

LA NORMATIVITE DE L'ACTE JURIDIQUE INTERNATIONAL

Adékoniyé Arsène-Joël ADELOUI
Agrégé de droit public
Université d'Abomey- Calavi (BENIN)

SOMMAIRE

- I- Une autonomie normative en construction
 - A- Une expression des volontés des parties
 - 1-Des volontés concordantes
 - 2-Des volontés unilatérales
 - B- Une production d'effets juridiques
 - 1-Des effets internes
 - 2-Des effets externes
- II- Une autonomie normative en déconstruction
 - A- Un désordre normatif au sein des actes juridiques
 - 1-Des conflits au sein des actes juridiques de manière générale
 - 2-Des conflits entre hard Law et Soft Law de façon spécifique
 - B-Des lacunes de la normativité de l'acte juridique
 - 1-Une vulnérabilité de l'acte juridique international
 - 2-Des menaces sur l'ordre juridique international

L'acte juridique international est créateur de norme. Cette idée dérive de la pensée de Jean-Paul JACQUE qui considère que « *L'acte n'est qu'un instrument au service des sujets de droit pour leur permettre d'exercer leur activité normative... L'acte est toujours une manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit dans la mesure où l'ordre juridique attribue de tels effets à la volonté exprimée, mais les types d'actes sont liés aux rapports de coordination ou de subordination qu'ils prétendent régir* »¹. Or, cette manière de voir les choses vient à contre-courant de la thèse selon laquelle il existe une nette distinction entre acte et norme² qui insinue indirectement que tout acte juridique n'est pas porteur de normativité³.

En règle générale, Il n'a pas existé une théorie de l'acte juridique. Non seulement sa systématisation a été lente mais aussi elle serait toujours en construction⁴ ; ce qui n'a pas empêché les privatistes et les publicistes de l'appréhender différemment. Les premiers développent une thèse subjective de l'acte juridique qui repose sur l'idée de contrat comme un vecteur de la manifestation d'une volonté individuelle⁵. Cette tendance ne va pas néanmoins résister à la théorie objective des publicistes qui y voient plutôt en la notion d'acte juridique une véritable construction normative sous la plume notamment de Hans KELSEN⁶. Ces deux positions ne manquent pas de susciter des critiques⁷. De telles critiques vont permettre une combinaison des deux théories dans la seconde moitié du XIX^e siècle. En réalité, « *...la notion d'éléments objectifs s'enrichit avec cette constatation simple que la volonté seule ne pourrait rien si elle ne se combinait, non seulement avec le droit positif*

¹ J-P JACQUE, L'acte juridique. Réflexions d'un internationaliste », *Droits*, Vol.7, 1988, p108

² P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in P. AMSELEK (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, pp.31-65.

³ Dans ses écrits, Hans Kelsen avait soutenu l'idée selon laquelle l'acte doit être distinct de la norme : « *Quand nous disons du traité qu'il est une source du droit, nous avons en vue l'acte créateur du droit, la procédure selon laquelle les normes conventionnelles sont créées. Mais quand nous disons qu'un traité a été conclu, ou bien qu'en vertu d'un traité un Etat a telles obligations ou tels droits, nous avons en vue les normes créées par une procédure dont l'élément essentiel est l'établissement d'un accord de volonté. Il est important de distinguer clairement entre le traité désignant un acte créateur de droit et le traité désignant la norme créée par un tel acte, car la confusion de ces deux significations du mot traité est la source de nombreuses erreurs et malentendus dans la théorie traditionnelle du traité* », in H. KELSEN, « Théorie du droit international public », R.C.A.D.I., Tome 84,1953-II, p.136.

⁴ M.BASTIEN, « L'acte juridique », *Droits*, 1988, n°7, p.11.

⁵ E. SAVAUX, « *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* », Paris, LGDJ, 1997 ; GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Dijon, 1912

⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, réédition, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1999, 367p, H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud, F. Malkani, réédition, Paris, PUF, 1996, X-604p.

⁷ Lire au besoin P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du professeur Mélanges Alfred. RIEG*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp.32-78.

existant et les moyens qu'il offre, mais encore avec son environnement de fait, les techniques, les autres sujets de droit, etc. »⁸. Au fond, on peut retenir que « *la théorie générale de l'acte juridique est une construction difficile, fragile et sans cesse remise en question par la tendance centrifuge naturelle des différentes branches de droit. Il demeure tout de même que l'être voulant produire des effets de droit est le même partout et que, comme tel, sa liberté mérite qu'on lui fournisse une théorie générale qui en fasse un sujet et non un objet de l'ordre juridique* »⁹.

En droit international public, bien que Paul REUTER fût l'un des premiers juristes à accorder une importance particulière à la théorie de l'acte juridique, il ne faut pas perdre de vue que jusqu'en 1988, les internationalistes ne lui avaient pas offert un accueil bienveillant. J-P. JACQUE fait partie de ceux qui ont pensé que « *Le droit international devrait faire un sort particulier à l'acte juridique, procédé volontaire de création du droit* »¹⁰. C'est pour cela qu'il affirme par ailleurs que « *la théorie générale de l'acte juridique en droit international reste encore largement à faire* »¹¹ même si l'on a eu quelques traces de cette théorisation dans certains écrits allemands qui étaient loin de se généraliser partout¹². Cette tendance de l'auteur est confirmée dans son Cours à l'Académie de la Haye en 1991¹³. De façon catégorique, certains auteurs ont même soutenu qu'il serait peu pertinent d'élaborer une théorie de l'acte juridique en droit international à la différence du droit interne qui offre pourtant de perspectives intéressantes¹⁴. Or, l'acte juridique continue d'être un objet de recherche quand bien il est constamment critiqué et assimilé à tort ou à raison à la notion de « fait juridique »¹⁵. Pourtant, il est récurrent de constater que la notion « d'actes juridiques » s'oppose à celle de « faits juridiques ». Ces deux notions sont aussi bien utilisées en droit interne qu'en droit international. Le fait juridique désigne « *un certain nombre de situations dans lesquelles se produisent des effets de droit sans que ceux-ci résultent de la volonté d'un*

⁸ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339p.

⁹ J. HAUSER, « Acte », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, p.10.

¹⁰ J-P JACQUE, « L'acte juridique : réflexions d'un internationaliste », op.cit., p.95

¹¹ J-P JACQUE, *ibid.*, p.95.

¹² C'était le cas en Allemagne alors que la doctrine anglo-saxonne n'en faisait pas une préoccupation. La France avait amorcé une exploration d'ensemble avec Georges Scelle.

