

LE « BON DROIT » ET L'IVRAIE

— PLAIDOYER POUR L'IVRAIE

(Remarques sur quelques problèmes de méthode
en droit international du développement)

Alain PELLET

« — Si j'ordonnais à un général de voler d'une fleur à l'autre à la façon d'un papillon, ou d'écrire une tragédie, ou de se changer en oiseau de mer, et si le général n'exécutait pas l'ordre reçu, qui, de lui ou de moi, serait dans son tort ?

« — Ce serait vous, dit fermement le petit prince.

« — Exact, il faut exiger de chacun ce que chacun peut donner, reprit le roi. »

(Antoine de Saint-Exupéry, *Le petit prince*).

1. — En dépit de l'importance prise dans la vie internationale par les relations entre le centre et la périphérie et des controverses que suscite la question de l'encadrement juridique de ces relations, le dédicataire de ces lignes, s'il a utilisé, parfois, l'expression « droit international du développement » (1), n'a pas consacré à celui-ci d'études spécifiques.

Surprenante de la part d'un auteur particulièrement attentif à l'observation des réalités internationales, cette carence apparente n'est ni fortuite ni inexplicable.

(1) V. notamment Charles Chaumont, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1970/I, n° 129, p. 393.

Evitant de confiner les rapports Nord-Sud dans un « ghetto » juridique (2), le professeur Chaumont en fait au contraire l'un des éléments centraux, voire le point focal de son analyse du droit international : c'est tout le droit classique qu'il convient de reconstruire pour lui substituer un droit nouveau, « contemporain » ; et, dans cette reconstruction, les antinomies entre un nord nanti et soucieux de perpétuer et de renforcer sa domination et un sud avide de libération, jouent un rôle sinon exclusif, du moins prépondérant (3).

Cette approche globale conjure les risques d'éclatement du droit des gens entre un droit « noble », légitimé par son ancienneté et dont « un long passé faisait oublier qu'(il) devait (son développement) non à la sagesse des nations, mais à l'action des plus puissantes d'entre elles » (4), et un appendice charitable, constitué du droit international du développement, dans lequel un paternalisme rassurant et conservateur préfère voir le reflet de la prise de conscience par les plus riches de la nécessité morale d'une solidarité accrue que le résultat de la lutte menée par les « damnés de la terre » pour un ordre à leurs yeux plus juste et plus équitable.

Cette analyse, seule compatible avec l'unité du système mondial (5), est en outre confortée par la désaffection dont le droit international du développement au sens étroit, semble être l'objet de la part des pays du Tiers monde eux-mêmes (6) : l'adoption, en 1974, de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats

(2) Mohammed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, U.N.E.S.C.O., 1979, p. 261.

(3) Les trois « grandes contradictions » énumérées par Charles Chaumont dans le chapitre II de son « Cours général » préc. sont : « celle de la coopération et des indépendances nationales, celle de l'ordre juridique international et de la révolution, celle du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et des zones d'influences » (pp. 348 s.).

(4) Cf. l'analyse de René-Jean Dupuy à propos de la coutume in « Droit déclaratoire et droit programmatoire », S.F.D.I., colloque de Toulouse, *L'élaboration du droit international*, Pedone, 1975, p. 135.

(5) Unité économique comme le montrent les analyses, globalement convaincantes, des auteurs néo-marxistes, tel Samir Amin, mais aussi unité idéologique, d'abord du fait de la généralisation de la forme étatique comme système de base d'organisation des sociétés humaines. Cf. Jean-Pierre Colin, « Le rôle des Etats nouveaux dans l'évolution du droit international », *Ann. T.M.*, 1975, p. 376. Au demeurant, l'unité du système mondial ne signifie ni harmonie, ni identité entre ses composantes.

(6) Cf. Michel Virally, « Où en est le droit international du développement ? », *R.J.P.I.C.*, 1975, pp. 279-290 ou Jean-Robert Henry, *Mutations du droit international du développement — La France et l'Afrique*, thèse, Nice, 1977, p. 94.

aux lieu et place de la « Charte du développement », dont l'idée avait été lancée à la fin des années 1960 (cf. la résolution 2218 A (XXI)), témoigne de ce réajustement idéologique, et il est tout à fait remarquable à cet égard que l'Assemblée générale, dont les nombreuses résolutions consacrées au développement de la périphérie s'abstiennent d'utiliser l'expression « droit international du développement », ait entrepris, non la codification de celui-ci, mais le « développement progressif des principes et normes relatifs au nouvel ordre économique international » (7).

2. — Pour impressionnantes qu'elles apparaissent, ces observations, si elles appellent à la vigilance, ne sont, cependant, pas suffisamment déterminantes pour bannir le « droit international du développement » du vocabulaire juridique. Dès lors que l'on prend soin de préciser la signification et les limites de la notion, celle-ci demeure utile au point de vue méthodologique.

Défini comme « une des approches du droit international, une manière de l'interpeller, de le questionner, sur l'une des réalités fondamentales des relations internationales contemporaines » (8) — les oppositions Nord-Sud —, le droit international du développement apparaît aujourd'hui comme le champ d'observation privilégié des « contradictions » sur lesquelles M. Chaumont a fondé la méthode dialectique d'analyse du droit international : alors qu'en règle générale les contradictions sont sous-jacentes à la règle, occultées par un vernis juridique qui les dissimule au juriste, elles affleurent ici ouvertement, à la fois exacerbées et plus apparentes qu'ailleurs ; et cet affleurement facilite la nécessaire « relecture tonique du droit international » (9).

La doctrine ne s'y est pas trompée, dont les passes d'armes les plus âpres concernent précisément, sinon le droit international du développement lui-même, du moins les problèmes qu'il suscite. A

(7) Cf. les résolutions 36/107 et 37/103 ; les résolutions 34/150 et 35/166 étaient intitulées « Systématisation et développement progressif des principes et normes du droit économique international eu égard en particulier aux aspects juridiques du nouvel ordre économique international ». V. Michel Virally, « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats — Notes de lecture », *A.F.D.I.*, 1974, p. 65.

(8) Mohamed Bennouna, *Droit international du développement — Tiers monde et interpellation du droit international*, Berger-Levrault, 1983, p. 17. V. aussi René-Jean Dupuy, « Communauté internationale et disparités de développement », *R.C.A.D.I.*, 1981/I, n° 165, p. 43.

(9) Maurice Flory, *Droit international du développement*, P.U.F., Thémis, 1977, p. 31.

ceux qui, *laudatores temporis acti*, nient toute évolution au nom de la théorie pure d'un droit qu'ils voudraient immuable, s'opposent les partisans de la critique radicale qui, oublieux aussi de la nature du droit, ancré dans les réalités économiques, sociales et politiques, entretiennent la dangereuse illusion de l'avènement acquis d'un droit nouveau, répondant à leurs souhaits et aux besoins des Etats de la périphérie, mais qui, pour l'heure, n'existe guère que dans leur imagination. Pour les uns comme pour les autres, le droit est « bon » dès lors qu'il est conforme à leurs aspirations. Le *wishful thinking* tient lieu d'analyse.

Tous, à vrai dire, trouvent dans le droit positif, tel qu'il est en vigueur, des aliments pour leurs rêves : c'est que le droit international contemporain n'est pas univoque ; réalisant un équilibre précaire entre des intérêts contradictoires, il est fait de beaucoup de règles « classiques », posées « par et pour un petit cercle d'Etats européens anciens » dont le droit international « devait naturellement servir les intérêts et les aspirations » (10), mais aussi de normes « nouvelles » consacrant le poids — encore faible — acquis par les Etats contestataires. « Relatif dans la simultanéité (le droit) l'est aussi dans la durée » ; méconnaissant l'exigence fondamentale du « relativisme juridique » (11), les uns, au nom de leurs convictions progressistes, rejettent les règles traditionnelles dans le non-droit (12), tandis que les autres, attachés à la conservation de ce qui était, jettent l'anathème sur les règles nouvelles qui leur déplaisent. L'ivraie des uns est le bon droit des autres, et réciproquement (13).

Dans une perspective réaliste, prenant en compte toutes les facettes de la vie internationale, il paraît tout aussi utopique d'affirmer l'existence d'un nouvel ordre juridique international en rupture radicale avec l'ancien, qu'il est déraisonnable de frapper d'excommunication juridique les normes nouvelles que, par un

(10) Charles Rousseau, *Droit international public*, t. I, Sirey, 1970, p. 34.

(11) Charles Chaumont, « Cours général », préc., p. 364.

(12) Pour Jean Salmon, le non-droit est « le droit dont certains ne veulent pas » (4^e Rencontre de Reims, *Réalités du droit international contemporain*, 2. *La relation du droit international avec la structure économique et sociale*, C.E.R.I., 1978, p. 62).

