autre. Leurs interrelations sont constantes, étant entendu que, comme dans tout couple gémellaire, l'un domine l'autre; on pourrait même dire ici que l'un écrase l'autre. Et ce frère dominant, c'est la politique. Car si, une fois formée, la norme juridique rétroagit sur la politique, elle est fille de la politique. Et c'est une évidence — mais souvent méconnue — de dire que le droit est, toujours et partout, issu d'un processus politique. En droit interne, "légiférer est toujours un acte politique"[113] et la formule est pleinement transposable au plan international. Si la lutte politique ne débouche pas toujours sur le droit, en revanche il n'est pas de norme juridique qui n'ait une origine politique. "Tout droit est issu de la politique. Le droit représente une politique qui a réussi"[114].

Bien entendu, dans la formation d'une norme de droit, les considérations juridiques ne sont pas totalement évacuées. Le droit encadre en général le processus. Tel est l'un des principaux objets du droit constitutionnel en droit interne; et telle est l'unique fonction du droit des "sources" formelles en droit international. Mais, d'une part, ces normes processuelles peuvent elles-mêmes être modifiées en fonction de considérations politiques; les acteurs sont toujours libres de modifier les règles du jeu et cela est particulièrement frappant en droit international[115]. Et, d'autre part, les considérations juridiques jouent dans l'élaboration des normes un rôle secondaire. A nouveau, ceci est tout à fait net en droit des gens et, plus encore peut-être, en matière économique où l'on a souvent relevé le rôle fondamental de techniciens dont les connaissances juridiques sont en général limitées mais qui sont souvent très sensibles aux considérations politiques car ils exécutent les instructions de leur gouvernement dont ils servent les intérêts. Ainsi, M. Olivier Long, qui sait de quoi il parle pour avoir été pendant douze ans Directeur Général

112. Rosalyn Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations,* Oxford U.P., 1963, p. 9.

113. Georges Abi-Saab *in* S.F.D.I., *op. cit.* n. (100), p. 93.

114. Emile Giraud, "Le droit positif — ses rapports avec la philosophie et la politique" *in Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant (Méls. Basdevant),* Pédone, Paris, 1960, p. 234. V. aussi G. de Lacharrière, *op. cit.,* n. (18), p. 199.

115. Ainsi, la quasi - totalité des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités sont supplétives de volonté.

du G.A.T.T., indique: "au G.A.T.T., en pratique, les parties contractantes sont poussées par des considérations d'ordre politico-économique d'abord à négocier sur les conditions dans lesquelles les relations commerciales peuvent le mieux se dérouler. Elles déterminent ensuite comment les résultats des négociations peuvent être insérées dans le cadre juridique. Toutefois les négociations se déroulent sur la base des règles existantes et devant la toile de fond des règles juridiques"[116]. En d'autres termes, on dégage d'abord les solutions politiquement souhaitées, on les habille ensuite juridiquement. Le juriste est la maquilleuse; l'acteur, c'est le politique (ou le technicien, mais celui-ci mis en scène par celui-là). Et la même chose vaut dans tous les forums où se fait le droit économique: organisations de produits de base[117], C.N.U.C.E.D., Conseil économique et social des Nations Unies, négociations bilatérales d'accords de développement.

Les conséquences de cette omniprésence du politique dans l'élaboration du droit sont nombreuses.

i) La première, est que, décidément, la frontière entre le droit et la politique est ténue et que, à vrai dire, il n'y a pas de seuil. En général, on passe progressivement d'une situation purement politique à une norme indiscutablement juridique non pas comme l'on passe le seuil d'une maison, mais comme l'on chemine dans un paysage changeant. Où s'arrête la forêt dense? où commence la savane? C'est affaire d'appréciation plus que de science (v. *supra,* chap. I, n° 11). Ceci est très net pour le droit international du développement où certains voient de l'idéologie pure[118] là où d'autres croient pouvoir décrire du "vrai" droit.

ii) Un deuxième corollaire évident de ce qui précède est que la politique — qui est à l'origine du droit — est aussi un moyen de changer les règles qui ont cessé de répondre aux fonctions sociales que l'on en attend. Ce n'est pas essentiellement le droit qui modifie le cours des choses, ce sont les changements politiques qui entraînent des modifications juridiques[119].

116. Olivier Long, "La place du droit et ses limites dans le sytème commercial multilatéral", *R.C.A.D.I.* 1983-IV, vol. 182, p. 36.

117. En ce sens, Pierre-Michel Eisemann, *L'organisation internationale du commerce des produits de base,* Bruylant, Bruxelles, 1982, pp. 267 s.

118. Cf. Monique Chemillier-Gendreau, "Relations between the Ideology of Development and Development Law" *in* F. Snyder and P. Slinn eds., *op. cit.*, n. (71), p. 57 ou Jean-Pierre Cot, préface à Brigitte Stern, *Un nouvel ordre économique international?*, Economica, Paris, p. III.

119. Cf. E. Giraud, *op. cit.*, n. (114), p. 211.

Si bien que le droit doit s'adapter aux exigences politiques contre lesquelles il ne constitue jamais qu'un rempart précaire. Ici encore, ceci est tout particulièrement vrai en matière économique. Comme l'a bien montré le professeur Pierre-Michel Eisemann en ce qui concerne les accords de produits de base, ceux-ci sont constamment adaptés aux exigences de leurs membres, ce qui, ajoute-t-il peut paraître paradoxal. "Une attitude par trop dogmatique pourrait, s'appuyant sur le principe *pacta sunt servanda,* ne pas concevoir d'autres alternatives que l'application de la règle ou le retrait, que ce dernier soit volontaire ou forcé. En fait, une telle approche méconnaîtrait profondément le caractère propre des accords visant à organiser le commerce des produits de base dont l'efficacité est conditionnée par la participation la plus importante possible des pays concernés"[120]. Mieux vaut dès lors changer le droit que sanctionner. Et l'on retrouve cette idée à travers tout le droit international de l'économie, en matière monétaire comme dans le domaine commercial. "Quand les violations de certaines règles deviennent trop fréquentes (...), la situation est interprétée non pas comme l'expression d'une faiblesse du pouvoir répressif, mais comme l'expression de l'inadéquation de la légalité défendue par l'organisation au regard de la situation concrète..."[121].

iii) Ceci dit, il convient ici encore de ne pas avoir une vision abusivement simplificatrice. Si, indiscutablement, le droit sert ainsi des objectifs politiques (notamment en les camouflant — v. *infra* n° 10), il influence à son tour le comportement des acteurs. Superstructure, il rétroagit sur l'infrastructure ou bien, pour utiliser la terminologie du professeur Chaumont, il résoud une contradiction primitive et oriente la conduite des destinataires jusqu'à ce que survienne une nouvelle contradiction, consécutive, qui, murie, entraînera un changement de la norme[122]. Mais, dans l'intervalle, il est "efficace" et s'applique, même si ses destinataires ne sont pas convaincus de son bien-fondé et c'est pour cela qu'il

120. *Op. cit.,* n. (117), p. 335.

121. Charles Leben, *Sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales,* Bruylant, Bruxelles, 1979, p. 305. Cette phrase porte sur le droit applicable dans les organisations internationales mais elle a, en droit international de l'économie au moins, une portée plus générale.

122. V. par ex. Charles Chaumont, "A la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international" *in Réalités du droit international contemporain,* Actes de la 2ème Rencontre de Reims, 23-24 juin 1974, C.E.R.I., Reims, 1978, pp. 4-5.

est un enjeu fondamental des luttes politiques car il sert alors des buts politiques[123]. Ce n'est pas par hasard, ou par inadvertance, que les Etats ont, à l'égard du droit, et d'abord de sa formation, une politique, cette politique que le regretté Juge de Lacharrière a si magistralement démystifiée dans son ouvrage consacré à *la politique juridique extérieure*[124].

Ces relations, si intimes, entre le droit et la politique font, en elles-mêmes, justice de l'absurde accusation de "politisation" si fréquemment lancée aujourd'hui contre le droit des gens et les forums dans lesquels il est fait, d'abord contre les organisations du système des Nations Unies[125]. Evidemment que l'on fait de la politique dans ces instances. "Toute organisation internationale, spécialisée ou non, est une institution politique: sa création résulte d'une décision de nature politique; les acteurs qui l'animent poursuivent, par définition, des objectifs de type politique. Ses décisions et ses activités se rattachent inévitablement d'une manière ou d'une autre aux enjeux politiques des relations internationales"[126]. Comment voudrait-on que l'on n'y fît point de politique? L'exiger, cela revient à demander à un Parlement de ne pas "faire de politique"; cela ne viendrait à l'idée d'aucune personne, même modérément sensée...

9. Pour extravagante qu'elle soit, cette accusation est bien dans l'esprit du pseudo-scientisme juridique évoquée dans le chapitre précédent (n° 3), qui veut faire passer le droit pour une science pure de toute perversion idéologique et politique. De plus, et de façon plus grave, elle traduit l'amertume de ceux qui pouvaient hier imposer sans limites leur volonté et qui ne le peuvent plus aujourd'hui tout à fait aussi librement que naguère car la prétendue "politisation" du droit, ce n'est pas autre chose que l'introduction dans le système juridique de principes et de règles dont on ne veut pas.

Le droit, nous l'avons vu, est le résultat d'une lutte sociale et, à ce titre, il est la manifestation de rapports de force et, en particulier, de puissance économique. Dans la norme juridique, se résolvent momentané-

123. En ce sens, v. O. Schachter, *op. cit.*, n. (8), p. 47.

124. *Op. cit.*, n. (18), 236 p.