¹³ « *La réflexion sur la théorie des actes juridiques n'a jamais connu une grande faveur en droit international public...* », in J-P JACQUE, « Acte et norme en droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1991, Vol 227, p.367

¹⁴ Lire au besoin P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité ? », *R.C.A.D.I.*, Tome 237, 1992, pp.133-137.

¹⁵ C'est le cas du traité international qui serait pour certains auteurs entre un acte juridique et un fait juridique. Voir S.SUR, « Le traité international, entre bouquet d'actes unilatéraux et fait juridique », in *R.G.D.I.P.*, n°1, 2021, pp.13-23.

sujet de droit international. La survenance d'un évènement déclenche l'application d'une norme de droit international alors même que ceux qui sont à l'origine du fait n'auraient pas recherché celle-ci »¹⁶. Notion doctrinale plus que positive¹⁷, « les actes juridiques sont une manifestation de volonté d'un sujet de droit, formellement exprimée et produisant des effets juridiques prédéterminés. Les faits juridiques sont des comportements matériels, volontaires ou involontaires, attribués à des sujets de droit, en l'occurrence de droit international. Ils produiront également des effets de droit, mais plus indéterminés parce que le lien entre un comportement matériel et ses conséquences est pour partie imprévisible »¹⁸. L'auteur poursuit en retenant que « le droit positif utilise les deux expressions de façon aléatoire. Ainsi le projet d'articles sur la responsabilité des Etats se fonde sur les « faits internationalement illicites », lesquels peuvent être des actes. La charte des Nations unies mentionne les « actes d'agression », qui se manifestent par des comportements matériels... Un acte juridique contient ou bien des faits, ou bien des normes, ou bien les deux, et c'est cette incorporation qui leur confère leur nature juridique... »¹⁹. De ces considérations, l'élément fondamental à dégager est la notion de « volonté » que l'on retrouve au cœur de l'acte juridique et qui fait défaut au sein du fait juridique²⁰.

Si la notion d'acte juridique évoque en filigrane celle de norme, il faut entendre par cette dernière « *la signification d'un énoncé prescriptif ayant pour objet de rendre pour autrui obligatoire, interdit, permis ou habilité un certain comportement* »²¹. En réalité, la norme est souvent présentée comme un « *langage incorporé à un ordre juridique et dont l'objet est soit de prescrire à des sujets de droit une obligation de faire ou de ne pas faire, soit d'accorder à ces sujets des autorisations de faire faire ou de ne pas faire, soit d'habiliter des organes de l'ordre juridique à exercer certains pouvoirs selon une certaine procédure* »²². Il en résulte que tout processus normatif prescrit un comportement dont le non-respect est sanctionné. Cet aspect sanctionnateur défendu par N. BOBBIO²³ constitue la distinction essentielle entre norme juridique et norme morale. Aussi, doit-on ajouter que la

¹⁶ J.P. JACQUE, « Acte et norme en droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1991, Vol II, p.372 ; ANZILOTTI, *Cours de droit international public*, traduit par G. GIDEL, Paris, Sirey, 1929, pp.338-339.

¹⁷ S.SUR, « Le traité international, entre bouquet d'actes internationaux et fait juridique international », *R.G.D.I.P.*, op.cit., p.14.

¹⁸ S.SUR, « La créativité du droit international », *R.C.A.D.I.*, Tome 363, 2012, p.175.

¹⁹ S.SUR, *ibid.*, p.175.

²⁰ J. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, Tome 175, 1982-II, pp.261-414

²¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op.cit., p45.

²² J. SALMON (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.752.

²³ Voir notamment. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, para 54 cité par C. LEBEN, « ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op.cit., p.1115.

notion de norme juridique n'est valable que dans un ordre juridique qui lui sert de point de rattachement. J-P JACQUE perçoit ce rattachement nécessaire qui ne doit pas faire défaut pour permettre à la norme juridique d'achever sa mission. Il soutient que : « *le caractère obligatoire de la norme juridique provient de ce qu'elle est rattachée à un ordre juridique, lequel est un ordre social, qui lui attribue sa force. La norme n'est pas isolée et tire sa validité et donc son caractère obligatoire, de son appartenance à un ordre juridique qui peut prévoir, le cas échéant, des sanctions pour assurer le respect de ses normes. Dès lors, la signification juridique de la norme ne découle pas de l'existence d'un système de sanctions. Ce dernier n'est, lorsqu'il existe, que la traduction du rattachement de la norme à l'ordre juridique* »²⁴. C'est le fait qu'une norme ait l'onction du juridique qui confère la notion de « normativité ». Même si cette notion est appréhendée comme un « *néologisme juridique* »²⁵, la « normativité » désigne ce qui est « *revêtu de l'autorité du juridique. Dire d'une règle prescrivant une conduite, ou conférant une faculté, qu'elle accède à la normativité, c'est indiquer qu'elle fait partie du monde du droit, dans un ordre juridique déterminé* »²⁶. Plus explicite, est la position qu'en donne Serge SUR lorsqu'il définit la notion de normativité à partir « *de la décomposition du processus normatif, la formation des normes, leur autorité ; les destinataires des obligations qu'elles contiennent... La normativité est donc le rapport entre les différentes normes incorporées dans ces supports. Elles relèvent de catégories différentes, coutume ou traité fondamentalement... La question essentielle au sujet de la normativité est de définir l'articulation des normes, l'organisation de leurs rapports, le règlement de leurs conflits...* »²⁷. Il existe plusieurs voies d'accès à la normativité²⁸ mais les sources formelles constituent les voies à la normativité²⁹ qu'il convient de privilégier. Pour le Professeur P. WEIL dont l'évidence est établie, « *parmi les sources du droit international, conçues comme le processus de formation des normes, on distingue traditionnellement les sources formelles et les sources matérielles...les sources formelles relèvent d'une approche normative* »³⁰. En effet, si les sources formelles (traité, coutume, etc.) permettent de rechercher comment se forment les règles, les sources matérielles répondent à la question de savoir pourquoi ces règles se forment et où elles puisent leur inspiration³¹. Les sources

²⁴ J-P., JACQUE, « Acte et norme en droit international public », *R.C.A.D.I.*, op.cit., p.387.

²⁵ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de la culture de la culture juridique*, op.cit., p.751.

²⁶ Ch. DOMINICE, « La société internationale à la recherche de son équilibre », *R.C.A.D.I.*, Vol.370, 2014, p.78.

²⁷ S.SUR, « La créativité du droit international », *R.C.A.D.I.*, Vol.363, 2012, pp.189-190.

²⁸ P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *R.C.A.D.I.*, Vol.237, 1996, pp.131.

²⁹ Ch. DOMINICE, « La société internationale à la recherche de son équilibre », *op.cit.*, pp.78-79.