(13) Le phénomène n'est pas nouveau. Déjà, en 1955, Quincy Wright écrivait : « The discipline of international law is in a state of crisis. As understood by traditionalists, it appears to be obsolete, and as understood by modernists it appears to be premature » (*The Study of International Relations*, Appleton, New York, p. 233).

combat toujours recommencé, les Etats en développement ont réussi à forger, fût-ce au prix d'un certain affadissement de la normativité (14).

I

CONTRE LE « NOUVEL ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL »

SCIENCE DU DROIT ET ÉCOLE DE L'IMAGINATION

3. Consacrée, en matière économique, par la sixième session extraordinaire de l'Assemblée générale, la notion de nouvel ordre international a connu, en peu d'années, sur le papier au moins, une fortune extraordinaire et s'est étendue à de nombreux autres domaines : « nouvel ordre humain international », « nouvel ordre humanitaire international », « nouvel ordre mondial de l'information et de la communication », par exemples et pour s'en tenir à des expressions glanées parmi les résolutions adoptées par l'Assemblée générale à sa trente-septième session (15). Toutes ces formules désignent non un aujourd'hui tangible mais des lendemains souhaités ; les textes pertinents ne laissent aucun doute à cet égard : du reste la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international (résolution 3201-S-VI), qui est à l'origine du concept, est rédigée au futur ou au conditionnel.

La tentation est évidemment forte pour le juriste de « suivre le mouvement » et de forger l'expression « nouvel ordre juridique international » (16). S'il s'agit d'une simple image servant à dési-

(14) L'éclatement et l'affadissement de la normativité ont leur pendant en ce qui concerne la personnalité juridique internationale (multiplication et diversification des sujets de droit) et l'application du droit (souplesse des procédures de règlement et dilution de la sanction).

(15) Il s'agit respectivement des résolutions 37/225, 37/201 et 37/94. Daniel Colard évoque en outre le nouvel ordre international monétaire, nucléaire, alimentaire, maritime... (« Vers l'établissement d'un nouvel ordre économique international », *N.E.D.*, 23 sept. 1977, n° 4412 à 4414, 84 p.). Sur la distinction entre ordre international et ordre mondial, v. *infra*, note (22).

(16) Cf. les Chroniques rédigées sous la direction de Jean-Pierre Colin dans l'*Ann. T.M.* depuis 1976. Sous la rubrique « Nouvel ordre juridique international », les auteurs évoquent les évolutions relatives à la clause de la nation la plus favorisée, au droit de la mer, à la responsabilité internationale, aux firmes multinationales, au droit commercial et maritime international, aux corps célestes et aux

gner le droit souhaitable dans l'avenir, le procédé ne présente guère d'inconvénient et l'on peut même admettre qu'il s'agit d'une « façon de parler » pour désigner le droit futur en gestation.

Mais de commodité de langage, l'expression « nouvel ordre juridique international » devient fanfaronnade juridique si, dans l'esprit de ceux qui l'emploient, elle a une connotation plus précise et plus actuelle ; l'ambiguïté de la notion est alors utilisée à des fins extra-juridiques, pour faire naître l'idée qu'existe, d'ores et déjà, un droit nouveau, débarrassé des scories de l'ordre ancien. Alors, le droit, coupé du réel, plane au ciel des idées et le « nouvel ordre juridique international » entretient la dangereuse illusion du « développement par le droit ». C'est oublier que celui-ci n'est pas un jeu abstrait de l'esprit mais une superstructure ; il peut et doit accompagner les évolutions de la société, qu'il régit en même temps qu'elle le forge, mais il ne saurait avoir la vanité de faire abstraction des structures économiques et sociales de celle-ci.

Dans le domaine du développement, les Etats du Tiers monde, sans modifier — ni d'ailleurs récuser — radicalement l'ordre juridique existant, ont pu utiliser et la force du nombre et certaines « armes économiques » pour obtenir la prise en compte, au moins partielle, de leurs besoins et de leurs intérêts concrets. Rien de plus — ce qui interdit de parler d'un « nouvel ordre juridique international » pour décrire le droit existant ; mais rien de moins — ce qui établit l'existence du droit international du développement. Car si le « nouvel ordre » est révolutionnaire, le droit international du développement ne l'est pas (17).

L'ILLUSION DU « DÉVELOPPEMENT PAR LE DROIT »

4. — Au plan politique, il est de bonne guerre pour les pays en développement de « déguiser » en règles de droit universelles des normes qu'ils jugent souhaitables, de présenter le droit désiré comme du droit « tout court », universellement obligatoire. Indé-

espaces extra-atmosphériques, et aux voies d'eau internationales. Sur le concept, v. aussi U.N.E.S.C.O., *Le monde en devenir. Réflexions sur le nouvel ordre économique international*, 1976, p. 25.

(17) « La révolution, à strictement parler, n'apparaît qu'à partir du moment où il y a rupture — accompagnée ou non de violence — dans le fonctionnement du droit, dans le jeu normal des institutions qu'il ordonne » (Michel Virally, *La pensée juridique*, L.G.D.J., 1960, p. 191).

pendamment du problème de la valeur juridique réelle de ces instruments (v. *infra*, n° 14 s.), les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies fournissent de nombreux exemples de ces procédés, qui relèvent à la fois de la méthode Coué et de l'incantation créatrice. Il suffit, à cet égard, de rappeler que la Charte des droits et devoirs économiques des Etats se termine, tout comme un traité, par un chapitre IV intitulé « *Dispositions finales* », celles-ci allant jusqu'à prendre la « précaution » de préciser que

« Rien dans la présente Charte ne sera interprété comme portant atteinte ou dérogeant aux dispositions de la Charte des Nations Unies... » (art. 33),

ou que, par la résolution 35/56, relative à la seconde stratégie internationale du développement, les gouvernements des Etats membres

« *souscrivent* aux buts et objectifs de la Stratégie et *s'engagent* fermement à les concrétiser... » (§ 16).

Assurément, par leurs comportements, les Etats excitent ainsi l'imagination — le droit n'est-il pas la meilleure école, selon le mot de Giraudoux ? —, mais, en entrant sans précautions dans ce jeu, l'analyste juridique, qui, contrairement au jurisconsulte, n'a pas pour fonction de « légitimer le droit » ou de le « justifier » (18), mais de le décrire et de le comprendre, sort de son rôle sans profit pour personne. Comme l'écrit un praticien éminent, « la préoccupation de ce qui devrait être risque d'introduire une distorsion dans l'évaluation de ce qui est » (19).

Si le droit est un reflet, il n'est pas un trompe-l'œil. En postulant l'existence d'un « nouvel ordre juridique international », en rupture avec l'ordre ancien, les auteurs décrivent sans doute leurs

(18) Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 94. Rejoindre Kelsen sur ce point précis n'implique aucunement que l'on adhère à l'idée que l'analyste peut et doit faire abstraction de l'environnement social de la règle de droit. Seule la recherche du fondement sociologique et des fonctions des normes juridiques permet de ne pas tomber dans les travers du positivisme qui, bien souvent, « se réduit en fait à une défense inavouée du système sociopolitique dominant » (Mohamed Bennouna, *Droit international du développement*, préc., p. 25). *Décrire* n'interdit pas de chercher à *comprendre* (v. Charles Chaumont, « Rapport sur l'institution fondamentale de l'accord des volontés étatiques », 1^{er} Rencontre de Reims, *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Reims*, 1974, p. 245).

(19) Guy de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Economica, 1983, p. 126. V. aussi Emile Giraud, « Le droit positif — Ses rapports avec la philosophie et la politique », *Mél. Basdevant*, pp. 210-236, *passim* et, notamment, pp. 211 et 222.

aspirations ; ils ne font pas leur métier. Plus même : en prétendant le faire, ils portent un mauvais coup à la cause qu'ils croient servir et prêtent la main à une double mystification.

5. — En premier lieu, en effet, la notion même d'« ordre juridique international » n'est qu'« une manière descriptive de parler, en ce sens qu'il est constitué par un ensemble de normes et de situations juridiques de coopération des Etats, sans correspondre à une structure économique et sociale originale et distincte par rapport à ces Etats eux-mêmes » (20). En mettant un accent exclusif ou, au moins, excessif, sur le caractère « international » de l'ordre à construire, on risque d'oublier l'interdépendance inéluctable entre les structures nationales et internationales.