125. Pour l'exposé des doctrines dénonçant la "politisation" du droit international, v. P. Buirette-Maurau, *op. cit.* n. (45), p. 19 et Victor-Yves Ghebali, sous la direction de Roberto Ago et Nicolas Valticos, *L'Organisation internationale du Travail,* Georg, Genève, 1987, pp. 71 s.

126. V.-Y. Ghebali, *ibid.*, p. 71.

ment les contradictions grâce à la cristallisation des rapports de force au moment de sa formation. Dès lors, le droit enregistre, reflète et manifeste cet équilibre; il en est la traduction normative. On a souvent dit ceci des résolutions des organisations internationales[127], mais c'est vrai aussi de tous les modes de formation du droit et de son contenu aussi bien que de son vecteur formel.

Or les rapports de force d'aujourd'hui ne sont plus tout à fait ce qu'ils étaient hier. Il est peut être un peu exagéré d'affirmer qu'il est devenu impossible pour un groupe (l'Ouest ou le Sud, ou l'Est) d'imposer sa volonté[128] mais il est exact que la domination, même économique, de l'Occident est moins absolue que naguère. L'impérialisme doit composer avec les souverainetés périphériques, imprudemment reconnues, et l'on voit apparaître ça ou là, des "traces normatives" d'un compromis Nord-Sud; les règles nouvelles du droit de la mer (y compris leur processus d'élaboration) en sont un exemple; la cote mal taillée des systèmes préférentiels en matière commerciale en est un autre; plus faiblement, les nouveaux accords bilatéraux d'investissement, un autre encore. Au surplus, il n'y a pas que les antagonismes Nord-Sud. Les impérialismes aussi doivent composer les uns avec les autres et les grandes négociations économiques internationales, au G.A.T.T. comme au F.M.I., traduisent cette recherche permanente d'un compromis devenu d'autant plus inévitable que depuis la guerre les rapports de puissance se sont rééquilibrés au détriment des Etats-Unis et au profit de l'Europe et du Japon. Ainsi, même les Etats puissants doivent parfois plier car ils ne sont pas — ou plus — suffisamment puissants pour s'approprier tout l'espace juridique[129].

Une autre manifestation de ce qu'on pourrait appeler "l'affleurement juridique des dominés" tient à leur faculté d'empêcher. Faute de pouvoir imposer leur point de vue, ils peuvent du moins faire en sorte que celui de plus puissant qu'eux ne leur soit plus imposé. C'est évidem-

127. Selon Michel Virally, la résolution est "un révélateur", "un instrument de mesure de la majorité" (rapport introductif *in* I.U.H.E.I., *Les résolutions dans la formation du droit international du développement.* Colloque des 20-21 nov. 1970, Droz, Genève, 1971, p. 52). V. aussi Manuel Pelaez Maron, *La crisis del derecho internacional del desarollo,* Universidad de Cordoba, 1987, p. 71.

128. V. cependant Louis B. Sohn, "The Shaping of International Law", *Georgia Jl. of I. and Comp. L.* 1978, p. 5.

129. Cf. O. Schachter, *op. cit.* n. (8), p. 106, à propos du droit de la mer.

ment en ce qui concerne le droit applicable aux nationalisations étrangères que ce phénomène est le plus frappant: les pays en développement qui contestent la vieille doctrine Hull en matière d'indemnisation n'ont pas réussi à faire triompher de règles positives contraires; mais leur opposition déterminée a introduit dans ce domaine un désordre normatif tel qu'il est raisonnable de penser qu'il n'est plus régi par des normes juridiques générales[130].

On comprend, dans ces conditions, que les Occidentaux fassent tout ce qu'ils peuvent pour nier l'impact juridique des positions prises par le Tiers Monde sur le droit et, d'abord, par l'intermédiaire de résolutions. Un exemple récent de cette attitude est fourni par leurs réticences à s'engager dans le processus de codification et de développement progressif des principes et normes du droit international relatifs au nouvel ordre économique international lancé par l'Assemblée générale et entamé sous l'égide de l'UNITAR[131]. Ainsi, lors des débats de 1982 de la sixième Commission de l'Assemblée générale, le représentant de la France a déclaré: "le problème de l'instauration du nouvel ordre économique international est et doit être débattu dans d'autres instances et les juristes n'ont pas à intervenir dans ce débat"[132].

De plus, l'une des raisons fondamentales de l'importance prise par le droit "mou" dans les relations économiques internationales contemporaines tient aussi à ce relatif rééquilibrage des rapports de force économique dans le monde (v. *infra* § 2).

Ainsi, le droit, fidèlement, enregistre cette nouvelle donne partielle. Il fait une place aux aspirations périphériques. Mais cette place demeure à la mesure du poids réel du Tiers Monde dans les relations internationales. C'est-à-dire encore (et, en longues périodes, avec des hauts — 1971-1974 — et des bas — depuis 1975) fort limitée. Le droit "mou", même s'il n'est pas dépourvu d'effets juridiques, traduit plutôt "la volonté de la part de certains groupes sociaux composant la société internationale contemporaine, d'inverser les rapports de force exis-

130. En ce sens, v. Philippe Kahn, "Contrats d'Etat et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982", *J.D.I.* 1982, p. 862; Nguyen Quoc Dinh et as., *op. cit.* n. (52), p. 616; A. Pellet, *op. cit.* n. (109), pp. 115-116.

131. V. supra n. (67) et (109).

132. A/C.6/37/SR.58, p. 10 § 40 — Cité par Daniel Dormoy. *Le commerce des produits de base et l'action internationale — Contribution à l'étude juridique de l'ordre économique international,* Pédone, Paris, 1986, p. 234.

tants"[133] qu'il ne traduit la réalité de cette inversion. Selon la remarque cruelle mais exacte de Guy de Lacharrière, "le Tiers Monde a plus d'influence sur les mots que sur les choses, et sur les mots votés que sur les mots signés"[134]. C'est que, "les Etats faibles, et qui le demeurent même lorsqu'ils agissent collectivement au sein des organes internationaux — créent un droit faiblement contraignant qui exprime leurs aspirations, mais qui est, pour l'essentiel, inappliqué, faute d'un pouvoir suffisant pour assurer son application, tandis que les normes issues de la volonté des grandes puissances définissent les dispositions appelées à être appliquées en vertu des moyens de contrainte multiples dont elles disposent"[135].

10. Car, si les manifestations juridiques d'existence des pays en développement ne doivent pas être sous-estimées, il ne faut pas non plus en exagérer l'importance. Dans les deux cas, ce serait tricher avec le réel. Le monde n'a pas changé de face. L'irruption du Tiers Monde dans les relations iternnationales n'a pas inversé les rapports de forces même si elle a remis en cause la "domination tranquille" d'une poignée de puissances qui demeurent pourtant très évidemment "hégémoniques" au sens gramscien du terme[136].

Tout ce que l'on peut dire est que les puissances centrales doivent en partie composer avec les intérêts périphériques comme nous venons de le voir — et qu'elles doivent s'employer à dissimuler les inégalités. Pour reprendre une pensée de Pascal[137], "ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on (...) fait que ce qui est fort fût juste". Du temps de la domination tranquille, les rapports de forces pouvaient apparaître crûment; aujourd'hui, le camouflage est la règle; il faut "prendre des gants". Alors qu'il est déséquilibré, le rapport entre les forces doit *sembler*

133. M. Chemillier - Gendreau, *op. cit.* n. (33), p. 43.

134. Guy de Lacharrière, *La stratégie commerciale du développement*, P.U.F., Paris, 1973, p. 233.

135. Hubert Thierry, "Esquisse d'une classification fonctionnelle des normes du droit international", *in Méls. Charlier*, préc. n. (100), p. 278.

136. Cf. l'excellente définition proposée par A. A. Fatouros selon lequel le mot "hégémonique" "denotes a situation where a system of perception of social reality — which includes values, facts and aspirations, reinforces and is reinforced by a homologous structure of actual capability and power" ("On the Hegemonic Role of International Functional Organization", *G.Y.B.I.L.* 1980, p. 10).

137. Blaise Pascal, *Pensées*, n° 285, édition de La Pléiade, N.R.F., Paris, 1960, p. 1161.

équilibré[138]. De multiples procédés y concourrent: une modification, que chacun sait durable, sera présentée comme un ajustement temporaire, purement conjoncturel, et adoptée sous forme d'actes concertés non conventionnels; tel a été le cas des accords du Smithsonian Institute de 1971 qui ont bouleversé profondément le système monétaire international[139], ou encore des accords, formellement réciproques, de coopération ou d'investissement par exemple, seront adoptés alors même que les signataires ont clairement conscience que la coopération ou l'investissement sont "à sens unique"[140]. Globalement, la meilleure arme idéologique des forts est cependant de sacraliser le droit, dont ils ont pour l'essentiel la maîtrise. "Le droit" érigé en dogme absolu devient "bon" en soi; toute contestation est suspecte[141]. Ici, les intérêts des Etats dominants rejoignent les thèses des théoriciens du droit pur ou de la *real politik*[142].

C'est que, comme l'écrivait Guy de Lacharrière à nouveau, "qui relativise le droit le désacralise (...). Les pays satisfaits du droit existant pensent que cette vérité là n'est pas bonne à dire. Pour eux, il n'y a aucun avantage à souligner une telle origine. Leur fidèlité à l'image qu' ils se font du droit et à leurs intérêts de bénéficiaires des règles existantes les amène donc à beaucoup de discrétion quant à la légitimité d'une utilisation d'un concept de politique à l'égard du droit..."[143].