³⁰ P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *op.cit.*, pp.131-132.

³¹ P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *op.cit.*, p.132.

formelles sont donc des « *procédés d'élaboration ou de formation du droit, les diverses techniques permettant de déterminer si une norme fait partie du droit positif-entendu comme le droit effectivement en vigueur. Ceci renvoie à la manière dont le droit est « fabriqué », ou pour prendre un terme plus neutre, « produit » ...* »³². En considérant que la formation des sources formelles induit celle des actes juridiques, c'est la distinction entre sources formelles et sources matérielles qui aurait probablement conduit à privilégier une théorie des sources qu'une théorie des actes juridiques³³.

Si en règle générale, les internationalistes ont tardé à esquisser une théorie de l'acte juridique, on ne saurait aujourd'hui méconnaître son intérêt voire son utilité dans la conduite des sujets de droit international. Son importance est indéniable parce qu'il est créateur et producteur d'effets de droit. C'est probablement pour cette raison qu'il a été soutenu que : « *développer une théorie des actes, c'est rechercher les moyens d'isoler, parmi une masse de comportements imputables à des sujets de droit international, ceux qui relèvent de la province du droit international et qui produisent des effets de droit...le recours à la théorie de l'acte est donc susceptible d'apporter un éclairage sur ce qui relève du droit et ce qui lui échappe ainsi que de contribuer à répondre aux questions que l'on se pose souvent sur la pertinence juridique de ces notions floues qui font fortune dans le droit international contemporain telle celle de soft Law* »³⁴. En particulier, le pouvoir de décision reconnu aux organisations internationales et l'élaboration des actes unilatéraux par les Etats constituent une attraction forte pour qu'une théorie des actes juridiques soit envisagée sous le prisme du volontarisme des sujets du droit international.

Vu l'importance et la place qu'occupe l'acte juridique pour les sujets du droit international, car contribuant à moduler voire déterminer leur comportement, on ne peut nier durablement que l'acte juridique a de particulier de créer des normes et de produire des effets de droit. C'est un instrument de création normative. Il y a là une autonomie qui est consubstantielle à la notion d'acte juridique. La question essentielle de cette réflexion se situe aux antipodes des thèses classiques qui ne reconnaissent pas aux actes juridiques internationaux un seuil de normativité qui dépendrait bien pourtant de la volonté des sujets initiateurs. Si l'on peut donc reconnaître à tout acte juridique la capacité de créer des normes

³² A. PELLET, « Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité », *R.C.A.D.I.*, Vol.414, 2021, p.167.

³³ La plupart des ouvrages du droit international étudient les traités et les actes unilatéraux sous l'angle des sources. P. WEIL s'est particulièrement interrogé : théorie des sources ou théorie des actes ? *in* « Le droit international en quête de son identité », *op.cit.*, p.133.

³⁴ J-P., JACQUE, « Acte et norme en droit international public », *R.C.A.D.I.*, *op.cit.*, p.368.

c'est soutenir qu'il y a bien entendu une autonomie normative qui est en construction (I) et se justifie à la fois par les volontés qui sont exprimées et les effets qui en résultent. En dépit de cette liberté normative, force est de constater des errements voire des égarements qui font penser à une autonomie normative de l'acte juridique international en déconstruction (II).

I- Une autonomie normative en construction

Les normativistes ont toujours envisagé l'acte juridique international comme celui dont la finalité est de créer des effets de droit, ce qui n'est possible que dans l'hypothèse où les sujets classiques de droit international (Etats ou organisations internationales) manifestent leur volonté sans aucun formalisme. L'expression de volontés (A) et la production d'effets juridiques (B) sont les deux caractéristiques de la liberté normative reconnue aux parties.

A- Une expression de volontés des parties

Les actes juridiques n'existent que lorsque des volontés sont effectivement exprimées³⁵. La Cour permanente de justice internationale avait très tôt reconnu la volonté des Etats³⁶ comme « *le fondement du caractère obligatoire du droit international public* »³⁷. A l'appui de cette décision, la doctrine renchérit en soutenant que l'acte juridique est le mécanisme de création de la norme qui aboutit grâce à la manifestation de la volonté³⁸. La volonté est « *le prédicat de l'acte juridique* »³⁹ dans la mesure où sans volonté il ne saurait y avoir d'acte juridique. « *L'idée qui sous-entend le concept de « volonté de l'Etat » est le même que dans l'ordre juridique interne où le droit, en particulier le droit contractuel est le produit des volontés concertées des Etats érigés en êtres juridiques capables de délibérer en conscience sur leurs décisions* »⁴⁰. C'est donc par cette volonté, considérée à tort ou à raison « *la cause première du droit* »⁴¹, qu'un sujet de droit international (Etat ou organisation internationale) peut traduire son intention d'engendrer une norme internationale au terme d'une procédure

³⁵ A la question : comment la volonté opère-t-elle dans la formation de l'acte juridique ? Maurice Kamto indique que la réponse n'est pas unique et évoque trois théories : la théorie des « volitions normatives » qui reste floue et variable ; le normativisme kelsénien qui indique la formation de l'acte séparée de la norme juridique qu'elle produit et la théorie de langage qui aborde la question d'une manière tributaire de la linguistique. Voir M. KAMTO, « La volonté de l'Etat en droit international », *R.C.A.D.I.*, Vol.310, 2004, pp.41 et ss

³⁶ « (...) *les règles de droit liant les Etats procèdent de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes en vue de la poursuite de buts communs* », CPIJ, Lotus, arrêt du 7 septembre 1927, série A n°10, p.18.

³⁷ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.1141.

³⁸ J-P JACQUET, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, pp.20-70 ; J-P JACQUET, « L'acte juridique : réflexions d'un internationaliste », op.cit., p.95

³⁹ M.KAMTO, « La volonté de l'Etat en droit international », op.cit., p.54.

⁴⁰ M.KAMTO, « La volonté de l'Etat en droit international », op.cit., p.23.

⁴¹ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français*, Paris, LGDJ, 1961, p.5.

appropriée. Ainsi, on peut remarquer qu'une diversité d'actes juridiques peut se dégager des volontés exprimées mais la doctrine distingue fondamentalement des volontés concordantes (1) et des volontés unilatérales (2).