Même si les résolutions des Nations Unies rappellent à l'envisage

« la responsabilité principale d'assurer leur propre développement incombe aux pays en voie de développement eux-mêmes » (21),

cette vérité profonde est largement méconnue par le discours aujourd'hui dominant dans les forums internationaux et les Etats semblent se garder d'en tirer quelque conséquence que ce soit : les pays développés se refusent à opérer dans leurs propres économies, et d'abord dans leurs appareils industriels, la restructuration seule susceptible de promouvoir la nouvelle division internationale du travail que tous disent souhaiter ; ceux du Tiers monde se soucient peu des réformes internes, sociales d'abord, sans lesquelles l'impact d'un « nouvel ordre », exclusivement international, risque d'être très limité (22).

6. — Au plan théorique au moins, la seconde mystification est plus grave encore. Affirmer l'avènement d'un « nouvel ordre juridique international », c'est admettre que le juriste peut se contenter

(20) Charles Chaumont, « Le droit des peuples à témoigner d'eux-mêmes », *Ann. T.M.*, 1976, p. 26.

(21) Rés. 2626 (XXV), § 11 ; presque dans les mêmes termes, v. rés. 35/56, § 9.

(22) L'expression « nouvel ordre international » est, par elle-même révélatrice : celle de « nouvel ordre mondial », beaucoup moins courante, serait assurément plus appropriée dans la mesure où elle a une connotation plus globale, moins strictement interétatique, et implique des restructurations à la fois internes et internationales, ainsi que des droits et des obligations pour des entités non-étatiques : peuples, sociétés transnationales, individus, etc. En ce sens, Richard A. Falk, *The Status of Law in International Society*, Princeton University Press, 1970, p. 36, ou Pierre-Michel Eisemann, « Le nouvel ordre économique international en tant que concept politico-juridique », *Ann. T.M.*, 1976, p. 107.

de « changements sur le papier » ; c'est « faire l'impasse » sur le réel ; c'est surtout inverser l'ordre logique des facteurs : le droit est issu des réalités sociales et non l'inverse et il y a une dangereuse illusion à croire que des changements profonds peuvent être engendrés par la seule modification des règles de droit.

La démonstration n'est plus à faire (23) : le droit ne nie pas les contradictions, il cherche à les résoudre, représentation de ce qui est, il suit — avec d'ailleurs, en général, un temps de retard — les évolutions économiques et sociales. Non seulement il ne peut que traduire l'état structurel des rapports de force existants, mais la conjoncture elle-même a sur lui des effets très évidents ainsi qu'en témoignent les piétinements du droit international du développement accompagnant la crise actuelle, piétinements qui contrastent avec les avancées très nettes des années de prospérité occidentale, en particulier entre 1964 et 1974 (24).

« Le droit peut être un "instrument" de progrès et de changement » dit-on parfois. Ce n'est exact que si l'on ne lui demande pas davantage que ce que, par sa nature même, il est capable de donner. « Ce n'est pas la libération qui surgit du droit, mais

(23) Les normes juridiques ne sont pas « des lois de la nature ; (elles...) sont la conséquence d'une contradiction (« primitive ») qui a été surmontée » (Charles Chaumont, « A la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international », in 2^e Rencontre de Reims, *Réalités du droit international contemporain*, C.E.R.I., 1978, p. 4), étant cependant précisé que la coopération organisée ou traduite par la règle « n'est pas le symptôme d'une unité ou d'une harmonie, mais signifie que les contradictions qui forment la trame des rapports humains sont surmontées, ou mises entre parenthèses, ou camouflées » (Charles Chaumont, « Le droit des peuples à témoigner d'eux-mêmes », préc., pp. 26-27). A son tour, la nouvelle norme engendrera une nouvelle contradiction, (« consécutive »), qui pourra, elle aussi, aboutir à une nouvelle règle juridique, et ainsi de suite. V. aussi Mohamed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, préc., pp. 114 s. et René-Jean Dupuy, « Communauté internationale et disparités de développement », préc., *passim* et, notamment, p. 199.

(24) Il est très remarquable, à cet égard, que les participants aux deux plus récentes grandes conférences internationales consacrées au commerce, la Session ministérielle du G.A.T.T. en novembre 1982 et la Conférence de Belgrade de la C.N.U.C.E.D. en juin 1983, aient considéré comme un succès l'absence de remise en cause ouverte des principes acquis auparavant. Dans le même sens, v. Michel Virally, « Où en est le droit international du développement ? », préc., p. 288 ou Jean-Pierre Colin et autres, « Les Etats nouveaux et l'évolution du droit international », *Ann. T.M.*, 1978, pp. 397 et 402. Georges Scelle avait déjà constaté la « régression » juridique entraînée par la crise de 1929 (*Précis de droit des gens*, préc., t. II, 1934, p. 548).

c'est le droit qui surgit de la libération » (25). Composé de règles « idéales », issues non des besoins et des contradictions d'une société donnée, telle qu'elle est, mais de l'imagination des hommes, le droit — mais mériterait-il encore ce nom ? — serait sans prise aucune sur le réel. Dans ce cas, le « droit international du nouvel ordre » serait peut-être une « arme » aux mains des pays en développement, mais ce ne serait qu'un fusil sans munition.

A l'inverse, canon rouillé, un droit figé, ancré dans le passé, correspondrait sans doute aux aspirations des gouvernements et des juristes acharnés à maintenir un ordre dépassé, mais il serait, lui aussi, une coquille vide. « Le juriste a peut-être mieux à faire qu'à livrer un combat d'arrière-garde (même s') il ne peut — le droit étant par essence conservateur — mener seul aussi le combat d'avant-garde. Il doit avoir une science très sûre de l'interprétation des tendances d'une société pour l'aider — c'est là son rôle — à accoucher de nouvelles formes porteuses de progrès » (26).

Sans doute convient-il de se garder d'un économisme sommaire et il est clair que la question « La Jamaïque, combien de barils ? » relève d'une vue aussi courte que celle de Staline sur les divisions du Vatican. Sans doute doit-on reconnaître que, comme toute superstructure, le droit, en même temps qu'il est issu des réalités sociales, rétroagit à son tour sur celles-ci. Et sans doute aussi ne peut-on « réduire le droit à l'expression sans épaisseur des rapports réels » (27).

Il reste que le droit ne crée pas plus les rapports de domination qu'il n'est, par lui-même, un instrument de libération, et l'on ne saurait voir dans le droit international du développement autre chose que ce qu'il est : le témoignage de la « percée », à la fois réelle et encore modeste, des pays en développement dans la vie internationale.

(25) Charles Chaumont, « Le droit des peuples à témoigner d'eux-mêmes », préc., p. 27. V. aussi François Rigaux, « Pour un autre ordre international », in I.H.E.I., *Droit économique* 2, Pedone, 1979, pp. 417-418.

(26) Mohammed Bedjaoui, « Problèmes récents de succession d'Etats dans les Etats nouveaux », *R.C.A.D.I.*, 1970/II, n° 130, p. 532 ; v. aussi Michel Virally, in Charles Chaumont et Georges Fischer, éds, *25 ans de Nations Unies — Un bilan positif*, L.G.D.J., 1970, pp. 250-251.

(27) Jean-Robert Henry, *Mutations du droit international du développement*, préc., p. 10.

LE DROIT DE L'« ETAT SITUÉ »

7. — Représentation du réel, le droit, en apparence, baillonne Antigone (28). Mais ce n'est qu'une vue partielle des choses : le juriste doit s'efforcer d'appréhender toute la réalité et celle-ci n'est pas entièrement investie, par les seuls Etats dominants. « Le réalisme ne consiste pas simplement à dire : la loi américaine, c'est la loi du monde (...). Il y a une autre forme de réalisme qui consiste à constater la volonté d'émancipation et de libération des peuples » (29).

Cette volonté est, jusqu'à présent, demeurée impuissante à fonder un nouvel ordre juridique international qui reste une utopie, féconde, mais lointaine. Les Etats de la périphérie ont, en revanche, réussi à imposer certaines inflexions au droit classique. Ce sont ces pointillés du nouvel ordre qui constituent ce que l'on peut appeler le droit international du développement.

Loin de « jeter le bébé avec l'eau du bain », les pays contestataires « se sont intégrés dans l'ordre juridique international, ont été admis à l'Organisation des Nations Unies et par là-même ont accepté les principes contenus dans l'article 2 de la Charte » (30) auxquels ils ont manifesté constamment leur attachement.

Il n'est pas sans intérêt que la Déclaration finale de Bandoung, cet acte de naissance du Tiers monde, mêle en un principe unique, le dixième, le « respect de la justice » et « celui des obligations internationales », qui, en effet, sont considérés comme indissociables par les pays en développement. Délaissant la « table rase », sans doute d'ailleurs hors de leur portée, ces pays ont accepté l'héritage mais sous bénéfice d'un inventaire dressé en fonction de l'équité, telle qu'ils la conçoivent. (C'est du reste autour de cette idée générale qu'est articulée la Convention de Vienne, du 22 août 1978, sur la succession d'Etats en matière de traités).