Grâce à cette présentation désincarnée le droit demeure fidèle à sa

138. Monique Chemillier-Gendreau, "Droit du développement et effectivité de la norme" *in* M. Flory et as. éds., *op. cit.* n. (22), p. 136.

139. Pour un autre exemple de recors à un *gentlemen's agreement* destiné à éviter de rendre manifeste l'hégémonie américaine et concernant le rôle du dollar dans le système de Bretton Woods, v. Frieder Roessler, "Law, *De facto* Agreements and Declarations of Principles in International Economic Relations", *G.Y.B.I.L.* 1978, p. 53.

140. Cf. Patrick Juillard qui parle de "réciprocité en trompe l'oeil" ("Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France", *J.D.I.* 1979, p. 312). *Contra:* Mahmoud Salem, qui estime que les conventions d'investissement reposent sur un *quid pro quo* réel ("Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers", *J.D.I.* 1986, p. 602).

141. V. Ch. Chaumont *in op. cit.* n. (44), p. 68, et, à propos du droit international du développement, Ahmed Mahiou, "Une finalité entre le développement et la dépendance" *in* M. Flory et as. éds., *op. cit.* n. (22), pp. 18 et 22.

142. Georg Schwarzenberger, *Power Politics,* Stevens, London, 3rd. ed., 1964, p. 199.

143. G. de Lacharrière, *op. cit.* n. (18), p. 10. V. aussi Thomass M. Franck, "Legitimacy in the International System", *A.J.I.L.* 1988, pp. 705-759, not. pp. 725 s. à propos de la "validation symbolique" du droit.

fonction première, conservatrice[144], et continue, malgré les contestations dont il est l'objet, à enregistrer les inégalités qu'il contribue à perpétuer. Mais, je le répète, le droit ne crée pas les inégalités, il en prend acte. Il n'est pas réactionnaire, il est conservateur[145].

11. Cette analyse pose cependant un problème, très trivial mais extraordinairement compliqué, que les théoriciens du droit et, tout spécialement, les néo-volontaristes marxistes ne peuvent pas réellement résoudre: pour eux, en effet, le droit est l'expression d'une volonté; mais pas d'une volonté formelle, de la volonté *réelle* des Etats. En même temps, ils admettent que les normes juridiques expriment des rapports de forces, ce qui veut dire que la volonté du faible, du dominé, ne peut pas être "réellement" libre car, si les Etats sont égaux, certains sont, à l'évidence, "plus égaux que d'autres"[146]. Il ne suffit pas de vouloir, il faut pouvoir vouloir, et, entre Etats inégaux, seule la volonté des forts et des puissants est véritablement libre. Cette constatation a-t-elle un effet sur la positivité du droit?

Le problème a été l'un de ceux sur lesquels la Conférence de Vienne de 1968-1969 s'est le plus longtemps bloquée. L'accord s'est fait sans problème sur le point de départ suivant: est nul tout traité conclu sous l'empire de la contrainte illicite. Mais qu'est-ce que la contrainte illicite? Sans aucun doute, l'usage de la force militaire sauf dans les très rares cas où elle demeure autorisée par la Charte des Nations Unies. Peut-on et doit-on aller plus loin et considérer que toute atteinte à l'expression libre de la volonté souveraine de l'Etat entâche la norme concentionnelle de nullité?

A la suite de très longues discussions, la Conférence s'est arrêtée sur un compromis laborieux qui, comme tout compromis, ne satisfait vraiment les partisans ni de l'une, ni de l'autre des réponses possibles. L'article 52 de la Convention de Vienne pose le principe: "Est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies" — ce qui ne résoud nullement le problème.

144. Cf. M. Bedjaoui, *op. cit.* n. (21), p. 12.

145. Cf. *ibid.*, p. 112.

146. V. par exs.: Eric David "Quelques réflexions sur l'égalité économique des Etats", *R.B.D.I.* 1974, pp. 399-424 ou Manfred Lachs, "L'égalité en droit international" *in* Ch. Perelman et L. Ingber eds., *L'égalité,* vol. VIII, Bruylant, Bruxelles, 1982, pp. 325-342.

En outre et parallélement, la Conférence a adopté une Déclaration incorporée dans son Acte final, condamnant "solennellement" toute "contrainte militaire, politique ou économique lors de la conclusion du traité"[147] — ce qui, à vrai dire, ne nous avance pas beaucoup, car, où faut-il s'arrêter? Tout traité conclu entre Etats inégaux en fait — donc-dont la liberté de vouloir est inégale —doit-il être réputé nul? Mais ce serait admettre l'impossibilité de toute édiction de normes conventionnelles liant des Etats n'ayant pas atteint un niveau de développement ou une puissance économique comparables, ce qui présente bien des inconvénients.

Les solutions, pleines de bon sens, qu'adopte la jurisprudence récente sont plus satisfaisantes. On peut les réumer ainsi: la pression économique ne vicie le traité que si elle est manifeste et hors de proportions avec les pratiques courantes et inévitables dans une société internationale caractérisée par l'extrême diversité et l'inégalité réelle — pas juridique bien sûr — des Etats. Ainsi, dans ses arrêts du 2 février 1973, rendus dans l'affaire de la *Compétence en matière de pê cheries (Compétence)*, la C.I.J. a estimé qu'

> "il n'y a guère de doute que, comme cela ressort implicitement de la Charte des Nations Unies et comme le reconnaît l'article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, un accord dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force est nul en droit international contemporain. Il est non moins clair qu'un tribunal ne peut prendre en considération une accussation aussi grave sur la base d'une allégation générale et vague qu'aucune preuve ne vient étayer"[148].

En d'autres termes, l'inégalité de fait des parties, ici le Royaume-Uni et la R.F.A. d'une part, l'Islande, de l'autre, n'est pas en lui même une cause de nullité. Pour sa part le Tribunal arbitral qui a tranché le litige opposant le Koweit à la société *Aminoil* a reconnu que l'accord de 1973 liant les parties — il s'agissait d'un contrat transnational et non d'un traité, mais les principes adoptés sont tout à fait transposables dans la sphère interétatique — avait été conclu à la suite de pressions économiques, mais il a ajouté:

147. Outre les ouvrages généraux sur le droit des traités, v. Georges Tenekides, "Les effets de la contrainte sur les traités à la lumière de la Convention de Vienne", *A.F.D.I.* 1974, pp. 79-102; H. G. De Jong, "Coercion in the Conclusion of Treaties", *N.Y.B.I.L.* 1984, pp. 209-247.

148. *Rec.* 1973, pp. 14 et 59.

"en vérité, la Société a fait un choix; si désagréable qu'aient pu être certaines exigences, elle a considéré qu'il valait mieux y accéder parce qu'il était encore possible de vivre avec elles. Toute la conduite de la Société démontre que la pression à laquelle elle était soumise n'était pas de nature à inhiber sa liberté de choix"[149].

Le Tribunal a néanmoins tenu compte de ces pressions en considérant que l'accord était d'interprétation stricte[150]. Par ailleurs, plus loin dans son raisonnement, il indique que des consentements obtenus à la suite de pressions économiques très fortes ne donnent pas naissance à une *opinio juris*[151].

Tout ceci est fort raisonnable et constitue un équilibre satisfaisant entre le minimum de moralisation nécessaire à la vie internationale et la réalité de la société internationale que le droit doit prendre telle qu'elle est, quitte à essayer de limiter la violence structurelle qui y règne, dans les limites compatibles avec le maintien même d'un système juridique[152].

12. Ainsi s'opère la difficile conciliation entre la persistance inévitable, et même la prédominance des inégalités dans la société internationale et l'existence même du droit international qui repose non sur la coercition — celle-ci n'est praticable que marginalement du fait du rôle central des souverainetés — mais sur la légitimation[153]. A défaut de répondre aux intérêts de chacun, la règle doit sembler refléter celui de la "communauté internationale"[154] ou, en tout cas, paraître aux yeux de tous la moins mauvaise possible, les rapports de forces étant ce qu'ils sont. Dans ce processus de légitimation, le cadre et les méthodes d'élaboration du droit revêtent une importance absolument fondamentale.

En ce qui concerne le premier point — le cadre dans lequel les règles sont élaborées —, le débat central est celui du multilatéralisme et du bilatéralisme.

D'une manière générale, on peut considérer qu'au plan universel au moins, les Etats du centre sont favorables au bilatéralisme alors que

149. Sentence du 24 mars 1982, *J.D.I.* 1982, p. 880.

150. *Ibid.*

151. *Ibid.*, p. 904.

152. V. aussi Eduardo Jimenez de Arechaga, *op. cit.* n. (38), pp. 31-32.

153. Thomas M. Franck, *op. cit.* n. (143), pp. 705-759, *passim.*

154. Sur la notion de communauté internationale, les travaux fondamentaux sont évidemment ceux de R. - J. Dupuy; v. not. *op. cit.* n. (26), pp. 9-231, *passim* et la clôture du système international — La cité terrestre, P.U.F., Paris, 1989, 159 p. V. aussi Nguyen Quoc Dinh et as., *op. cit.* n. (52), pp. 366-369.

la préférence des pays du Tiers Monde va au multilatéralisme. Les raisons de cette prédilection sont évidentes: la multilatéralisation de la négociation leur permet de mettre en commun non seulement leur influence, leurs votes et leurs revendications, mais aussi leurs informations, point tout à fait essentiel dans la diplomatie contemporaine et sur lequel l' inégalité Nord-Sud est extrêmement marquée. Comme l'a relevé avec force un praticien averti: "The advanced industrialized countries come to the conference in a much higher state of preparedness than do their developing countries partners. Years ahead in the relevant technology and scientific knowledge, equipped with facilities and manpower more than adequate to the task of analysis of issues, formulation of options and the planning of strategies, equipped also with means of rapid communication with policy — makers at the capital, the industrialized countries present a formidable image to the Group of 77. Most states of the Group of 77, and the exceptions are few, are able to respond only through their representation by high-quality diplomaticor legal personnel for whom the conference is just one of many varied assignments. These representatives must build upon a slender of basic information on the issues carefully monitored from "the other side", to participate effectively in the service of country and group"[155].