1-Des volontés concordantes

A la notion de volontés concordantes on y attache le plus souvent celle d'accord, de traité, de consentement, de consensus voire de consensualisme⁴². Le traité a été même défini comme « *l'expression de volontés concordantes, émanant de sujets de droit dotés de la capacité requise, en vue de produire des effets juridiques régis par le droit international* »⁴³. Le droit des traités se révèle ainsi comme le berceau des volontés concordantes. C'est à ce niveau que le consentement domine comme l'a affirmé la Cour internationale de justice dans un avis consultatif : « *un Etat ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement* »⁴⁴. En règle générale, les volontés concordantes peuvent être le fait d'un Etat ou d'une organisation internationale. Dans un cas comme dans un autre, la volonté concordante est gouvernée par l'autonomie, la capacité des sujets et repose sur le principe *pacta sunt servanda*.

Tout d'abord, l'autonomie de la volonté est une survivance de la liberté contractuelle reconnue en droit interne qui veut qu'un individu ne s'engage dans un contrat que si son consentement est avéré. Derrière le consentement est attachée l'idée de volonté car, « *là où il n'y a pas de volonté, il n'y a pas non plus de consentement* »⁴⁵. En droit international, il est également admis à toute partie de s'engager dans un accord sans forcer le consentement. En effet, il n'existe aucun formalisme lié à l'engagement que donne un sujet de droit international. On peut remarquer des accords écrits, par voie orale ou par divers actes unilatéraux pourvu que le sujet concerné y signale son consentement sans contrainte ni ambiguïté.

⁴² Consentement, consensus et consensualisme sont des termes voisins qui ont fait l'objet d'intéressants travaux et qui traduisent l'idée d'un libre arbitre dans l'action menée. Le consensualisme repose sur l'idée que les parties qui s'engagent le font sur un pied d'égalité. Le consensus c'est un consentement général donné en dehors de toute forme particulière ou encore un processus de prise de décision au sein d'un organe ou d'une organisation internationale. Le consentement c'est l'accord qui résulte du consensus réalisé par les parties Voir J. SALMON, Dictionnaire du droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.239-240.

⁴³ P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, 16^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2022, p.295

⁴⁴ CIJ, Avis consultatif relatif aux Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Recueil 1951, p.21.

⁴⁵ Saint Bernard de Clairvaux, « De la grâce et du libre arbitre », par.2-6, *Œuvres choisies*, t. I, trad. M.-M. Davy, Paris, Aubier, 1945, pp.268-272.

A l'autonomie de la volonté, il faut ajouter la capacité du sujet international, c'est-à-dire « *l'aptitude à acquérir des droits, compétences ou pouvoirs et à les exercer* »⁴⁶. Il s'agit d'une capacité juridique qui peut être interne ou internationale reconnue notamment aux Etats et aux organisations internationales. A l'interne, le droit pour un Etat étranger d'ester en justice est un attribut nécessaire de la capacité qui lui est reconnue par le droit des gens⁴⁷. On en dira autant des organisations internationales qui disposent d'une capacité juridique interne. L'article 104 de la Charte des Nations unies mentionne à cet effet que « *l'organisation jouit, sur le territoire de chacun de ses membres de la capacité juridique qui lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et atteindre ses buts* »⁴⁸. En ce qui concerne la capacité juridique internationale, elle désigne « *un ensemble des pouvoirs que l'ordre juridique international reconnaît ou accorde aux entités qu'il érige en personne juridique, qu'il s'agisse de personnes morales (Etats, organisations internationales, etc. ou de personnes physiques(individus), et qui leur permet d'exercer une activité juridique sur le plan international* »⁴⁹. Cette notion se rapproche parfois de celle de la personnalité juridique internationale sans se confondre nécessairement à elle. La doctrine apporte à ce sujet d'importantes nuances en ces termes : « *La personnalité internationale des sujets internes est une qualité passive, qui leur permet de recevoir les droits et obligations résultant d'une activité interétatique à laquelle ils n'ont pas pris part. La capacité internationale ... est au contraire une vertu active qui, si elle est reconnue à ces nouveaux sujets, les met en mesure de participer eux-mêmes à l'activité juridique internationale. En d'autres termes, elle consiste en des pouvoirs, destinés à leur permettre d'agir à leur tour sur l'ordre juridique international, soit en se créant par leurs engagements de nouveaux droits et obligations (pouvoirs substantiels), soit en poursuivant par leurs actions légales la réalisation effective des droits dont ils sont titulaires (pouvoirs processuels)* »⁵⁰. Le rapprochement entre capacité et personnalité internationales est bien perceptible dans la Convention des Nations unies sur les privilèges et immunités : « *L'organisation des nations unies possède la personnalité*

⁴⁶ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, op.cit., p.146.

⁴⁷ J. VERHOEVEN, « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation », *R.C.A.D.I.*, 1985-III, t.192, p.59.

⁴⁸ Voir Art.104 de la charte des Nations-Unies (Lire au besoin, P-M. DUPUY, « Article 104 », in J-P.COT, PELLET et M. FORTEAU, *la charte des Nations-Unies. Commentaire article par article*, 3^{ème} édit., Tome2, Paris, Economica, pp.2149-2155).

⁴⁹ J. SALMON, *Dictionnaire du droit international public*, op.cit., pp.147-148.

⁵⁰ J. COMBACAU et S.SUR, *Droit international*, 13^{ème} éd., 2019, pp.312-313.

juridique. Elle a la capacité a) de contacter ; b) d'acquérir et de vendre des biens immobiliers et mobiliers ; c) d'ester en justice »⁵¹.

La notion de capacité juridique soulève en même temps celle de la qualité des sujets qui peuvent prendre l'initiative d'un acte juridique. En dehors des Etats et des organisations internationales dont la capacité juridique ne souffre d'aucune contestation⁵², le droit international peut accorder à d'autres entités de façon exceptionnelle la possibilité de conclure des traités. S'il en est ainsi c'est en raison de leurs activités qui dépassent le cadre strict de leur qualité ; tel est le cas du Saint-Siège qu'on peut assimiler à un micro-Etat ou encore du Comité International de la Croix-Rouge⁵³. Cette possibilité conduit parfois à reconnaître à des personnes morales de droit privé dans le cadre de leurs liens contractuels avec des entités étatiques, la qualité juridique de produire des effets dans l'ordre international⁵⁴. Mais la jurisprudence internationale est loin de partager cette ouverture. Pour la CIJ, un contrat de concession conclu entre le gouvernement iranien et une société d'origine britannique ne saurait être assimilée à un traité international remplissant les conditions exigées⁵⁵.

Pour ce qui est du principe *pacta sunt servanda*, il se révèle comme l'un des fondements essentiels du droit international public permettant la production d'acte juridique international. En effet, le caractère obligatoire de l'échange de volontés concordantes se manifeste par le principe *pacta sunt servanda*, qui est un principe exigé pour l'accomplissement de formalités particulières et la consécration de la validité du consentement réciproque⁵⁶. Il est aussi considéré comme « *une exigence première de l'existence et de la cohérence d'un ordre juridique international* »⁵⁷. Ce principe a soulevé des discussions doctrinales et des constats empiriques qu'il convient brièvement de rappeler.