(28) Cf. René-Jean Dupuy, « Communauté internationale et disparités de développement », préc., p. 116.

(29) Charles Chaumont, « A la recherche du fondement obligatoire du droit international », préc., p. 23.

(30) Charles Chaumont, « Cours général », préc., p. 442. En ce sens, Jorge Castañeda, « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats du point de vue du droit international », in *La justice économique internationale — Contributions à l'étude de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats*, Gallimard, 1976, ou Patricia Buirette-Maurau, *La participation du Tiers monde à l'élaboration du droit international*, L.G.D.J., 1983, notamment p. 35.

Dès lors, en schématisant grossièrement, il apparaît que les Etats de la périphérie ont eu alternativement, vis-à-vis des règles anciennes, trois catégories d'attitudes :

— ils les ont, parfois, rejetées sans appel (droit de la colonisation) ;

— ou acceptées sans réserve (droit des relations diplomatiques — l'Iran, dans l'affaire des otages américains a semblé renoncer à se situer sur le terrain juridique — (31) ;

— ils les ont aussi « relues » à la lumière de leurs propres préoccupations.

En outre, ils se sont efforcés d'obtenir l'adoption de nouvelles normes modifiant ou complétant le droit d'origine européenne ; la « réécriture » du droit international va ainsi de pair avec sa « relecture », l'une et l'autre étant faites dans le double souci de démocratiser le droit international — en permettant la participation de tous à son élaboration (v. *infra*, II) — et de le concrétiser — en assurant l'adéquation de ses règles aux besoins de chacun.

8. — Le recentrage du droit international autour de la notion de souveraineté illustre de manière frappante cette opération de « relecture » du droit international.

Non seulement les pays en développement n'ont pas récusé le concept, mais ils l'ont rétabli en tant que pivot central du droit des gens et en ont tiré des conséquences que le droit classique n'ignorait pas toujours mais qu'il négligeait largement. « Ainsi, aujourd'hui, sont très souvent retournés contre les pays développés capitalistes, des principes dont ils ont eux-mêmes forgés l'universalité, mais dont la dénomination se prête à des représentations différentes (...). C'est la permanence du vocable de souveraineté qui amène les pays développés à admettre un changement d'idéologie juridique souvent contraire à leurs intérêts, puisque ce chan-

(31) Cependant, il est intéressant de noter que la doctrine du Tiers monde n'a pas donné aux décisions de la C.I.J. dans cette affaire (ordonnance du 15 décembre 1979 et arrêt du 24 mars 1980) la même approbation totale que les auteurs occidentaux. Ainsi, Aziz Hasbi reproche à la Cour d'avoir fait prévaloir « le respect sacro-saint des normes fondant la protection des personnels diplomatique et consulaire » sur « la volonté de l'Etat de recouvrer sa souveraineté en application du principe de l'autodétermination » (« L'affaire des otages américains en Iran devant la C.I.J. ; lecture critique de quelques études spécialisées », *Rev. jur., pol. et éco. du Maroc*, 1982, p. 390).

gement fonde entre autres le droit de nationaliser les investissements étrangers, ou celui de récupérer les richesses naturelles » (32).

D'une certaine manière, pour les vieux Etats européens, oubliés des combats menés jadis pour l'affirmer contre le double pouvoir du Pape et de l'Empereur, la souveraineté « va de soi ». Au xx^e siècle, elle n'apparaît plus comme une conquête, mais comme une donnée de fait — tellement évidente qu'une partie de la doctrine occidentale en est venue à oublier qu'elle est aussi nécessaire à l'Etat, au sens moderne du mot, que le sang l'est à l'homme.

Loin d'être la « négation du droit » (33), la souveraineté est au cœur du droit international et celui-ci ne fonde pas plus la souveraineté qu'il ne la limite — alors même qu'il réglemente l'exercice des compétences que l'Etat tient de sa souveraineté. Cette question a été au centre des controverses qu'a suscitées la rédaction de l'article 2 de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Comme l'expose l'ambassadeur Castañeda, en s'opposant « à ce que l'on invoque le droit international pour énoncer le principe de la souveraineté permanente sur les ressources », les 77 voulaient éviter de donner l'impression que « l'exercice de cette souveraineté et ses manifestations principales (...) reposent sur le droit international », tout en admettant par ailleurs que celui-ci peut parfaitement « limiter l'action de l'Etat lorsque celui-ci affecte des intérêts étrangers ou (...) constituer la base, dans certaines conditions d'une responsabilité internationale » (34).

Cette relecture d'un concept à la fois traditionnel et central conduit à des conséquences très concrètes. Désignant « l'aptitude de l'Etat à participer au maximum à la vie internationale dans la situation où la géographie et l'histoire l'ont placé » (35), la sou-

(32) Jean-Robert Henry, *Mutations du droit international du développement*, préc., p. 21.

(33) V. Georges Scelle, *Précis de droit des gens*, préc., t. I, 1932, p. 82 ou Dominique Carreau, Patrick Juillard et Thiébaud Flory, *Droit international économique*, L.G.D.J., 1980, p. 90. Charles Chaumont se refuse à voir dans la souveraineté « le critère juridique de l'Etat » (« Recherche du contenu inductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », *Mémoires Basdevant*, p. 119). Il nous paraît que s'il est exact que la souveraineté n'est pas un concept dérivé du droit international, elle est bien le seul critère de l'Etat, même s'il faut chercher celui-ci hors du droit.

(34) Jorge Castañeda, « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats », préc., p. 87.

(35) Charles Chaumont, « Cours général », préc., p. 386. (V. aussi « Recherche du contenu inductible du concept de souveraineté... », préc., p. 131).

veraineté, fait acquis pour les Etats du centre, assurés de leur existence et de leur puissance, apparaît à ceux de la périphérie comme « une création continue et une vigilance de tous les instants » (36).

Retournant donc le concept contre ceux-là mêmes qui l'avaient établi, les Etats en développement vont se servir de la souveraineté comme d'un instrument pour leur développement. Essentiellement de deux manières.

D'une part, le « retour aux sources » décrit plus haut leur permet de faire de la souveraineté un concept défensif et de mettre l'accent sur « l'inadmissibilité de l'intervention et de l'ingérence dans les affaires intérieures des Etats » (37).

D'autre part, dans une perspective « offensive », les pays de la périphérie prennent appui sur la notion de souveraineté pour revendiquer le « droit souverain et inaliénable d'un Etat de déterminer librement son propre système politique, économique, culturel et social » (38) et une « souveraineté permanente sur leurs richesses, ressources naturelles et activités économiques », sur l'analyse de laquelle il est impossible de revenir dans le cadre de cette étude, sauf à noter que l'expression est contestable : cette « souveraineté économique » est, à vrai dire, une *conséquence* de la souveraineté et l'expression désigne en fait l'ensemble des compétences que les Etats tiennent de leur souveraineté en matière économique et qui bénéficient dans le cadre du droit international contemporain d'une protection particulièrement étendue.

9. — En outre, la souveraineté conduit à l'égalité, comme l'égalité conduit à la souveraineté. C'est parce qu'ils sont supposés égaux que les Etats sont souverains et, à l'inverse, la souveraineté ne se conçoit pas sans égalité. Mais cette égalité, postulée par le droit, est battue en brèche par l'inégalité réelle, économique surtout, entre les Etats (39). Indifférente à celle-ci, le droit classique,

(36) *Ibid.*, p. 391.

(37) Cf. la résolution 36/103 de l'Assemblée générale, « Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention et de l'ingérence dans les affaires intérieures des Etats » ; v. aussi la résolution 2131 (XX).

(38) Déclaration 36/103, préc., section I.b ; v. la Charte des droits et devoirs des Etats, art. 1^{er}.

(39) V. notamment 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 considérant l'Etat comme une entité abstraite, en imposant la réciprocité des avantages et la libéralisation des échanges sur une base non-discriminatoire, renforçait en fait la prédominance des plus forts : entre le fort et le faible, la liberté opprime...

Le long combat des pays en développement contre ces règles traditionnelles a consisté à tenter de faire prendre en compte par le droit cette inégalité réelle pour parvenir à une égalité juridique moins abstraite. Le résultat de cette action est une question de fond, plus que de méthode ; il suffit d'en rappeler les principaux acquis :

— prise en considération des niveaux de développement par la « juridicisation » de catégories d'Etats — développés/en développement et, parmi ceux-ci, P.M.A., pays insulaires ou sans littoral, pays les plus gravement touchés, Etats exportateurs de pétrole, etc. ;

— « publicisation » de certains domaines des relations économiques internationales régis auparavant par des règles principalement transnationales (40) ;

— substitution, dans les relations Nord-Sud, du standard de non-réciprocité à celui du traitement réciproque ;

— « révolution préférentielle » ; etc.