Le Groupe des 77 qui est, depuis 1964, le cadre des débats des pays du Tiers Monde joue ainsi un rôle irremplaçable d'organisme préparatoire au choc Nord-Sud, situation qui n'est d'ailleurs pas dépourvue d' ambiguité: alors que les pays industrialisés confrontent leurs points de vue et préparent leur stratégie au sein de l'O.C.D.E. et poursuivent ensuite leur débat interne dans le "Groupe B" d'ailleurs fortement lié à l'O.C.D.E.[156], le Groupe des 77 est à la fois une sorte d'"O.C.D.E. du pauvre" et le lieu de regroupement des pays en développement au sein même des organisations universelles dont il utilise les facilités[157].

Du reste, si l'on comprend aisément l'intérêt que présente pour ces

155. M.C.W. Pinto, "Modern Conference Techniques: Insights from Social Psychology and Anthropology", *in* R. St.J. MacDonald and D. M. Johnston eds., *op. cit.* n. (21), p. 315.

156. Ainsi, par exemple, le secrétariat et l'interprétation des débats du Groupe B sont assurés par des fonctionnaires de l'O.C.D.E. lors des réunions de la C.N.U. C.E.D.

157. C'est, au contraire, le personnel des Nations Unies elles-mêmes qui assure le secrétariat et l'interprétation des travaux du Groupe des 77.

pays la mise en commun de leur "*bargaining power*", il ne faut pas se dissimuler les incovénients de ce phénomène des groupes dans les grandes négociations économiques internationales: la cohésion et l'unité des 77 ne sont acquises qu'au prix de la prise en charge par le groupe de l'ensemble des revendications de chacun des 126 Etats qui le composent, or celles-ci sont très diverses et souvent incompatibles les unes avec les autres. En outre, le système de négociation de groupe à groupe "rigidifie" les discussions, le porte-parole de chaque groupe ne pouvant guère faire de concessions sans indisposer une partie au moins de leurs mandants ce qui aboutit à des blocages d'autant plus insurmontables que les stratégies de négociation sont souvent opposées: alors que, comme je viens de le dire, les 77 négocient par addition — des revendications —, le Groupe B a tendance à pratiquer la méthode inverse de la soustraction en s'alignant sur les positions des plus durs de ses membres.

Au surplus la multilatéralisation du processus de nègociation Nord-Sud en matière économique n'est pas dénuée d'ambiguité du fait des intentions qui animent les protagonistes et, tout particulièrement, les pays en développement. Leur contestation des règles traditionnelles porte en effet souvent sur l'universalisme de celles-ci dont ils demandent l'éclatement au nom du principe selon lequel on ne peut appliquer des règles identiques à des situations concrètes différentes. Mais il y a évidemment un certain paradoxe à vouloir négocier au plan universel des règles d'application géographique limitée[158].

Il existe du reste bien d'autres raisons à la relative inadaptation du multilatéralisme en matière de négociations économiques: d'abord il ne permet pas d'entrer dans des détails suffisants pour régler des problèmes concrets et bilatéraux qui, bien souvent, intéressent infiniment plus les Etats que la re-modélisation du cadre économique mondial considérée par beaucoup comme un exercice à long terme sans grande portée pratique; ensuite, au-delà des grandes déclarations de principe, les pays sous-développés eux-mêmes, jaloux de leur fragile souveraineté, ont des réactions nationalistes qui les conduisent à penser que leurs intérêts souverains sont, finalement, mieux garantis par des négociations bilatérales qu'ils pensent pouvoir contrôler plus étroitement[159]; enfin, bien

158. V. Wilhelm Wengler, "La crise de l'unité de l'ordre juridique international", *in Mélanges offerts à Charles Rousseau: La communauté internationale (Méls. Rousseau)*, Pédone, Paris, 1974, p. 335.

159. Dans le même esprit, on peut noter la méfiance des Etats à l'égrda des

sûr, la méfiance des Etats industrialisés pour les forums multilatéraux universels suffit à expliquer la limitation de leur rôle: le débat multilatéral occulte les rapports de force réels qui leur sont favorables[160].

Ces considérations contradictoires ont progressivement conduit à un partage inégal des fonctions entre les cadres multilatéraux et bilatéraux de négociation. Aux premiers la charge de poser des principes très généraux de conduite future en même temps qu'ils servent d'exutoire auxe revendications des Etats contestataires. Au second celles de donner vie à ces principes ou, plus souvent, d'en marquer les limites, non, parfois, sans incohérence, les mêmes Etats prenant dans un cadre bilatéral des positions fort différentes de celles qu'ils ont adoptées au plan multilatéral, au point que l'on a pu écrire qu' "... une véritable dissociation des mentalités semble s'instaurer selon que les Etats se placent dans un cadre multilatéral ou dans un cadre bilatéral, la convention multilatérale constituant pour eux la manifestation d'une exigence à la fois normative et systématique, et la Convention bilatérale constituant pour eux l'expression d'un besoin à la fois positif et pragmatique"[161].

De plus, au sein même de la machinerie multilatérale, on a assisté progressivement à une certaine spécialisation des tâches entre les différents organes concernés. Ce partage est inséparable d'un autre grand débat qui oppose les Etats que le professeur Juillard a résumé par l'opposition de la "sérialisation" et de la "globalisation".

> "On peut dire que la négociation internationale est "sérialisée" lorsqu'un problème global est divisé en ses éléments constitutifs, et que ces éléments constitutifs sont dispersés aux fins de négociations particulières (...) la sérialisation est dans le meilleur intérêt des pays occidentaux pour de nombreuses raisons. En premier lieu, elle privilégie les "systèmes" périphériques - et notamment les institutions spécialisées — au détriment du système "central"

organes composés d'experts non-gouvernementaux. V. des exemples de cette préférence pour l'inter-étatisme *in* Lazhar Bouony, "L'attitude des Etats et la "normativisation" en droit international du développement" *in M.* Flory et as. éds., *op. cit.*, n. (22), pp. 146-148.

160. Madjid Benchikh, *Droit international du sous-développement — Nouvel ordre dans la dépendance,* Berger - Levrault, Paris, 1983, p. 270) attribue cette occultation des rapports de force à la personnalité juridique des organisations.

161. P. Juillard, *op. cit.* n. (140), p. 276 (à propos de la réglementation des investissements); v. aussi p. 324.

— et notamment de l'Assemblée générale. En deuxième lieu, elle permet d'établir des priorités dans le déroulement des négociations internationales et, par l'établissement de priorité judicieuse, de dépouiller progressivement les partenaires des cartes qu'ils peuvent détenir à l'origine de la négociation. En troisième lieu, elle affaiblit la puissance du nombre en divisant les interlocuteurs, puisque tous ne participeront pas aux mêmes négociations dans le même temps et dans les mêmes enceintes.

"On peut dire que la négociation internationale est "globalisée" lorsqu'un problème global est négocié dans tous ses éléments entre toutes les parties, au même moment, et dans la même enceinte"[162].

Dans les deux cas nous sommes dans l'hypothèse du multilatéralisme; mais les organes qui en constituent le cadre sont différents et l'on peut dire, sans simplification abusive, que l'O.N.U. est le forum de la globalisation, les institutions spécialisées ceux de la sérialisation, cette première spécialisation en recouvrant d'ailleurs une seconde: à l'O.N.U. on débat et on oriente; dans les autres organisations du système, on négocie et on réglemente[163].

L'exemple le plus frappant de cette dichotomie — mais il est loin d'être unique — est fourni par le "couple" G.A.T.T./C.N.U.C.E.D.. "Les conditions mêmes de la formation de la C.N.U.C.E.D. tendent à faire apparaître cette institution essentiellement comme un instrument de pression politique au service d'une majorité "automatique" de pays en voie de développement. La controverse et le rapport de forces entre pays industrialisés et pays en voie de développement qui se développèrent à la première session de la Conférence, conduisirent les pays développés à ne voir dans la C.N.U.C.E.D. qu'un forum permettant aux pays en voie de développement d'exposer leurs revendications, mais sans pour cela que le débat aboutisse à des "décisions" revêtant une quelconque force juridique contraignante"[164]. Au contraire, le G.A.T.T. est un cadre efficace — même si prudent et lent — de négociations où les règles

162. P. Juillard, *op. cit.*, n. (III), pp. 114-115.

163. "(I)l existe aux Nations Unies — et cela résume les quarante ans de leur action — d'une part une fonction délibérative à peu près admise, tolérée ou supportée, et d'autre part une fonction de négociation ancore toujours contestée" (Mohamed Bedjaoui, participation aux débats *in* S.F.D.I., *op. cit.*, n. (100), p. 253).

164. Georges Merloz, *La C.N.U.C.E.D. — Droit international et développement*, Bruylant, Bruxelles — 1980, pp. 55-56.

générales applicables au commerce international sont négociées et mises en forme, et il n'est pas rare que des principes repoussés avec vigueur par les pays industrialisés au sein de la C.N.U.C.E.D. y soient juridiquement consacrés. Tel a été le cas du principe de non-réciprocité, auquel le Groupe B s'est opposé avec détermination lors de la Conférence de Genève de 1964 alors même qu'il n'y a fait l'objet que d'une déclaration de principe sans portée obligatoire (huitième principe général de l'Acte final de la première C.N.U.C.E.D.) et qui a été formellement admis quelques mois plus tard seulement dans la partie IV du G.A.T.T., c'est-à-dire dans un traité juridiquement obligatoire (quelle que soit par ailleurs la mollesse de sa rédaction).