⁵¹ Art 1^{er} de la Convention des Nations unies sur les privilèges et immunités de 1946.

⁵² P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, Paris, Librairie Armand Colin, Collection U, 1972, p.36.

⁵³ P. REUTER, « La personnalité juridique du CICR », in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire, Mélanges Pictet*, Genève, 1984, pp.253-254.

⁵⁴ P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *R.C.A.D.I.*, 1969, III, p.95 ; J. VERHOEVEN, « Droit international des contrats et droit des gens », *R.B.D.I.*, 1978-1979, pp.209 et ss ; Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.*, Vol.302, pp.197-386.

⁵⁵ CIJ, L'Anglo-Persian Oil company (*Affaire de L'Anglo-iranian Oil co.*), Recueil 1952, p.111.

⁵⁶ Ch. DOMINICE, la société internationale à la recherche de son équilibre, op.cit., p.83.

⁵⁷ P.-M., DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, 13^{ème} éd., 2016, Paris, Dalloz, p.324

Du point de vue doctrinal, le principe a opposé radicalement les volontaristes aux non volontaristes. La théorie volontariste malgré ses différentes facettes⁵⁸ soutient l'idée que le droit international n'existe que par la seule volonté des Etats qui donne naissance à des règles positives. Dans l'affaire du *Lotus*, la CPIJ a réaffirmé que la source du droit international est dans la volonté des Etats⁵⁹. On comprend bien la teneur de ce *dictum* dont la célébrité a probablement bénéficié de l'influence du volontariste Dionisio ANZILOTTI alors Président de cette juridiction qui semble lui avoir conféré le caractère d'un principe suprême voire fondamental du droit international⁶⁰. Bien que critiquée par les non volontaristes (Politis, Kunz, Le Fur, Verdross, Scelle) qui pensent dans leur large majorité qu'il est des règles sociales qui préexistent à la volonté des Etats⁶¹, la thèse volontariste résiste à toutes les attaques au point de devenir un principe rigide du droit international contemporain. Serge SUR s'illustre comme l'un de ses défenseurs contemporains en écrivant à juste titre : « *L'engagement de l'Etat est source de toute normativité internationale, de façon directe ou indirecte. Ceci vaut pour toutes les normes, quelle qu'en soit la nature, quelle qu'en soit l'intensité, quelle qu'en soit l'extension. L'Etat n'est donc lié qu'en vertu de son propre consentement, y compris aux coutumes, y compris aux normes de jus cogens. Ce consentement peut se présenter sous les formes les plus variées, il peut être explicite, implicite, tacite, voire présumé* »⁶².

A ces considérations théoriques, le principe *pacta sunt servanda* s'enrichit d'un constat empirique en ce sens qu'il est déterminant pour l'établissement des relations entre Etats qui doivent respecter les obligations conventions conventionnelles de façon mutuelle. Guy de Lacharrière analyse de façon fort utile l'avantage à tirer des accords conclus entre Etats pour l'affermissement de leurs relations juridiques internationales. Pour lui, « *le problème du fondement de la règle pacta sunt servanda et des moyens de l'affermir est le type même de la question théorique qui ne paraît pas faire problème pour les*

⁵⁸ On peut entre autres rappeler la théorie de l'*autolimitation* de Jellinek, la théorie de *Vereinbarung* (volonté commune) de Tripiel, Anzilotti et Cavaglieri, etc.

⁵⁹ « *Le droit international régit les rapports entre les Etats indépendants. Les règles liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans les conventions ou dans les usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne e présumant donc pas* », CPIJ, *Lotus*, série A n°10, p.18.

⁶⁰ D.ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Traduction de G. Gidel(1920), republié dans la collection Les introuvables, Paris, LGDJ, 1999, p.74.

⁶¹ Georges Scelle ne cache pas sa théorie qui voudrait que le fondement du droit international repose sur des contraintes sociales échappant à toute volonté étatique. Voir G. SCELLE, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1932, réimprimé en 1984, p.6.

⁶² S.SUR, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *R.G.D.I.P.*, 1985, p.924,

gouvernements » ; ils « continuent d'employer le traité comme une technique très précieuse de prédétermination de l'avenir tant qu'il existe un taux de concordance suffisant entre les dispositions conventionnelles et les conduites ultérieures qu'elles visent. Ce taux de concordance doit être respecté non pas au nom d'un dogme mais simplement pour que les Etats continuent d'utiliser un instrument technique qu'ils s'accordent à reconnaître comme fort commode »⁶³.

En conséquence, s'il apparaît que la théorie volontariste a quand même une ascendance sur les objectivistes, il ne faut pas perdre de vue qu'aucune théorie ne prétend à la globalité pour expliquer le fondement de la règle de droit international. Relativement à « *l'émergence d'un ordre public international, il existe des normes juridiques qui, par leur nature, s'imposent à tous les Etats y compris sans ou contre leur volonté. De telles normes ne peuvent avoir un fondement volontaire, ou exclusivement volontaire. A notre sens, elles peuvent reposer aussi bien sur les nécessités sociales que sur des principes d'une morale collective. Si l'interdiction de la torture est devenue une norme de jus cogens, ce n'est pas tant en raison de sa consécration conventionnelle que du fait que la torture heurte au plus haut point la morale de l'époque. Et c'est en tant que norme morale juridicisée par une décision juridictionnelle qu'elle est devenue une obligation erga omnes, non pas parce qu'elle repose sur un socle formé par la somme des volontés de tous les Etats* »⁶⁴.

Si le rôle de l'accord de volontés donne au droit international un caractère essentiellement concerté, le rôle des actes et des comportements unilatéraux n'est pas moins important⁶⁵.

2-Des volontés unilatérales

Il s'agit principalement des actes unilatéraux qui sont des manifestations de volonté imputables à un sujet de droit international, Etat ou organisations internationales, et « susceptibles »⁶⁶ de produire des effets dans l'ordre juridique international. Tout porte ainsi à croire que ces actes ne produisent pas tous d'effets juridiques et ne sont pas créateurs de normes. Or, il nous semble que le principe ici est dans l'hétérogénéité de manifestation de

⁶³ G.de LACHARRIERE, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, pp.201-202.

⁶⁴ M.KAMTO, « La volonté de l'Etat en droit international », op.cit., p.66.

⁶⁵ J. COMBACAU et S.SUR, *Droit international public*, op.cit., p.47.