Ainsi l'« Etat situé » se superpose petit à petit (sans s'y substituer) au vieil Etat abstrait de l'âge classique, comme l'« homme situé » est progressivement pris en compte au plan interne par les lois sociales du *Welfare State*.

Chaque fois, selon une séquence devenue habituelle (41), les 77 concentrent d'abord leurs efforts sur la proclamation d'un principe extrêmement général dont ils tentent ensuite d'obtenir la consécration ponctuelle, la généralisation de celle-ci pouvant mener à la constitution d'une coutume :

(40) Cf., par exemples, le Code de conduite des conférences maritimes de 1974 ou la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer de 1978. Sur ce point, v. Paul Berthoud, « Les aspects commerciaux du nouvel ordre économique international », in René-Jean Dupuy, éd., *Le nouvel ordre économique international — Aspects commerciaux, technologiques et culturels*, Nijhoff, La Haye, 1981, p. 34.

(41) V. Georges Abi-Saab et Michel Virally, in I.U.H.E.I., *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Droz, Genève, 1971, notamment pp. 10 et 60-61, et François Luchaire, *Droit international du développement*, Les cours de droit, 1970-1971, p. 195.

— non-réciprocité exigée par la Première C.N.U.C.E.D. ; proclamée comme souhaitable par la Partie IV de l'Accord général ; consacrée par les négociations tarifaires menées au sein du G.A.T.T. ; reconnue comme une « tendance » par la C.D.I. (v. *infra*, note (50) et n° 16) ;

— reconnaissance de la nécessité de préférences généralisées sans réciprocité ni discrimination dans les relations entre pays industrialisés et Etats en développement par la Deuxième C.N.U.C.E.D. ; « organisation » d'un système généralisé de préférences par les conclusions concertées du Comité spécial des préférences ; concrétisation par les schémas préférentiels nationaux ou communautaires et les Conventions de Lomé ; consécration par les accords du Tokyo Round d'avril et novembre 1979 dont la « clause d'habilitation » fait du traitement préférentiel « un élément permanent du système commercial mondial » ; etc.

Ainsi, progressivement, les principes voulus par les pays de la périphérie s'infiltrèrent dans les interstices du droit classique sur lequel, bien souvent, ils prennent appui. Le « nouvel ordre juridique international » — qui serait rupture — est la source d'inspiration d'une réforme progressive dont les éléments forment le droit international du développement.

II

POUR UNE « NORMATIVITÉ RELATIVE » EN DROIT INTERNATIONAL DU DÉVELOPPEMENT

L'IRRÉDUCTIBLE FORMALISME JURIDIQUE

10. — Il ne suffit pas que de nouvelles orientations soient voulues par le Tiers monde. Celles-ci ne présentent pour lui d'intérêt concret que si elles s'imposent aux pays industrialisés ou, du moins, si elles contribuent à exercer une pression sur ceux-ci dans le sens souhaité par les Etats de la périphérie. Elles doivent pour cela revêtir certaines formes.

Il y a, en apparence, quelque paradoxe à proclamer en même temps la nécessité d'une vision réaliste, et même objectiviste, du

droit international et le caractère irréductible du formalisme juridique. Les deux propositions ne sont incompatibles que si le droit est défini non comme le résultat momentané d'une lutte, mais comme la lutte elle-même, ce qui, en dernière analyse, revient à nier son existence même, pas que franchit une partie de la doctrine « réaliste » américaine.

Même s'« il n'est pas toujours facile de distinguer les contradictions et la solution des contradictions » (42), le droit relève de celle-ci, non de celles-là. Il n'est pas fait des rapports de force, il en est l'expression. En d'autres termes, il est une superstructure et *comme tel* une forme (43). C'est dans le passage de l'être au devoir-être — ou, si l'on préfère, du non-droit (ou encore du fait) au droit — que réside la spécificité du phénomène juridique et ce passage, cette « digestion » de la réalité, se traduit par une forme qui atteste que la contradiction sous-jacente a abouti, momentanément, à une solution juridique et qui témoigne de la conscience qu'ont les sujets de droit d'être liés (44). Ce sentiment apparaît alors comme le test du réel, le trait d'union entre la structure sociale et le droit.

Depuis longtemps, les Etats ont forgé des normes qui réglementent la forme même que doivent revêtir les règles pour être considérées comme juridiques : le droit des sources formelles du droit international. A l'intérieur du corps social relativement homogène qu'était la société interétatique européenne, ce droit, pour précis et technique qu'il fût, se réduisait en fait à un certain nombre de principes généraux simples. Mais les mêmes causes qui expliquent les transformations des normes de fond du droit international contemporain, sont également à l'origine des évolutions profondes des règles applicables à l'élaboration même du droit. Dès lors, la méthode qui vaut pour les règles de substance est également valable pour celles régissant la « forme » ; son application conduit aux mêmes constatations : les pays en développement ne sont pas en mesure de modifier radicalement le droit classique, et ne semblent même pas en avoir éprouvé le besoin. Ici non plus, il n'y a

(42) Charles Chaumont, « L'institution fondamentale de l'accord entre Etats », préc., p. 251.

(43) « Le formalisme juridique peut aboutir à faire du droit une fin en soi, le droit pour le droit, en oubliant que le droit ne peut être détaché des réalités qu'il recouvre... » (Charles Chaumont, « Cours général », préc., p. 345).

(44) « D'être liés » au sens large : la norme peut être impérative, obligatoire, incitative, permissive, etc.

pas de rupture avec l'ordre ancien (45) : traités et coutumes demeurent des instruments largement utilisés et strictement réglementés de formation du droit ; mais, à côté de ces sources traditionnelles, la pratique contemporaine a vu se généraliser le recours à des instruments plus souples qui favorisent une normativité relative, évolutive, imparfaite, mais dont l'imperfection même est le signe de la force relative acquise par le Tiers monde, — principal utilisateur de ces « formes » nouvelles —, capable de poser ce que l'on pourrait appeler des « jalons normatifs », mais non de les « transformer » en normes parfaites.

LES MÉSAVENTURES DES NORMES CONVENTIONNELLES ET COUTUMIÈRES

11. — On a souvent relevé, et parfois dénoncé, l'incohérence des positions prises par les Etats nouveaux, ou nouvellement contestataires, en ce qui concerne les sources du droit international et, au-delà, le fondement de celui-ci. D'abord partisans farouches d'un volontarisme rigide et, somme toute, tout à fait classique, mais dirigé contre les pays industrialisés qui l'avaient taillé à leur mesure, ces Etats ont ensuite changé radicalement d'attitude et voulu combiner deux idées-forces, inconciliables avec le volontarisme auquel, plus que jamais, les Etats développés — Est et Ouest confondus — continuent de proclamer leur attachement :

— là où une bonne logique volontariste eût imposé l'unanimité, le consentement exprès de chacun, ils ont tenté d'établir que la volonté du plus grand nombre suffisait, certains allant jusqu'à affirmer le caractère législatif des compétences de l'Assemblée générale (46), ou l'existence de « coutume instantanée » nées d'une volonté majoritaire ;

— là où le droit classique se prétendait neutre, ils ont rétabli subrepticement le concept de légitimité tirant de la justice de leur cause des motifs de consécration juridique ; l'officialisation du *jus*

(45) En ce sens, Patricia Buirette-Maurau, *La participation du Tiers monde à l'élaboration du droit international*, préc., p. 79.

(46) Malgré une idée reçue, une affirmation aussi tranchée demeure rare ; v. cependant T. Olawale Elias, « Modern Sources of International Law », *Mél. Jessup*, pp. 49 s. ; Faez Anjak, « La signification juridique de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats », in colloque d'Alger, 11-14 oct. 1976, *Droit international et développement*, O.P.U., Alger, 1978, pp. 77 s. ; Mohammed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, préc., p. 181 (v. cependant p. 187).

cogens par la Convention de Vienne sur le droit des traités et de la notion de crime international par le projet d'articles de la C.D.I. en portent le témoignage.

Incohérent sur le plan de la pure logique doctrinale, ce revirement s'explique sans difficulté par des considérations de « politique juridique extérieure » : « Un pays qui se prononce pour la soumission du droit au consentement des Etats lorsqu'il est minoritaire se retrouve favorable au respect de la volonté du plus grand nombre quand il se trouve dans la majorité » (47). Sans doute n'y a-t-il pas là une justification — la politique n'en a cure — mais l'explication se suffit à elle-même.

Ces considérations pratiques expliquent à la fois la « très nette prédilection » dont, aux yeux des pays en développement, bénéficie le traité par rapport à la coutume (48) et les limites de cette prédilection.