Cet exemple met du reste clairement en évidence un autre phénomène très remarquable: la confiance que les Etats ou groupes d'Etats placent dans tel ou tel cadre de négociation ne peut faire l'objet d'explications simples, elle dépend d'une subtile alchimie dans laquelle la composition des organes où les modes d'adoption des textes n'ont pas forcément une part prépondérante: le G.A.T.T. et la C.N.U.C.E.D. ont une composition comparable, les pays en développement y disposent dans les deux cas de la majorité nécessaire, et, pourtant, les comportements des Etats n'y sont pas identiques; les pays industrialisés sont plus "à l'aise" au G.A.T.T. et les Etats en développement y reprennent une liberté individuelle largement aliénée au sein de la C.N.U.C.E.D. au profit du Groupe de 77, si bien que les "gros" du Tiers Monde y jouent un rôle prépondérant, les "petits" éprouvant beaucoup plus de difficultés à s'y faire entendre.

13. Il n'en serait pas moins abusif de tenir pour négligeables les méthodes de négociation et d'adoption des normes en vigueur au sein des différents organes. La preuve en est donnée par l'âpreté des controverses des Etats sur ce point.

Pour rester dans le domaine du droit du développement, les Etats et les juristes du Tiers Monde ont fait de ce qu'ils appellent la "démocratisation" des relations internationales l'un de leurs principaux chevaux de bataille dans les instances internationales. Dans leur esprit, cette démocratisation serait réalisée par la généralisation du principe "un Etat/une voix"[165], certains auteurs n'hésitant pas à ajouter qu'une fois

165. V. en ce sens Madjid Benchikh, *op. cit.* n. (160), pp. 279 s. ou Grigori Geamanu, "Théorie et pratique des négociations en droit international", *R.C.A.D.I.* 1980-I, vol. 166, p. 393.

que la majorité s'est pronocée, tous doivent se plier aux "décisions" quand bien même il ne s'agirait, formellement, que de recommandations[166].

Une telle approche est critiquable et correspond à une conception étrange de la "démocratie", garantie de la participation de *tous les hommes* à l'expression de la volonté politique. "Un Etat/une voix" constitue une perversion singulière du principe un homme/une voix et, sauf à admettre que l'immense Chine devrait bénéficier de plus d'un milliard de voix et la France de 55 millions (et que les gouvernements des Etats sont raisonnablement représentatifs), il serait probablement plus sage de renoncer à confondre la revendication — légitime — d'une participation plus réelle des *Etats* du Tiers Monde à l'élaboration des normes économiques internationales (revendication que traduit, par exemple, l'article 10 de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats) avec une "démocratisation" qui aurait des effets bien différents et à laquelle personne n'est prêt. "La "démocratie" internationale ne peut aller au-delà de l'idée que, dans une société d'Etats, le pouvoir doit appartenir à l'ensemble des Etats et non à quelques uns seulement"[167].

Ce dernier objectif n'est simple qu'en apparence. La difficulté de le réaliser ne tient pas seulement à la volonté marquée des Etats du centre de conserver un pouvoir "juridique" que leur plus grande force leur à permis de s'arroger (vote pondéré, veto); les efforts en ce sens se heurtent également à des obstacles de fait qu'il est bien difficile de surmonter. En effet, même dans les enceintes où le principle "un Etat.une voix" est pratiqué, "la présence des pays sous-développés est loin de signifier que leurs représentants participent effectivement aux travaux"[168]: absentéïsme[169], préparation insuffisante des dossiers, absence de suivi, délégation squelettique incapable de participer efficacement à l'ensemble des

166. Cf. T. O. Elias, *op. cit.*, n. (27), p. 51.

167. Guy Feuer, "Nations Unies et démocratie" *in Mélanges offerts à Georges Burdeau — Le pouvoir (Méls. Burdeau)*, L.G.D.J., Paris, 1977, p. 1075; dans le même sens, O. Schachter, *op. cit.*, n. (8), p. 121; dans une optique un peu différente, P. Weil, fait remarquer que l'idée de "représentation démocratique" est incompatible avec le principe même de la souveraineté étatique (*op. cit.*, n. (15), p. 16).

168. M. Benchikh, *op. cit.*, n. (159), p. 281.

169. Philippe Fouchard souligne par exemple le grave absentéisme des représentants du Tiers Monde — souvent un tiers des experts de ces pays — aux sessions de la C.N.U.D.C.I. ("Les travaux de la C.N.U.D.C.I. et le nouvel ordre économique international" *in* M. Flory et as. eds., *op. cit.*, n. (22), p. 217).

réunions simultanées qui sont le lot quotidien des grandes négociations multilatérales, caractérisent bien souvent le comportement des délégués des pays en développement. C'est que le sous-développement est un tout et, pour ces Etats, la charge financière qu'implique une participation sérieuse aux discussions est, relativement, beaucoup plus lourde que pour les pays développés; en outre, ils manquent cruellement d'experts au plus haut niveau — y compris de juristes — dont les Etats industrialisés regorgent[170].

Ces faiblesses fréquentes — il existe des exceptions — à la fois quantitatives et qualitatives, dans la représentation du Tiers Monde, accroissent l'impatience des pays développés qui s'accomodent mal de voir leur pouvoir réel partiellement battu en brèche par des mécanismes de prise de décision qu'ils tiennent pour irréalistes "Who gets the vote does not pay the note", s'est écrié Mme Kirkpatrick, ancien représentant des Etats - Unis aux Nations Unies[171] — et l'on sait à quel point ce pays, en particulier sous la présidence Reagan, s'est employé à faire sentir le poids de celui qui tient les cordons de la bourse dans le fonctionnement des organisations internationales, que ce soit à l'O.I.T., à l'U.N.E.S.C.O., à l'O.M.S. ou aux Nations Unies elles-mêmes.

Cette impatience s'est traduite, surtout au début des années 1980, par la recherche de formules, souvent compliquées, s'efforçant de tenir compte de l'ensemble des facteurs pertinents. Certaines dont la plus célèbre est l'idée de "triade contraignante"[172] sont restées sans lendemain; d'autres, après de longs débats, ont fini par passer dans le droit positif[173].

Au demeurant quelle que soit l'ingéniosité dont ont fait preuve les "inventeurs" de ces formules, apparemment satisfaisantes pour l'esprit, on peut se demander si elles sont beaucoup plus adaptées que les systèmes traditionnels de vote (majorité selon le principe un Etat.une

170. Sur tous ces points, v. M. Benchikh, *op. cit.,* n. (159), pp. 282 s.

171. Cité par André Lewin, commentaire de l'article 18 *in* Jean-Pierre Cot et Alain Pellet eds., *La Charte des Nations Unies — commentaire article par article,* Economica — Bruylant, Paris / Bruxelles, 1985, p. 390.

172. V. ibid., p. 391 et A. Lewin, "La triade contraignants, une nouvelle proposition de pondération des notes aux "Nations Unies", *R.G.D.I.P.* 1984, pp. 349-359.

173. V. en particulier les systèmes compliqués de représentation des Etats et de règles de vote dans les organes du F.I.D.A. et du Fonds commun pour les produits de base. Ces mécanismes sont décrits, par exemple, par G. Feuer et H. Cassan, *op. cit.,* n. (97), pp. 106-108.

voix ou pondérée). Certes, en apparence, elles peuvent faciliter les compromis entre les Etats qui détiennent le pouvoir économique et ceux qui bénéficient de la force du nombre, mais elles risquent aussi, souvent pour les mêmes raisons — chaque groupe détenant la faculté d'empêcher — d'être la source de blocages insurmontables. Plus profondément, on peut avoir plus que des doutes sur l'efficacité du vote dans ce domaine quelles qu'en soit les modalités.

Il n'est nul besoin, pour nourrir ce scepticisme, de se réclamer du volontarisme (v. *supra,* chap. I). Il suffit bien plutôt de réfléchir aux finalités mêmes de toute négociation en matière économique (et ceci vaut, à vrai dire, pour toute négociation internationale ou presque): il s'agit soit d'organiser la coopération entre les Etats, soit de les empêcher d'agir (v. *supra,* chap. I, n° 4); l'important est dès lors d'obtenir leur collaboration et cet objectif est fort différent de celui qui consiste à faciliter l'adoption des normes. Il ne s'agit pas de multiplier celles-ci, ou d'en édicter de cohérentes, satisfaisantes pour un esprit cartésien, mais d'arriver à des compromis acceptables. Or aucun système de vote ne garantit ceci; seul des mécanismes plus souples les facilitent.

En matière économique, ceux-ci foisonnent à deux niveaux. Durant la phase d'élaboration du texte, on recourt à des mécanismes de conciliation dont l'objectif est de "fournir une base suffisante à (son) adoption"[174]. Surtout, celle-ci se fait non par un vote final, mais par consensus, techniquee dont il feut bien comprendre qu'elle signifie non pas que le texte est adopté par un vote unanime mais, au contraire, qu'il est arrêté *sans vote*[175]; telle est la tehcnique aujourd'hui normale d'adoption des normes économiques internationales aussi bien au sein du G.A.T.T. ou de la C.N.U.C.E.D. qu'au Conseil économique et social des Nations Unies, dans les organisations du groupe de Washington ou au sein des organisations de produits de base et même dans les Communautés, malgré le recul relatif qu'a entraîné la mise en oeuvre de l'Acte unique.