⁶⁶ Cette nuance figure dans la définition qu'en donne le Dictionnaire de droit international de Jean SALMON : « *une manifestation unilatérale de volonté imputable à un sujet de droit international et susceptible de produire des effets dans l'ordre juridique international* » (Voir J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op.cit., p.31)

volonté, ce qui ne devrait pas conduire à minimiser voire occulter le degré de normativité que ces actes produisent.

En effet, « *le droit international n'est pas une tente dressée pour le sommeil. Il appartient aux Etats de le faire vivre, et la dialectique des actes unilatéraux est un grand ressort de cette vitalité* ». ⁶⁷ Les sujets de droit international peuvent donc accomplir des actes qui sont non seulement nombreux mais aussi d'une grande variété ⁶⁸. Il s'agit d'actes normateurs destinés à produire des effets juridiques prévus par l'ordre juridique international ⁶⁹.

En ce qui concerne les actes unilatéraux des Etats ⁷⁰, ils sont gouvernés par le principe de la liberté normative. Aucune forme particulière n'est exigée à ces actes qui peuvent prendre une forme écrite ou verbale pourvu qu'il s'agisse d'un ferme engagement étatique. Un bel exemple d'acte juridique unilatéral étatique est celui fourni par l'affaire des *Essais nucléaires* qui a opposé la France à la Nouvelle-Zélande et à l'Australie. En effet, la France est incriminée pour la légalité des essais nucléaires en atmosphère perturbant l'environnement de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie. Or, par différentes déclarations (communiqué de la présidence de la République, note diplomatique, lettre du président de la République, déclaration au cours d'une conférence de presse et une intervention devant l'Assemblée générale) ⁷¹, le gouvernement français suspend ces essais nucléaires. La CIJ saisit de cette affaire en conclut : « *Pour ce qui est de la forme, il convient de noter que ce n'est pas là un domaine dans lequel le droit international impose des règles strictes ou spéciales. Qu'une déclaration soit verbale ou écrite, cela n'entraîne aucune différence essentielle, car de tels énoncés faits dans des circonstances particulières peuvent constituer des engagements en droit international sans avoir nécessairement à être consignés par écrit. La forme n'est pas donc pas décisive* » ⁷². Il y a lieu de comprendre ici que l'ensemble des actes pris par le gouvernement français comportaient des engagements de suspension de l'exercice de ces essais nucléaires et n'avaient pas un caractère dissuasif. En sus, la CIJ venait ainsi de reconnaître et de consacrer la promesse faite par la France comme un acte

⁶⁷ S.SUR, « La créativité du droit international », *R.C.A.D.I.*, op.cit., p.173.

⁶⁸ Ch. DOMINICE, « La société internationale à la recherche de son équilibre », *R.C.A.D.I.*, op.cit., p.103.

⁶⁹ E.SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, pp.267.

⁷⁰ La Commission du droit international accorde une importance particulière aux actes unilatéraux des Etats depuis sa 49^{ème} session en 1997. Lire au besoin les rapports successifs produits à ce sujet mis en ligne. Voir entre autres CDI, « Les actes unilatéraux des Etats », *Annuaire 1998*, vol.1 et 2, document A /CN.4/486.

⁷¹ D.ALLAND, *Manuel de droit international public*, 1^{ère} édit., Paris, PUF, 2004, p.170.

⁷² CIJ, *Essais nucléaires*, 20 décembre 1974, par.45.

juridique unilatéral assorti d'engagement créateur de norme : « *Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques... Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé* »⁷³. L'attitude de la France de cesser les Essais nucléaires montre qu'elle a une obligation de comportement. La promesse faite par elle résulte d'un acte juridique unilatéral, qui peut être génératrice d'une norme, une norme clairement individualisée⁷⁴. D'ailleurs, la promesse est « *un engagement d'un sujet de droit (le promettant) à adopter à l'avenir un certain comportement, créateur d'obligations pour le promettant et de droits pour un co-contractant ou des tiers* »⁷⁵.

Dans tous les cas, la liberté accordée à l'Etat de s'exprimer doit être clairement signifiée chez le représentant de l'Etat qui ne doit pas faire de promesse mensongère⁷⁶. Parfois, c'est la compétence ou la qualité de l'auteur d'acte unilatéral qui peut soulever des inquiétudes. En de pareille situation, le comportement d'un particulier ou d'un agent doit être effectivement celui du représentant qualifié de l'Etat qui a intérêt à agir. Dans une affaire de conflit territorial qui a opposé la Norvège au Danemark, la déclaration du premier ministre norvégien était de nature à engager sans équivoque son pays vis-à-vis du Danemark. La CPJI avait jugé « *...qu'une telle réponse à une démarche du représentant diplomatique d'une puissance étrangère, faite par le ministre des Affaires étrangères au nom du gouvernement, dans une affaire qui est de son ressort, lie le pays dont il est le ministre* »⁷⁷. Or, dans d'autres circonstances, une déclaration émanant du ministre rwandais de la justice n'avait pas requis pour la Cour le caractère d'un engagement unilatéral aux motifs que le contenu réel de la déclaration ainsi que les circonstances qui l'ont entourée ne sont pas de nature à engager le Rwanda⁷⁸. Même si cette décision de la Cour nous semble un peu surprenante tout porte à croire que pour elle il faut analyser au cas par cas les déclarations des autorités habilitées⁷⁹

⁷³ CIJ, *Affaires des Essais nucléaires* (Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France), arrêts du 20 décembre 1974, CIJ, Rec., 1974, p.267, par.43 ; et p.472, par.45.

⁷⁴ Ch. DOMINICE, « La société internationale à la recherche de son équilibre », *R.C.A.D.I.*, p.105.

⁷⁵ J.SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, op.cit., p.893.

⁷⁶ CIJ, *Affaire du Différend frontalier*, (Burkina Faso c. République du Mali), Arrêt du 22 décembre 1986, Rec., 1986, par.59, p.573.

⁷⁷ CPJI, *Statut juridique du Groenland Oriental*, 5 avril 1933, Rec.p.71.

⁷⁸ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, 3 février 2006, par.49.

⁷⁹ La Cour avait notamment souligné que : « *c'est une règle de droit international bien établie que le chef de l'Etat, le chef de gouvernement et le ministre des Affaires étrangères sont réputés représenter l'Etat du seul fait*

oubliant que tout dépend de la volonté des Etats à s'engager. Sur ce point, aucun acte ne peut faire obstacle à l'orientation que les Etats ont voulu librement donner à leur déclaration souveraine.