12. — C'est sans doute en effet à l'égard de la formation coutumière des normes juridiques que les pays en développement manifestent la méfiance la plus profonde et la plus durable.

Certes, le droit est toujours « investi par les faits » (49), mais la coutume constitue sûrement le mode de formation du droit dans lequel cet « investissement » est le plus brutal ; la médiation formelle y est réduite à sa plus simple expression : plus nettement que jamais, le droit sourd du fait, la manifestation du sentiment de l'obligation, l'*opinio juris*, pouvant revêtir n'importe quelle forme.

Aux yeux des pays en développement, ces caractéristiques de la coutume présentent des inconvénients très graves. Aux reproches traditionnellement adressés à cette source du droit, tenant notamment à la difficulté d'administrer la preuve de son existence (50), ils ajoutent deux critiques plus spécifiques.

(47) Guy de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, préc., p. 24. (V. aussi « Tendances contradictoires en matière de consentement des Etats », in S.F.D.I., colloque de Toulouse, *L'élaboration du droit international public*, préc., pp. 183-203 et Brigitte Stern, *Un nouvel ordre économique international ?*, *Economica*, 1983, p. XLV).

(48) *Ibid.*, p. 27.

(49) Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*, Maspéro, 1976, p. 331.

(50) Dans la présentation de son projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée, la C.D.I. relève que « l'application de la clause dans la sphère des relations économiques, notamment en ce qui concerne les pays en développement,

D'une part, même si l'on assiste à un certain « raccourcissement » du temps nécessaire à la formation des règles coutumières (51), celles-ci ne peuvent s'établir que dans la durée. Cette exigence ne peut qu'être considérée comme une gêne par des Etats aux yeux desquels les nécessités de leur développement constituent une préoccupation urgente, à la fois immédiate et absolue (52).

D'autre part, la coutume ne peut s'affranchir de la pratique, « test réel » non seulement des « volontés gouvernementales » (53), mais aussi et surtout des rapports de force existants qu'elle reflète très directement. Issue de la pratique, « l'*opinio juris* traduit ainsi l'idéologie dominante de la société internationale, intégrée par tous si elle est voulue par certains et subie par d'autres » (54).

On comprend ainsi l'éloignement manifesté par les pays en développement vis-à-vis de ce mode de formation du droit qui, « sage » ou « sauvage » ne peut être qu'un instrument de conservation du droit existant (55) et, si l'on peut douter que la coutume ait jamais été « au cœur du droit international » des temps modernes, elle ne l'est certainement pas s'agissant du droit international du développement.

Toutefois, cette situation n'est pas forcément immuable et l'on peut sans doute prévoir une résurrection limitée de la coutume qui, à défaut de constituer un instrument utile pour créer un droit nouveau favorable aux Etats en développement (56) pourrait devenir un outil apprécié de consolidation des règles formées selon

n'est pas un domaine qui se prête facilement à un travail de codification du droit international (...) car on n'y discerne pas clairement l'existence de la pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales...», *Ann. C.D.I.*, 1978, vol. II, 2^e partie, p. 15, n° 54.

(51) « ... le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier » (C.I.J., affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, *Rec.*, 1969, p. 43).

(52) Guy de Lacharrière a montré que l'inconvénient est plus théorique que réel (*La politique juridique extérieure*, préc., pp. 29 s.) ; il est cependant ressenti comme un obstacle (cf. Mohammed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, préc., pp. 139-140).

(53) Guy de Lacharrière, *ibid.*, p. 57.

(54) Brigitte Stern, « La coutume au cœur du droit international — Quelques réflexions », *Mél. Reuter*, p. 499.

(55) En ce sens, Mohammed Bedjaoui, v. note (52).

(56) La formation coutumière de certaines règles nouvelles du droit de la mer constitue un contre-exemple, mais elles sont nées d'une interpénétration profonde des procédés conventionnel et coutumier (cf. Guy de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, préc., notamment pp. 43 s.).

d'autres modes. Ainsi, dans la « Sentence Aminoil », le Tribunal arbitral présidé par le professeur Reuter a admis que la portée juridique des nationalisations pétrolières intervenues depuis 1971

« est aujourd'hui acquise et n'est plus contestée. Cette consolidation résulte du consentement donné par les sociétés intéressées et parfois par les Etats dont elles relèvent. Il ne faut pas en conclure qu'à l'époque où elle a été prise, chacune de ces mesures (dont l'effet cumulatif a amené la présente situation) ait été alors conforme aux obligations qui incombait à l'Etat qui l'a prise. » (57).

13. — La voie conventionnelle paraît, *a priori*, plus apte à réaliser la promotion d'un droit nouveau.

En première analyse en effet, le traité enregistre fidèlement les volontés des parties, préservant ainsi celle des faibles. Cette logique formelle a d'abord séduit les pays en développement qui ont cru voir dans le traité une garantie contre les pressions des Etats riches.

Le calcul relève cependant d'une analyse à courte vue dont ces pays ont dû rapidement constater le caractère formel. L'accord n'intervient pas, en effet, dans un monde idéal dans lequel chacun serait libre d'exprimer une volonté désincarnée, indépendamment de sa situation concrète. Les volontés des parties sont inégales, hétérogènes (58) ; le fort exprime une volonté infiniment plus libre que le faible.

Ceci apparaît à l'évidence lors de la conclusion d'un traité de « coopération » entre un pays industrialisé et un Etat en développement. Il est bien vrai que ce dernier « consent » aux règles fixées mais, sauf circonstances très spéciales, il n'a guère de choix sur l'essentiel ; il a besoin de l'aide prévue, qui, pour son partenaire, n'est qu'un élément de prestige, un moyen de renforcer son influence ou une garantie supplémentaire d'accès à des matières premières qui lui sont certes indispensables, mais qu'il peut, très vraisemblablement, se procurer ailleurs ; pour l'un, la conclusion du traité apparaît comme une nécessité ressentie comme vitale ; pour l'autre, c'est une formalité utile. Sans doute, « la faculté de

(57) Sentence du 24 mars 1982, *Aminoil c. Koweit*, *J.D.I.*, 1982, p. 899 (présentation par Philippe Kahn, pp. 844-868).

(58) V. Charles Chaumont, « Cours général », préc., p. 363, et Jean-Pierre Colin, « Le rôle des Etats nouveaux dans l'évolution du droit international », préc., pp. 385 s.

contracter des engagements internationaux est (-elle) précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat » (59), et les principes sont-ils saufs, mais la souveraineté, elle aussi, est « située » : les deux Etats n'ont pas fait « le même bout de chemin » pour arriver à l'accord.

Les choses ne sont pas fondamentalement différentes s'agissant des conventions multilatérales qui, en matière de développement, sont de plus en plus marquées par la « bilatéralisation » des procédures (que les négociations C.E.E.-A.C.P. réalisent pleinement) : le Burundi n'est certes plus isolé dans un tête-à-tête redoutable avec les Etats-Unis et les pays du Tiers monde ont en général pour eux la force du nombre ; mais cet avantage relatif risque fort de pousser les Etats industrialisés (au moins de l'Ouest, les seuls qui, en général, comptent vraiment dans les négociations pour le développement) à resserrer leurs rangs. La discussion de groupe à groupe contribue alors à un raidissement généralisé des positions, particulièrement frappant à la C.N.U.C.E.D. : les 77 négocient par « addition », le groupe B par « soustraction ». Les premiers ne maintiennent leur cohésion qu'au prix de la prise en charge collective des revendications de chacun ; les seconds sont conduits à s'aligner sur les positions les plus « dures », seul dénominateur commun possible. La négociation devient alors ouvertement une occasion pour chaque « camp » de tester la force de résistance de l'autre (60).

Difficile à conclure, résultat de négociations menées entre partenaires par définition inégaux, l'accord présente en outre un inconvénient supplémentaire considérable en droit international du développement : expression des rapports de force, il les fige dans l'instant — *pacta sunt servanda*. Il peut certes enregistrer les avancées des thèses des pays en développement, mais il constitue du même coup un obstacle pour des progrès futurs.

Il est vrai que le procédé conventionnel fournit lui-même le palliatif : faute de pouvoir s'engager « bien », les parties s'ingénient à s'engager peu, se réfugient dans la rédaction molle et floue, multiplient les clauses de sauvegarde ou de dérogation, limitent la

(59) C.P.J.I., affaire du *Vapeur Wimbledon*, Sér. A, n° 1, p. 25.