174. A/RES/1995 (XIX) institutionnalisant la C.N.U.C.E.D. Sur ces mécanismes de conciliation à la C.N.U.C.E.D., v. G. Merloz, *op. cit.,* n. (164), pp. 82 s.

175. Sur le consensus, v. par ex.: S. Bastid, "Observations sur la pratique du consensus", *Méls. Wengler,* Inter Recht, Berlin, pp. 11-25; Hervé Cassan, "Le consensus dans la pratique des Nations Unies, *A.F.D.I.* 1974, pp. 456-485; Guy de Lacharrière, "Consensus et Nations Unies", *A.F.D.I.* 1968, pp. 9-14; Karl Zemanek, "Majority Rule and Consensus Techniques in Law-Making Diplomacy" *in* R. St. J. MacDonald and D. M. Johnston eds., *op. cit.,* n. (21), pp. 857-887.

Critiqué de toutes parts, le consensus reste cependant, au plan universel au moins (et, dans les organisations régionales, sur les sujets d'importance fondamentale pour les Etats membres), le système le plus raisonnable et le plus opérationnel d'adoption de normes générales en matière économique. Certes, comme le font remarquer les pays en développement, il s'agit de protéger les intérêts de la minorité[176], mais on peut difficilement voir dans ce fait une atteinte aux principe "démocratique" qui, on l'a vu, n'a pas grand chose à faire ici. Cretes, le consensus peut être source de blocages puisque quelques Etats, voire un seul, peuvent empêcher l'adoption de la décision[177] mais il doit être admis qu'il "fonctionne seulement si ceux qui participent à la prise de décision observent certaines traditions et règles non écrites. L'une d'elles est de ne pas s'imaginer que la décision par consensus donne *de facto* un droit de veto. Bien que les décisions soient prises par consensus, les règles de vote demeurent et, sans être utilisées peuvent servir de moyen de pression et de négociation"[178]. En réalité, le consensus est inséparable du vote et c'est la menace — ou la possibilité — de passer au vote qui, la plupart du temps, permet le consensus. Certes enfin, "la technique du consensus à laquelle on a de plus en plus fréquemment recours, ne donne l'impression d'améliorer le système de décision qu'au prix d'une plus grande ambiguïté. Le consensus occulte les motivations réelles des comportements; il n'est souvent que le fruit d'une neutralisation momentanée des oppositions, enregistrée par une présidence habile; il dissimule enfin derrière l'accord sur les grands principes, le désaccord sur les mesures d'exécution"[179]; mais ceci est la conséquence inéluctable du double mouvement d'interdépendance et d'hétérogénéïté croissantes de la société internationale[180] qui impose la recherche systématique de compromis à la fois en ce qui concerne les méthodes d'élaboration du droit et son contenu.

§2. *Le droit mou*

14. Plus "nu" que le droit international général du fait de la "crudi-

176. M. Benchikh, *op. cit.*, n. (159), pp. 295-297.

177. V. par ex. Jorge Castaneda, "La Charte des droits et devoirs économiques des Etats — Note sur son processus d'élaboration", *A.F.D.I.* 1974, p. 48.

178. O. Long, *op. cit.*, n. (116), p. 74.

179. Maurice Torrelli, "L'apport du nouvel ordre économique international au droit international économique" *in* S.F.D.I., *op. cit.*, n. (100), p. 61.

180. Cf. G.J.H. Van Hoof, *op. cit.*, n. (32), p. 226.

té" globalement plus marquée de son processus de formation, dans lesquels les rapports de force jouent plus ouvertement, le droit international de l'économie et du développement est aussi le domaine du droit "mou", de la *soft law* que les juristes francophones, rivalisant d'imagination appellent aussi droit "vert", "tendre", "déclamatoire", sans parler, pour ceux qui en sont les négateurs des expressions "pré-droit", "para-droit", "méta-droit", etc.

Ces appellations imagées décrivent une réalité unique: l'ensemble de cette zone grise où les juristes classiques se refusent à voir des règles juridiques[181] et qui constituent un dégradé normatif entre le "bon droit" des positivistes volontaristes et le non-droit.

Certains auteurs considèrent que l'expression "droit mou" se rapporte exclusivement "à la source de la règle considérée" et non à son contenu[182]. Dans ce cas, elle désigne seulement la floraison d'instruments nouveaux, qui sont incapables de conférer en eux-mêmes, par le seul fait de leur existence, une valeur obligatoire aux normes dont ils sont porteurs. Tel est le cas d'abord de la très grande variété d'instruments adoptés par ou au sein des organisations internationales: les résolutions sous leurs appellations diverses, déclarations, recommandations, directives, chartes, stratégies, programmes, mais aussi les "conclusions concertées" ainsi que les "principes directeurs", "codes de conduite", "ensemble de principes" qui peuvent être adoptés indifféremment dans le cadre d'organisations internationales ou de conférences diplomatiques, sans oublier les déclarations interétatiques, les communiqués communs et autres *gentlemen's agreements* et, s'agissant du droit non-écrit, des "standards", forme très atténuée de règles coutumières. Cet ensemble forme un extraordinaire écheveau d'énoncés de normes sociales, d'autant plus complexes qu'il n'y a pas de frontières rigides entre ces instruments et ceux qui forment le droit le plus "dur". Ainsi, une résolution adoptée dans certaines conditions peut être considérée comme un accord en

181. "Les obligations pré-juridiques ne sont ni de la *soft law* ni de la *hard law*, elles ne sont tout simplement pas *law* du tout" (P. Weil, *op. cit.*, n. (15), p. 8; v. aussi ses "conclusions" *in* M. Flory et as. éds., *op. cit.*, n. (22), p. 364. *Contra:* G. de Lacharrière, *op. cit.*, n. (18), p. 101: "... dans les expressions de droit mou, tendre ou vert, il y a tout de même droit...".

182. Cf. Georges Abi-Saab, et Lucius Caflisch, "La nouvelle Convention sur le droit de la mer en tant qu'accord de produits de base", *Méls. Georges Perrin*, Payot, Lausanne, 1984, p. 29. *Contra:* I. Seidl - Hohenveldern, *op. cit.*, n. (97), not. p. 68.

forme simplifiée[183]; on a fait remarque à juste titre qu'il est extrêmement difficile de déterminer le seuil à partir duquel on peut parler d'un standard par opposition à une norme coutumière[184], etc; sans parler de la difficulté de distinguer entre ces différentes formes molles elles-mêmes.

15. En réalité, il n'y a pas de raison de limiter l'appellation de droit mou au droit formé par des instruments-caoutchouc. La "mollesse" du droit peut tenir aussi à sa substance, au contenu même de la norme. Toute règle, à vrai dire, comporte un élément de "*softness*" car il n'en est pas qui ne puisse être interprétée[185], mais cette faculté est variable et il est clair que certaines règles sont plus "dures" que d'autres en ce sens que la liberté d'action laissée aux destinataires est plus ou moins marquée, d'ailleurs dans des directions variées: une obligation de résultat laisse son destinataire libre des moyens à utiliser mais le but doit être atteint par lui; au contraire, l'obligation de comportement peut être rigide quant à la conduite à tenir, mais l'objectif n'être pas rigidement fixé. L'idée selon laquelle "à l'impossible nul n'est tenu" est, au fond, incorporée dans la norme (v. *supra*, chap. 1, n° 8).

De plus et surtout, la norme peut être molle du fait de son degré de généralité ou de permissivité. On a soutenu parfois qu'une obligation floue, une orientation générale étaient, par essence, a-juridiques[186]. Ceci ne paraît pas exact. Une norme est juridique dès lors qu'elle implique une certaine conduite sociale; mais le droit n'est pas forcément rigide; il peut, au contraire, garantir la liberté d'action des sujets à l'intérieur d'un cadre très général qu'il trace. Le droit international de l'économie fourmille d'exemples de ces obligations molles souvent incluses pourtant dans les instruments les plus "durs" qui soient. Comme le remarque M. Weil, "alors même que l'on est en présence non pas de simples recommandations mais d'actes formellement normatifs, tels des traités internationaux, les obligations prévues sont souvent des plus imprécises et se ramènent à de vagues obligations de comportement, elles-mêmes mal définies, voire laissées à la discrétion des Etats auxquels elles incombent"[187].

183. V. Michel Virally in I.U.H.E.I., *op. cit.*, n. (127), p. 30.

184. V. J.E.S. Fawcett and Audrey Parry, *Law and International Resources Conflicts*, Clarendon Press, Oxford, 1981, p. 3; v. aussi Maurice Flory, "Vers une norme de la communauté internationale" *in* M. Flory et as., eds., *op. cit.* n. (22), p. 384.

185. Cf. R. Higgins, *op. cit.*, n. (112), p. 9.

186. J. A. Barberis, *op. cit.*, n. (1), p. 253.

187. P. Weil, *op. cit.*, n. (20), p. 7.

L'article 24, alinéa 1, de la Convention de Stockholm créant l'A.E.L.E., qui prévoit que "tout Etat évite de porter atteinte aux intérêts des autres Etats membres ...", est encore d'une remarquable précision à côté de l'obligation faite à chaque Membre du F.M.I. par l'article IV section 1, des Statuts de celui-ci de

> "s'efforcer d'orienter sa politique économique et financière en vue d'encourager une croissance économique ordonnée dans une stabilité raisonnable des prix, sa situation particulière étant dûment prise en considération".