La promesse n'est pas le seul acte juridique unilatéral à l'initiative des Etats, d'autres actes leur sont imputables. Pierre-Marie Dupuy synthétise en parlant de catégories d'actes juridiques interétatiques qui sont généralement opérées en fonction des finalités des actes considérés, lesquelles peuvent être effectivement variées. Il distingue notamment les actes unilatéraux étatiques suivant qu'ils ont trait à l'opposabilité d'une situation juridique, à l'exercice de droits souverains ou à la création d'engagements juridiques.

Tout d'abord, l'opposabilité d'une situation juridique offre deux possibilités à un Etat : reconnaître ou protester. Ensuite, dans le cas de l'exercice de droits souverains, sont concernés les actes unilatéraux pris dans l'ordre interne par un Etat, afin d'exercer les compétences, discrétionnaires ou liées, qui lui sont conférées par le droit international. Ainsi en est-il par exemple de la délimitation de ses eaux territoriales ou de sa zone économique exclusive, de l'attribution de sa nationalité à une personne physique ou morale, de l'immatriculation d'un navire, d'un aéronef ou d'un engin spatial, d'une autorisation de survol de territoire national ou d'une déclaration d'embargo commercial, de guerre ou de neutralité, etc. Enfin, la création d'engagements juridiques n'intervient que lorsque certains actes unilatéraux ont pour effet, sinon toujours pour objet, le renoncement à l'exercice d'un droit ou, selon les cas, la création d'une obligation à l'égard de leur auteur⁸⁰. C'est dans ce cas que nous situons la « promesse » qu'une partie de la doctrine réfute comme un acte juridique normateur⁸¹.

S'agissant des actes unilatéraux des organisations internationales, non seulement le principe de l'autonomie normative les domine mais aussi ils s'en différencient. En effet, pour vérifier si un acte unilatéral d'une organisation internationale est source de droits et d'obligations pour les sujets du droit international, il faut se reporter à son acte constitutif. C'est ce traité constitutif qui détermine si, à quelles conditions et selon quelles procédures, il est reconnu à l'organisation internationale une capacité de produire ce que l'on appelle du droit dérivé. Il ne peut donc y avoir de réponse globale puisque cela dépend des habilitations

de l'exercice de leurs fonctions, y compris pour l'accomplissement au nom dudit Etat d'actes unilatéraux ayant valeur d'engagement international ». Voir CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, 3 février 2006, par.49.

⁸⁰ P.-M., DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I.*, vol.297, 2003, pp.150-153.

⁸¹ E.SUY, *op.cit.*, p.109.

consenties par les Etats membres mentionnées dans l'acte constitutif de chaque organisation⁸².

A l'instar des Etats, les actes unilatéraux des organisations internationales prennent différentes dénominations (résolutions, recommandations, décisions, déclarations, codes, directives, règlements, etc.). Il y a là une hétérogénéité de manifestations de volontés unilatérales⁸³ qui ne permet pas d'emblée d'élaborer une théorie sur leur nature et portée juridiques dominées plutôt par une incertitude dans la mesure où la diversité des actes produits ne correspond pas toujours à la nomenclature officielle de l'acte constitutif de l'organisation. Aussi nombreux qu'ils apparaissent, les actes unilatéraux des organisations internationales peuvent revêtir le caractère obligatoire ou non. Loin de les examiner tous, il nous paraît pertinent de passer en revue les communiqués, les résolutions et les recommandations des organisations internationales qui peuvent créer d'engagements pour les Etats membres donc susceptibles de devenir des normes.

Tout d'abord, un communiqué⁸⁴ émanant d'un organe d'une organisation internationale peut donner naissance à une norme dès lors que l'existence de l'intention de se lier est établie. L'absence de formalisme en droit international ne fait pas obstacle à la création d'un engagement juridique pouvant lier les Etats membres d'une organisation internationale à partir d'un communiqué. Dans l'affaire du Plateau Continental gréco-turc de la mer Egée, analysant la nature du communiqué conjoint gréco-turc du 31 mai 1975, la CIJ a tenu à rappeler « *qu'il n'existait pas de règle de droit international interdisant qu'un communiqué conjoint constitue un accord international destiné à soumettre un différend à l'arbitrage ou au règlement judiciaire* »⁸⁵. Bien qu'il soit possible que le communiqué soit le lieu d'un engagement politique, ce qui compte c'est l'intention de se lier des parties et les effets juridiques qui ressortent de leur acte qui entrent en ligne de compte dans la valeur juridique du communiqué en question. Il est vrai que depuis plusieurs années, la question de la distinction des engagements juridiques et ceux politiques a occupé la doctrine au point de

⁸² D.ALLAND, *Manuel du droit international public*, op.cit., p.176.

⁸³ Ch. DOMINICE, op.cit. pp.107-108.

⁸⁴ Le communiqué est défini comme une « *prise de position officielle établie d'un commun accord, diffusée à l'issue de la plupart des réunions internationales bilatérales ou multilatérales interétatiques et en particulier de certaines rencontres de chefs d'Etat ou de chefs ou membres de gouvernements, pour rendre publics les résultats de ces rencontres. Selon son contenu, le communiqué constitue un acte concerté de caractère et de portée politique ou un accord international* », in J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op.cit., pp.206-207.

⁸⁵ CIJ, *Affaire du Plateau continental de la mer Egée*, arrêt du 19 décembre 1978, CIJ Recueil 1978, p.39.

semer la confusion dans les esprits⁸⁶. Cette préoccupation n'a rien perdu de son actualité surtout avec les déclarations à l'issue des sommets des grandes puissances (G7, G8, ou G20) qui présentent parfois la forme d'un engagement juridique alors que les participants n'ont pas réellement cette intention de se lier. Ces déclarations sont sur les traces de beaucoup d'autres comme celles de Yalta du 11 février 1945 sur l'Europe libérée, de l'Acte final d'Helsinki suite aux travaux de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe de 1975 ou encore de la charte de Paris adoptée en 1990⁸⁷. Bien qu'elles soient dépourvues d'effets juridiques ces différents textes ont suivi une procédure qui ressemblent à celle des accords internationaux à l'instar du *gentlemen's agreement* dont la normativité est sujette à caution⁸⁸. C'est pour toutes ces raisons qu'il a été retenu « *qu'il existe sans doute, à côté de l'ordre normatif structuré et plus ou moins formalisé par le droit, un autre ordre, de caractère non plus juridique mais politique ; il offre beaucoup plus de souplesse, mais n'est pas nécessairement moins contraignant... Si la multiplication des textes qui s'inscrivent dans la normativité politique traduit bien un phénomène de « fuite devant le droit », ce registre normatif n'est pas pour autant dépourvu de tout lien substantiel avec les principes qui régissent le droit des traités : on doit considérer en particulier que la règle de la bonne foi est commune aux deux ordres. Il en est de même de celle d'après laquelle les engagements ne sont valables qu'autant que les circonstances qui ont donné lieu à leur conclusion ne sont pas profondément modifiées ou, tant qu'elles restent en l'état... »⁸⁹.*