(60) Cf. Jean Combacau, « La crise de l'énergie au regard du droit international », in S.F.D.I., colloque de Caen, *La crise de l'énergie et le droit international*, Pedone, 1976, p. 32.

durée de validité de leur accord ,etc. (61). Mais, du même coup, la supériorité du traité sur la coutume, qui consiste surtout dans la précision et la certitude des engagements réciproques des parties, disparaît. Au surplus, les pays développés jouent aussi bien, et peut-être mieux, que leurs partenaires en développement, de l'ambiguïté de ce qui a été décidé.

C'est pourquoi, sans répudier la voie conventionnelle, ni même la voie coutumière, les Etats de la périphérie tentent, non sans succès, de suivre une voie à la fois moyenne et différente, en généralisant le recours à des actes concertés non-conventionnels qui combinent les avantages de la souplesse et du réalisme.

LA FORMATION DU DROIT PAR JALONS NORMATIFS

14. — Recherchant un introuvable « seuil de normativité », le professeur Weil, dans une étude récente appelée à un grand retentissement, écrit : « Qu'il ne soit pas toujours facile de tracer la frontière entre le pré-juridique et le juridique, nul n'en disconvientra (...). Il n'en demeure pas moins que le seuil existe : en aval de la frontière naît une obligation juridique dont il peut être fait état devant un juge ou un arbitre et dont la méconnaissance constitue un acte internationalement illicite générateur de responsabilité internationale ; en amont il n'y a rien de tel » ; « 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 » (62).

Ces affirmations, conformes aux enseignements de la doctrine la plus traditionnelle, sont démenties par l'observation des faits ; relevant de l'esprit de géométrie, elles répondent aux exigences de la « rigueur simplificatrice » et rassurante que l'auteur appelle de ses vœux ; elles ne rendent pas compte de la réalité internationale de ce temps. Entre le droit et le fait, il n'y a pas de seuil. Sans

(61) V. Alain Pellet, *Droit international du développement*, P.U.F., « Que sais-je ? », n° 1731, 1978, pp. 73 s. et *Le cadre juridique de la vie économique internationale*, cours polycopié, I.E.P., Paris, F.N.S.P., 1982, pp. 75 s.

(62) Prosper Weil, « Vers une normativité relative en droit international ? », *R.G.D.I.P.*, 1982, pp. 13 et 8. Dans le même sens, v. Prosper Weil, « Le droit international de l'économie », in S.F.D.I., colloque d'Orléans, *Aspects du droit international économique — Elaboration, contrôle, sanction*, Pedone, 1972, pp. 3-34, ou Jean-Flavien Lalive, « Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères », *J.D.I.*, 1977, p. 343. En revanche, Guy de Lacharrière fait remarquer que « dans les expressions droit mou, tendre ou vert, il y a tout de même droit » (*La politique juridique extérieure*, préc., p. 102).

doute arrive-t-il toujours un moment où l'analyste peut clairement dire : ceci est du droit et cela n'en est pas, mais, entre ces deux extrêmes, on chercherait en vain une rupture nette. C'est, bien plutôt, d'un « dégradé normatif » qu'il faut parler (63). Entre la lumière du droit et l'obscurité du non-droit, s'étend une zone de pénombre (64) dont la théorie, vénérable, des sources rend mal compte : elle étudie la forme que revêt la norme, non sa formation ; ses « arêtes tranchées » (65) ne permettent pas d'appréhender le mouvement qui conduit à la norme, le *law-making process* (66), *terra incognita* sur laquelle la doctrine latine s'aventure peu.

La relativité de la norme n'est pas propre au droit international du développement ; le phénomène y trouve cependant un terrain particulièrement favorable. Les Etats de la périphérie, en effet, n'ignorent pas qu'il n'est pas en leur pouvoir d'arracher à leurs partenaires développés l'acceptation immédiate des règles qu'ils souhaitent voir adopter ; mais ils savent aussi que la force du nombre, combinée à un pouvoir économique naissant et à la mauvaise conscience des nantis, peuvent imposer des changements. Ce qu'ils n'obtiennent pas instantanément par le traité et qu'ils ne peuvent cristalliser par la coutume s'établit ainsi, progressivement et « relativement ». L'obstacle des « sources » traditionnelles n'est pas attaqué de front, il est contourné.

15. — Parmi ces modes de formation du droit par degrés, les résolutions jouent évidemment un rôle prépondérant.

(63) Mario Bettati évoque le « darwinisme juridique » (*Le nouvel ordre économique international*, P.U.F., « Que sais-je ? », n° 2088, 1983, p. 125).

(64) Sur cette « zone », v. notamment : Michel Virally, « Rapport introductif », in I.U.H.E.I., *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, préc., p. 58 ; « A propos de la *lex ferenda* », *Mél. Reuter*, pp. 519-533 ; Richard A. Falk, *The Status of Law in International Society*, préc., pp. 178 s. ; Paul Reuter, *Droit international public*, P.U.F., Thémis, 1976, pp. 35-36 ; Oscar Schachter, « The Evolving Law of International Development », *Col. J.L. of Trnsl. L.*, 1976, pp. 1-16 ; Ian Brownlie, « Legal Status of Natural Resources in International », *R.C.A.D.I.*, 1979/I, n° 162, pp. 255 s. ; Ignaz Seidl-Hohenveldern, « International Economic "Soft Law" », *R.C.A.D.I.*, 1979/II, n° 163, pp. 165-246 ; Paul Berthoud, « Les aspects commerciaux du nouvel ordre économique international », préc., pp. 36 s.

(65) Prosper Weil emploie l'expression pour qualifier « la règle de droit traditionnelle » (« Le droit international économique », préc., p. 6).

(66) « La notion même de sources du droit international ne donne qu'une image partielle des processus concrets de création du droit international. Ce terme désigne plus des procédés que la réalité du cheminement nécessaire à la formation des règles de droit » (Patricia Buirette-Maurau, *La participation du Tiers monde à l'élaboration du droit international*, préc., p. 40).

« Il ne fait pas de doute que la résolution exerce sur les pays du Tiers monde une séduction réelle par sa souplesse, sa rapidité et la sécurité que ces pays en tirent par la maîtrise de cette technique grâce à leur nombre » (67). Encore faut-il remarquer que l'analyse classique de la résolution, acte unilatéral de l'organisation au sein de laquelle elle est adoptée, ne sort pas complètement indemne du recours massif à ce type d'instruments par les pays du Tiers monde : la « bilatéralisation » relevée plus haut à propos des conventions multilatérales (n° 13) est tout aussi manifeste ici. Les négociations de groupe à groupe, la pratique des réserves, l'importance accordée à la composition de la majorité qui a voté en faveur du texte (68), contribuent progressivement à « gommer » leur caractère d'actes unilatéraux (69).

Ainsi, les résolutions viennent-elles grossir la panoplie, très diversifiée, des actes concertés non conventionnels : *gentlemen's agreements*, conclusions concertées, textes au statut indécis adoptés par des conférences diplomatiques (cf. l'« Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives »), conventions non entrées en vigueur, etc. (70).

Au-delà de leur diversité formelle, tous ces instruments présentent de nombreux traits communs : ils font l'objet de négociations internationales — souvent dans le cadre ou sous les auspices d'une organisation internationale ; ils sont écrits et formalisent le résultat de discussions entre Etats ; ils sont régis par le droit international ; enfin et surtout, ils remplissent des fonctions et ont des effets très comparables.

(67) Mohammed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, préc., p. 142.

(68) M. Bedjaoui (*ibid.*, p. 195), fait remarquer qu'« il serait peu judicieux d'analyser le caractère obligatoire ou non d'une résolution en fonction des circonstances ». La remarque est fondée : les auteurs qui procèdent ainsi confondent le problème de la valeur juridique des résolutions et celui de leur efficacité (en ce sens, T.O. Elias, « *Modern Sources of International Law* », préc., p. 50).

(69) En ce sens, Michel Virally, « La deuxième décennie pour le développement », *A.F.D.I.*, 1970, p. 27.

(70) V. Manfred Lachs, « Some Reflections on Substance and Form in International Law », *Mél. Jessup*, pp. 99-112, notamment p. 104. Sans que l'on puisse y insister, il y a une grande profondeur dans la remarque malicieuse de Guy de Lacharrière qui insiste sur les avantages que présentent, aux yeux de nombreux Etats, les « procédés conventionnels (qui aboutissent) à produire du droit non conventionnel » (*La politique juridique extérieure*, préc., p. 43).

16. — On concevrait mal que les représentants des Etats consacrent autant d'énergie et de temps à élaborer ces instruments si ceux-ci devaient rester des chiffons de papier. A vrai dire, destinés à produire des effets juridiques, ils les produisent en effet : en annonçant leur intention d'agir dans un sens déterminé, s'écarter des prescriptions du droit préexistant — *lex delenda* (71) —, les Etats « parties » manifestent non seulement leur hostilité à la règle ancienne, mais aussi leur conviction que celle-ci ne les lie pas ou ne doit plus les lier.