De même, on peut lire dans une brochure officielle publiée par l'O.C.D.E. décrivant les codes de libération adoptés par cette Organisation que ces instruments "possèdent le statut juridique de décisions de l'O.C.D.E. qui lient tous les Membres. Ceux-ci sont tenus de mettre en oeuvre les moyens nécessaires pour que les obligations qu'ils assument en vertu des codes soient effectivement respectées (...). On ne cherche pas toutefois à réaliser immédiatement et complètement cet objectif (...). Il s'agit d'engager les pays membres dans un processus de libéralisation progressive, en leur laissant le choix des moyens et du rythme de réalisation, en fonction principalement de leur situation économique"[188]. "Bien souvent, comme le remarque G. Malinverni, les Etats s'engagent simplement "à examiner avec compréhension", "à notifier pour autant que cela sera possible", "à prendre toutes mesures utiles en vue de ...", "à appliquer une mesure s'ils considèrent que leur situation économique ou financière ou l'état de leur balance des paiements le permettent" ..."[189].

L'imprécision est grande aussi lorsque les instruments juridiques applicables recourent au conditionnel qui implique qu'un large pouvoir d'appréciation est laissé au destinataire de la règle. Un exemple remarquable en est fourni par le célèbre article 2 de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, dont le paragraphe 2, alinéa 2, prévoit qu'en cas de nationalisation, l'Etat qui nationalise

> "... devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et réglements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes"

188. *Introduction aux Codes de libération,* O.C.D.E., Paris, juin 1987, p. 12.

189. Georges Malinverni, *Le réglement des différends dans les organisations internationales économiques,* Sijthoff, Leiden; I.U.H.E.I., Genève, 1974, p. 32; v. aussi G. de Lacharrière, *op. cit.,* n. (18), p. 10).

On ne peut être plus clair ... dans l'imprécision.

De même, on peut s'interroger sur les définitions exactes des expressions "déséquilibre fondamental" ou "difficultés" de la balance des paiements (F.M.I.), ou "cadence raisonnable d'expansion des échanges" (G.A.T.T.) ou même "mesure d'effet équivalent" à des droits de douane — cette dernière notion a d'ailleurs fait l'objet d'une jurisprudence particulièrement abondante de la Cour de Justice des Communautés européennes, ce qui satisfait au critère de la juridicité inventé par la doctrine positiviste classique et montre bien que le flou relatif d'une norme n'est pas incompatible avec sa nature juridique. De même aussi, le critère retenu par l'article XXIX du G.A.T.T. pour définir les expressions "union douanière" ou "zone de libre échange", c'est-à-dire l'élimination des droits de douant et des autres restrictions commerciales "pour l'essentiel des échanges commerciaux" ne brille pas par sa précision, pas davantage que la disposition de la décision 85 de la Commission andine excluant l'octroi de brevets pour "les inventions qui affectent le développement de l'Etat membre".

Ceci confirme que "juridique" ne signifie pas forcément "précis" et, encore moins, "rigide". Toutefois il ne faut pas exagérer l'originalité de ce refuge dans le vague et dans le flou. On rencontre dans d'autres branches du droit, et pas seulement économique, des notions qui ne le cèdent en rien sur le terrain de la "malléabilité" et de la "plasticité" à celles que je viens d'évoquer: que l'on pense, en droit international, à celles de "standard minimum de civilisation" (applicable aux étrangers) ou au principe de "délimitation équitable" en droit de la mer ou, tout simplement, au principe de la bonne foi. Ce caractère très flou de certains concepts, pourtant indiscutablement "juridiques" n'est pas propre au droit des gens; le droit interne connaît également de nombreuses notions qui sont pour le moins indécises, qu'il s'agisse de la "gestion de bon père de famille", des "bonnes moeurs" ou de l'"ordre public".

Toutefois ces rédactions molles sont certainement plus fréquentes, plus systématiques, en droit économique qu'ailleurs. Il en résulte, sans aucun doute, un affadissement assez général de la normativité qui se traduit tant dans la forme que dans la substance et, bien souvent, à la fois dans l'une et dans l'autre; nombreux sont les actes concertés non conventionnels, instruments mous, porteurs de directives très générales, de règles au contenu indécis; la Charte des droits et devoirs des Etats, évoquée *supra,* en est un bon exemple.

Il y a à cet "amollissement" du droit international de l'économie et

du développement de nombreuses raisons qui peuvent être regroupées autour de deux grandes idées, déjà rencontrées (v. *supra* n° 7): d'une part, enjeux d'une lutte particulièrement âpre (v. *supra* n° 5), les normes économiques internationales traduisent un équilibre incertain et hésitant entre des intérêts contradictoires; d'autre part, la matière même qu'il s' agit de réglementer est fuyante et impose également le recours à un droit souple.

16. En ce qui concerne ce second point, la question du degré d'autonomie du droit économique par rapport à la matière qu'il réglemente est difficile et ne peut, je crois, recevoir qu'une réponse nuancée, tenant compte à la fois de la spécificité du droit par rapport au fait social en général (v. *supra* chap. I n° 6 s) et des particularités du phénomène économique.

S'il ne fait pas de doute que, comme toute norme juridique, la règle économique ne peut être complètement déphasée par rapport à l'infrastructure et aux mouvements profonds qui affectent celle-ci, il est certain qu'il y a et qu'il doit y avoir des limites à ce "suivisme économique" qui, poussé à ses conséquences extrêmes, "réduit le droit à l'expression sans épaisseur des rapports réels"[190]. Le droit alors démissionne devant le fait et n'exerce plus sa fonction. "Aucun droit ne peut, à vrai dire, jamais, sous peine de cesser d'être lui-même, épouser entièrement la réalité"[191] et c'est à juste titre que l'on a dénoncé l'excessif complexe d'infériorité du juriste face aux économistes qui "exercent à bien des égards sur le monde juridique une sorte de terrorisme scientifique qui va parfois jusqu'à l'exclusion"[192].

A l'inverse, une approche purement volontariste — au sens courant du most est exclue: le développement ne se décrète pas; il se bâtit, progressivement, "dans le sang, la sueur et les larmes" et il n'est pas plus "juridique" de décider que le produit national brut par habitant du Bengla-Desh aura dépassé celui des Etats-Unis en 1990 qu'il ne l'est de fixer les règles de circulation aérienne pour les sorcières chevauchant leur manche à balai (v. *supra* chap. I, n° 9).

Comme toujours, entre ces deux extrêmes, il y a place pour une vision réaliste et raisonnable. "Avant d'être soumise à des règles juridi-

190. Jean- Robert Henry, *Mutations du droit international du développement - La France et l'Afrique,* thèse Nice, 1977, dact., p. 10.

191. P. Weil, *op. cit.,* n. (20), p. 24.

192. M. A. Sanson - Hermitte, *op. cit.,* n. (13), p. 322.

ques, l'activité économique est soumise à des lois naturelles qui, sans avoir la rigueur de celles qui régissent le monde physique, ni même la netteté dont les paraient volontiers les économistes libéraux du siècle dernier, n'en sont pas moins suffisamment impérieuses pour que l'administration soit obligée d'en tenir compte, même si elle entend infléchir le jeu. Ainsi la réglementation économique ne peut être établie aussi librement que les règles de la police de la circulation ou du régime des travaux publics, car elle rencontre des lois naturelles dont elle doit tenir compte"[193]. De même, en droit international, les Etats peuvent s'efforcer d'"infléchir le jeu", mais ils n'y réussissent efficacement que si les normes qu'ils édictent ne sont pas coupées du réel. Dans ce domaine aussi le mieux est l'ennemi du bien et, pour reprendre le titre d'un rapport célèbre en son temps, élaboré au sein de l'O.C.D.E., leur ambition, déjà grande, doit se borner à tenter de maîtriser le vraisemblable et de gérer l'imprévisible[194].

Il est en effet indiscutable qu'il existe une résistance de l'économique au droit due à plusieurs facteurs, à plusieurs antinomies: "antinomie entre l'exigence de rigueur des notions juridiques et l'incertitude des notions économiques; antinomie entre l'exigence d'abstraction des notions juridiques et le particularisme et la variété des situations économiques; enfin antinomie entre l'exigence de stabilité juridique et la mobilité des matières économiques"[195]. Le droit doit s'adapter, se glisser dans ces habits peut-être mal taillés pour lui, qu'il ne peut remplir complètement.

17. Inévitablement, le droit doit ainsi faire place au mouvement[196]. Par exemple, dans le domaine des relations commerciales, il est clair que "le commerce international est dynamique, fluctuant et évolutif. Il se laisse par conséquent mal gouverner par les règles et procédures d'un cadre juridique à moins que celui-ci ne soit souple et, lui aussi, évolutif. Il y a des situations nouvelles telles que des obstacles non tari-

193. Paul-Marie Gaudemet, "Réflexions sur le droit administratif économique", *Méls. Lopez Rodo,* p. 133, cité para A. de *Laubadère, op. cit.,* n° (104), p. 104.

194. Interfuturs, *Face aux futurs — Pour une maitrise du vraisemblable et une gestion de l'imprévisible,* O.C.D.E., Paris, 1979, VI-450).

195. Georges Merloz, *op. cit.*, n. (164), p. 117; v. aussi I. Seidl - Hohenveldern, *op. cit.,* n. (97), p. 68.

196. G. Malinverni, *op. cit.,* n. (189), p. 29; Robert Kovak, *Le réglement des différends économiques inter-étatiques dans les organisations internationales,* cours I.H.E.I., Paris, 1969-70, p. 8 ou O. Long, *op. cit.,* n. (116), p. 21.

faires, rendues toujours plus sensibles dans le commerce international, du fait de l'abaissement des droits de douane. Elles appellent des innovations, en l'occurrence la négociation d'accords non tarifaires. Il y a des désorganisations de marché dans un secteur déterminé qui doit faire l'objet d'arrangements multilatéraux spéciaux pour éviter des conflits et maintenir un certain ordre dans les échanges"[197]; etc. De même, en matière monétaire, il est frappant de constater que les critères de réalisation figurant dans les accords de confirmation du F.M.I. ne sont fixés que pour des périodes maximales de six mois.