Dire que ces instruments ont ainsi un effet abrogatoire n'est pas tout à fait exact : les normes préexistantes ne sont pas abolies par de tels procédés ; elles subsistent et continuent à lier les Etats qui n'ont pas manifesté d'intention contraire. En revanche, elles cessent d'être *opposables* aux « parties » : il serait assurément contraire au principe fondamental de la bonne foi d'admettre qu'un Etat dont le représentant a voté en faveur d'une résolution ou conclu un *gentlemen's agreement* puisse reprocher à un autre Etat se trouvant dans la même situation d'agir conformément à ces textes ; ainsi, le Koweït, qui a voté en faveur de l'article 2, paragraphe 2.c, de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats serait mal venu de reprocher à un autre pays du Tiers monde de nationaliser les propriétés appartenant à ses ressortissants en tenant compte, pour calculer l'indemnité à verser, des seules circonstances que l'Etat nationalisateur « juge pertinentes ». Dans des cas de ce genre, l'application de la règle ancienne se trouve neutralisée et la nouvelle règle oblige les « parties », même si elle « ne permet pas de fonder une réclamation internationale en cas de non-respect » (72).

Le problème est plus difficile en ce qui concerne les relations entre les Etats « parties » et ceux qui ont manifesté leur opposition à l'égard de la norme nouvelle ou qui se sont tenus à l'écart de sa formulation. Il convient alors de distinguer les hypothèses dans lesquelles la règle ancienne est d'origine coutumière et celles dans lesquelles les Etats en cause sont liés par un traité. Dans ce dernier cas, la Convention de Vienne sur le droit des traités — si l'on admet qu'elle se borne sur ce point à codifier le droit en vigueur —, qui prévoit que le traité antérieur l'emporte sur le traité postérieur

(71) Michel Virally, « A propos de la *lex ferenda* », préc., p. 531.

(72) Pierre-Michel Eisemann, « Les *gentlemen's agreements* comme source du droit international », *J.D.I.*, 1979, p. 347. V. aussi Mario Bettati, *Le nouvel ordre économique international*, préc., p. 40.

(art. 30 § 4), impose *a fortiori* de faire prévaloir le traité sur l'acte concerté non conventionnel (73). En revanche, si la règle ancienne est de nature coutumière et si sa récusation est le fait d'un nombre significatif de pays, on devra considérer que l'*opinio juris* des Etats contestataires fait défaut et que la coutume ne leur est pas opposable (74) même si elle continue à s'imposer dans les relations entre les Etats non contestataires.

Cet effet destructeur des résolutions et des (autres) actes concertés non conventionnels n'est pas forcément favorable au Tiers monde : l'absence de droit accepté par tous comme contraignant risque fort de signifier un retour à la loi de la jungle, impitoyable aux faibles.

On aurait cependant tort d'ironiser sur ce résultat douteux et de se borner à constater que « le droit des gens vole ainsi au secours de la présente désorganisation économique internationale ; faute de pouvoir apporter sa pierre à l'édifice du nouvel ordre » (75). Certes le recours à ces procédés imparfaits témoigne de la faiblesse des pays de la périphérie qui ne sont pas en situation de faire accepter par le centre des obligations juridiquement parfaites, soit que les Etats développés refusent purement et simplement le droit souhaité par le Tiers monde, soit qu'ils entendent minorer leurs engagements par le recours, précisément, aux résolutions — qu'alors ils votent (76) — et aux actes concertés non conventionnels.

Il reste d'une part que la *lex imperfecta* ainsi adoptée a des « chances » d'exécution (selon la terminologie de Max Weber) non négligeables et souvent supérieures aux normes coutumières et conventionnelles qui, elles, sont cependant « parfaites » (77) et,

(73) L'article 56, § 1.b de la Convention de Vienne, adopté à la demande de Cuba et du Royaume-Uni, introduit cependant un élément possible de souplesse. Cf. Eduardo Jimenez de Arechaga, « International Law in the Last Third of a Century », *R.C.A.D.I.*, 1978/I, n° 159, p. 71.

(74) Cf. C.I.J., affaire des *Pêcheries norvégiennes*, *Rec.*, 1951, p. 131. En ce sens : Eduardo Jimenez de Arechaga, *ibid.*, p. 301 et Jorge Castañeda, « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats... », *préc.*, p. 112 ; *contra* : Ignaz Seidl-Hohenveldern, « Règles juridiques et le conflit Nord-Sud », *Osterr. Z. öffentl. Recht.*, 1982, pp. 219-220.

(75) Jean-Pierre Cot, préface à Brigitte Stern, *Un nouvel ordre économique international ?*, *préc.*, p. 111.

(76) Le recours au consensus plutôt qu'au vote peut être, pour ces Etats, un moyen de minorer encore leur engagement qui atteint un degré proche de zéro lorsqu'ils assortissent de réserves leur ralliement au consensus.

(77) En ce sens : Georges Abi-Saab, in I.U.H.E.I., *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, *préc.*, p. 9 ; Maurice Flory, *Droit*

d'autre part, qu'outre leurs effets juridiques propres, les instruments évoqués ici ont des retombées indirectes très considérables :

— ils peuvent, en effet, contribuer à la formation de nouvelles normes coutumières ;

— même lorsqu'un tel aboutissement n'est pas acquis, ils constituent des indices clairs de l'existence de « tendances », qui doivent être prises en compte au moins pour l'interprétation des règles existantes (78) ;

— manifestation d'une intention normative claire des Etats en développement, ils apparaissent comme des jalons normatifs, quand bien même ces pays doivent constater que le rapport des forces en présence ne leur est pas favorable ;

— surtout peut-être, ils opèrent une sorte de « retournement dialectique » ; leur adoption oblige les Etats du centre à se situer par rapport à la norme souhaitée par le Tiers monde et le droit d'origine européenne se trouve démasqué pour ce qu'il est : celui du petit cap du continent asiatique.

*
**

17. — Ainsi, par son activisme impatient, le Tiers monde n'a pas bouleversé le jeu juridique international ; il en a du moins modifié profondément certaines règles.

Droit social des nations, le droit international du développement, comme le droit social interne — mais le pouvoir d'Etat en moins — contribue aujourd'hui à réduire les inégalités et à ancrer dans les faits une solidarité encore très abstraite ; comme lui, il « répugne

international du développement, préc., p. 69 ; Brigitte Bollecker-Stern, « The Legal Character of Emerging Norms Relating to the New International Economic Order — Some Comments », in Kamal Hossain, éd., *Legal Aspects of the New International Economic Order*, Pinter et Nichols, Londres et New York, 1980, p. 74 et *Un nouvel ordre économique international ?*, préc., pp. xli s.

(78) Cf. les positions prises par la C.I.J. dans les affaires de la *Namibie* (Rec., 1971, p. 31), de la *Compétence en matière de pêcheries* (Rec., 1974, pp. 23 et 192) ou du *Sahara occidental* (Rec., 1975, p. 30). Paradoxalement, dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Libye)*, la Cour, alors qu'elle était expressément invitée par les parties à se prononcer en fonction des « nouvelles tendances acceptées à la 3^e Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer » s'est montrée particulièrement réservée sur ce point (Rec., 1982, pp. 37 et 47).

à toute régression » et « pénétré de l'idée de droits acquis », « évoluée à sens unique » (79) vers plus de justice.

Mais comme lui aussi, il est arraché par l'action des moins bien pourvus. Et le succès de celle-ci dépend de la puissance qu'ils ont pu conquérir en dépit de leur pauvreté — par la force, par le nombre, par le caractère indispensable de leur contribution à la prospérité des plus riches, peut-être même par la mauvaise conscience qu'ils inspirent. Le droit international du développement est la mesure de l'influence des pays en développement ; il mesure aussi leur faiblesse.

Ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre, le droit des gens continue d'être l'enjeu plus que l'instrument du changement. Peut-être, de ce fait, le droit international du développement est-il « objectivement et par-delà les bonnes intentions, la soupape de sûreté qui canalise et régule les contestations du système international » (80). Le juriste peut le déplorer ; il doit le constater : l'impérialisme n'est pas un tigre de papier, et le droit n'est pas une arme très appropriée pour combattre les tigres.

(79) G.H. Camerlynck et Gérard Lyon-Caen, *Droit du travail*, Dalloz, 1982, p. 25.

(80) Ahmed Mahiou, « Bilan de la notion de droit international du développement. Une finalité entre le développement et la dépendance », colloque d'Aix-en-Provence, 8-9 octobre 1982, *La formation des normes en droit international du développement*, C.R.E.S.M.-C.N.R.S. (à paraître, Maurice Flory, éd.).