C'est que le droit international de l'économie est tout spécialement sensible à la conjoncture et, en particulier, il réagit très fortement à une situation de crise économique qui entraine inévitablement une remise en cause des règles existantes, ce que soulignait déjà Georges Scelle à propos de la grande crise des années 1930[198] et que l'on peut à nouveau vérifier avec le marasme économique de la fin des années 1970 et du début des années 1980[199]. La dégradation de la situation économique peut d'ailleurs avoir des effets spectaculaires sur le déroulement du processus d'élaboration du droit; ainsi, par exemple, les négociateurs de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats[200] ou du Tokyo Round[201] ont hâté — et, dans une certaine mesure bâclé — la rédaction des ces instruments pour éviter les blocages prévisibles qu'auraient entrainés la crise économique menaçante ou son renouveau. Pour s' adapter aux évolutions de la situation économique, la norme juridique doit nécessairement être souple et malléable, l'obligation, conditionnelle et précaire[202], car, ceci a été dit souvent, le droit économique est le droit de l'aléatoire[203] et l'aléa économique, en effet, doit nécessairement être intégré dans la norme à peine d'inapplicabilité. Cela est très apparent,

197. O. Long, *ibid.*, pp. 46-47.

198. G. Scelle, *op. cit.*, n. (45), t. II, 1934, p. 548.

199. Cf. O. Long, *op. cit.*, n. (116), p. 22 ou A. Mahiou, *op. cit.*, n. (78), pp. 12-13.

200. Cf. J. Castaneda, *op. cit.*, n. (177), p. 48.

201. Cf. O. Long, *op. cit.*, n. (116), p. 50.

202. Cf. pour le droit international du développement, Raouf Mahbouli, "Effectivité et sanctions de la norme en droit international du développement" *in* M. Flory et as. éds., *op. cit.*, n. (22), p. 248.

203. Cf. Maurice Hauriou, "Le droit administratif de l'aléatoire", *Méls. Trotabas*, Paris, 1970, pp. 197; P. Weil, *op. cit.* n. (20), p. 17; Maurice Flory, "Inégalité économique et évolution du droit international" *in* S.F.D.I., *op. cit.*, n. (79), p. 39, ou J. Rideau, *op. cit.*, n. (100), p. 275.

par exemple, dans l'article III, section 4, alinéa V des Statuts de la B.I.R.D.:

> "En accordant ou en garantissant un prêt, la Banque examinera avec soin la *probabilité* que l'emprunteur (...) ou le garant, soit en mesure de faire face aux obligations afférentes à ce prêt";

la ceritude absolue est en effet exclue en la matière. De la même manière, la régulation des marchés des produits de base "est tributaire de circonstances externes que les accords ne sauraient maîtriser"[204] et, de ce fait, ces accords "doivent composer avec les effets pertubateurs de la production et de la spéculation"[205].

On s'explique bien, dans ces conditions, la faveur dont jouissent les "principes" par opposition aux règles, plus précises et contraignantes, en droit international de l'économie et du développement: "Rules serve the purpose of stability, principles the cause of change"[206]. Comme l'a exposé clairement l'*Etude d'ensemble* de l'O.I.T. rédigée en 1977 *sur la Convention et la recommandation internationales du travail relative à la politique de l'emploi* "par sa nature même la promotion de l'emploi ne se laisse pas regir par un ensemble de dispositions juridiques précises auxquelles on puisse donner effet en un temps donné. Elle pose des problèmes à la fois économiques et sociaux où se rejoignent de multiples considérations d'intérêt public et dont la solution exige un ensemble de mesures à long terme coordonnées; aussi les instruments devaient-ils tendre surtout à définir les buts et principes généraux d'une politique active de l'emploi et à esquisser les diverses mesures que demande son application graduelle"[207].

A la limite, mais ici encore c'est une question de gradation, on en arrive à renoncer à tout encadrement juridique, tant est fuyante la matière considérée. Ainsi, on a relevé que l'O.A.C.I. a délibéremment décidé de ne pas adopter de réglementation en matière proprement économique du fait "de la souplesse et de la malléabilité du fait économique"[208]. Plus généralement, Wilfred Jenks considérait que "the scale

204. Nicole Lusson-Lerousseau, "Les accords de produits de base, instruments de régulation des marchés", *R.G.D.I.P.* 1981, p. 81.

205. P. - M. Eisemann, *op. cit.*, n. (117), p. 303.

206. F. Roessler, *op. cit.*, n. (139), p. 59.

207. Cité par V.-Y. Ghebali, *op. cit.*, n. (125), p. 255.

208. Maurice Doz, "La contribution de l'O.A.C.I. à l'élaboration du droit international économique" *in* S.F.D.I., *op. cit.*, n. (100), p. 206.

and complexity of economic organization have become too cast and intricate for political control and legal regulation. The law remains inadequate to provide peaceful solutions for the problems of economic growth and change"[209], ce qui constitue tout de même une vue abusivement pessimiste des choses.

18. La mollesse du droit international de l'économie et du développement n'est pas toujours imposée par l'objet de la réglementation et l'on constate que, dans certains domaines, des normes beaucoup plus précises que celles qui sont en vigueur pourraient être adoptées. On peut songer en particulier au droit international de l'investissement et des mouvements de capitaux. La démission du droit s'explique alors non par le caractère particulier de la matière économique mais par la volonté délibérée des auteurs des normes. Cette attitude peut être fondée sur des considérations très diverses. On peut en dégager principalement cinq:

i) En premier lieu, et ceci n'est pas propre au droit international de l'économie et du développement, la fuite devant des formes trop contraignantes peut s'expliquer par des préoccupations de politique intérieure. Une résolution n'a pas à faire l'objet d'un examen interne, par le Parlement par exemple, alors qu'un traité doit subir ce contrôle. Et ceci est fort important car l'exécutif, qui a la charge prioritaire de la politique étrangère se montrera en général plus sensible que le législatif aux exigences de la coopération internationale.

ii) Plus largement, la préférence donnée au droit formellement mou — car le contenu ici n'est pas en cause — a souvent pour origine un souci de rapidité. Le "débit" des sources traditionnelles du droit "est notoirement insuffisant"[210]. La coutume, l'adoption et l'entrée en vigueur d'un traité, sont des processus longs durant lesquels la situation économique risque de se modifier à un point tel que la norme est dépassée par le fait avant même de se cristalliser. Au surplus, le temps des pays sous-développés est rapide, haletant, le développement est une nécessité pressante qui ne s'accommode pas d'une lente maturation. Les instru-

209. C. W. Jenks, *op. cit.*, n. (44), p. 490.

210. Michel Virally, "A propos de la *lex ferenda*" *in Méls. Reuter, op. cit.*, n. (51), p. 521. V. aussi *op. cit.*, n. (22), p. 158 et Jean Salmon, "L'O.N.U. et le développement du droit international" *in* Ch. Chaumont et G. Fischer éds., *op. cit.*, n. (185), p. 227; L. Bouony, *op. cit.* n. (159), p. 151.

ments concertés mais non conventionnels sont une manière de brusquer l'indifférence et l'inertie du droit traditionnel.

iii) Autre considération, purement idéologique quant à elle, l' économie mondiale est dominée par un petit groupe de puissances qui se réclament du capitalisme libéral, ce qui les rend réticentes, par principe, à l'égard de toute tentative visant à enfermer les opérateurs économiques privés dans un carcan juridique trop contraignant. Ainsi, bien que ces pays conviennent de l'utilité d'un encadrement juridique des activités des sociétés transnationales au plan international, ils répugnent à l'idée d'édicter des règles obligatoires. Le recours ou droit mou inséré dans des codes de conduite ou des "principes directeurs" constitue dès lors à leurs yeux un compromis satisfaisant entre leurs convictions contradictoires.

iv) Plus généralement, on constate de la part des Etats, un souci très marqué de se lier le moins possible en matière économique et ceci à quelque groupe qu'ils appartiennent, quel que soit leur niveau de développement ou l'idéologie dont ils se réclament. C'est que, comme nous l'avons vu (n° 5), les problèmes économiques constituent un enjeu fondamental pour les sociétés contemporaines; se lier dans ce domaine c'est croit-on, voir sa liberté d'action limitée à l'excès. L'économique constitue pour la plupart des Etats[211] le noyau le plus dur de la souveraineté.

v) S'ajoute à ceci, bien évidemment la mauvaise intégration de la société internationale dont nous avons déjà parlé et qui est particulièrement manifeste en droit international de l'économie. Ici, l'explication de la mollesse du droit trouve son origine dans le même phénomène que celui qui explique sa "nudité". Du fait de la disproportion entre le nombre et la puissance, les Etats de la périphérie utilisent la force du nombre pour poser ce que l'on pourrait appeler des "jalons normatifs", mais sans pouvoir imposer leur point de vue. Les textes ainsi adoptés manifestent alors le désaccord qui existe entre le petit nombre des puissances nanties et le grand nombre des démunis. Le "droit mou" porte alors l'espoir des damnés de la terre dans une société qu'ils veulent changer en un monde meilleur.

Telle est aussi l'une des fonctions du droit.

211. Ceci doit cependant être nuancé - cf. la construction communautaire.