Ensuite, la résolution des organisations internationales est un terme générique de caractère formel qui a donné lieu à beaucoup de controverses quant à sa valeur juridique. La question préoccupante est celle de savoir si ces résolutions peuvent engendrer des normes, entendues comme de règles de conduites obligatoires. Il n'est pas discutable que lorsque la résolution porte sur la vie interne de l'organisation, elle constitue ce que l'on appelle le droit propre de l'organisation et à vocation à s'imposer aux Etats membres. A l'ONU, le vote du budget, la création d'un organe ou la modification d'une règle de fonctionnement par l'Assemblée générale constituent des décisions obligatoires pour tous les Etats membres y compris ceux qui s'y sont opposés. C'est lorsque la résolution porte sur les actes externes et

⁸⁶ M. VIRALLY, « Rapports provisoire et définitif à l'institut de droit international », *Annuaire IDI*, vol.60, t.1, session de Cambridge, 1983.

⁸⁷ Il convient de préciser que les Etats trouvent intéressant de recourir à un texte politique qui leur paraît moins difficile à respecter que de suivre la procédure périlleuse du traité. L'Acte final d'Helsinki de 1975 est un bel exemple qui a connu beaucoup de succès en raison de ses dispositions qui sont des codifications et de ses engagements pratiques.

⁸⁸ P.M. EISEMANN, « *Le gentlemen's agreement* comme source du droit international », *Journal du droit international*, 1979, vol.106, pp.326-348.

⁸⁹ P.-M., DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I., op.cit.*, p.134

qui énoncent des principes ou des règles à destination des Etats membres que la portée juridique de cette résolution devient problématique⁹⁰. En effet, la force d'une résolution est contenue dans l'acte constitutif de l'organisation qui l'a créée. On a expliqué que « *Tout dépend de la force qu'attribue la charte constitutive de l'organisation aux actes de celle-ci. C'est donc dans le silence de la charte que se pose la question de la force obligatoire des résolutions. Pour qu'une résolution soit réellement créatrice d'une norme, il faut que la source de l'obligation réside dans la résolution elle-même et non dans un comportement ultérieur de ses destinataires. Cela conduit à considérer comme non pertinents les cas dans lesquels les Etats ont par avance ou a posteriori accepté d'exécuter la résolution. Certes, les Etats sont bien liés, mais par leur propre comportement. La source de l'obligation réside dans leur volonté, mais non dans la résolution elle-même* »⁹¹. Ainsi dans la charte des Nations unies, le terme résolution est utilisé pour signifier deux choses. La résolution a valeur de décision lorsqu'il s'agit des mesures internes liées au bon fonctionnement de l'organisation mais aussi dans le cadre de la mise en œuvre du chapitre VII en matière de la paix et de la sécurité internationale dont la compétence incombe au Conseil de sécurité. A ce niveau, il n'y a pas d'incertitude à la création d'une norme résultant du comportement des Etats membres. Le problème se pose sérieusement pour les résolutions qui ont une valeur de recommandation dont la portée juridique est toujours controversée.

Si les résolutions des organisations internationales qu'on assimile à des recommandations ne sont rien que des déclarations qui n'ont pas valeur à s'imposer aux Etats, il importe toutefois de nuancer selon que les Etats l'ont acceptée ou refusée. Lorsque les Etats l'ont rejetée, ils s'en tiennent aux statuts de l'organisation qui ne donnent aucune valeur obligatoire à ces textes⁹². Mais lorsque cette résolution est néanmoins acceptée en dépit des prescriptions statutaires, on peut relever que les Etats entendent manifester clairement leur consentement à l'instar d'un engagement conventionnel et l'on « *peut en déduire qu'elle leur est opposable en vertu du principe de la bonne foi et de l'estoppel, qui interdisent tous deux que se l'on se prévale d'une position pour la contredire ensuite par sa*

⁹⁰ A. MAHIOU, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », *R.C.A.D.I.*, vol.337, 2008, pp.348-349

⁹¹ J-P. JACQUE, « Acte et norme en droit international public », *op.cit.*, p.397.

⁹² Mais l'obligation d'un texte n'est pas subordonnée à son caractère sanctionnateur. Le juge Bedjaoui en a apporté une explication : « *Le caractère juridique d'une obligation ne naît pas de l'existence effective d'une sanction...En d'autres termes, le problème du caractère obligatoire de la résolution est somme toute académique dans la mesure où un organe compétent ne saurait prendre régulièrement un acte qui n'aurait pas de valeur obligatoire* », in M. BEDJAOU, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, UNESCO, 1979, pp.181-183

conduite ultérieure »⁹³. Les difficultés doctrinales soulevées par la valeur juridique obligatoire d'une recommandation n'ont pas laissé indifférente la CIJ qui a été obligée de donner son avis dans le cadre de l'Affaire sur la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires : « *les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative* »⁹⁴. Il faut donc en conclure qu'une résolution qu'elle soit une décision ou une recommandation a une portée normative qui dépend *in fine* du comportement des Etats qui ont choisi librement de l'adopter.

Les différents actes juridiques ainsi examinés produisent d'une manière et d'une autre des effets juridiques importants.

B-Une production d'effets juridiques

Par « effets juridiques » on peut entendre la création de droits et obligations à la charge des parties qui sont les sujets de droit international. Les effets ainsi produits, internes et externes, sont sources de normativité.

1-Des effets internes

Dans le cadre des effets internes produits par les actes unilatéraux des organisations internationales, Christian Dominicé dit qu'il s'agit « *de tout ce que l'organisation doit effectuer pour assurer un fonctionnement ordonné* »⁹⁵. L'idée de cet auteur peut convenir dans le cadre des conventions puisqu'il s'agit de voir tout ce que les Etats peuvent faire pour assurer la bonne marche des accords conclus. En définissant le traité comme l'expression de volontés concordantes des parties destinées à produire des effets de droit, il faut y voir que le traité produit d'abord des effets à l'égard des parties contractantes. C'est ce qui est désigné par le principe de l'effet obligatoire connu sous le principe *pacta sunt servanda*. En effet, l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités mentionne clairement que « *tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté de bonne foi* ». Cette disposition conventionnelle est bien conforme à l'esprit de la jurisprudence dans l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise : « *Un traité ne fait droit qu'entre les Etats qui y sont parties ; dans le doute, des droits n'en découlent en faveur d'autres Etats* »⁹⁶. Même dans les cas de l'application des traités dans l'espace, l'obligation de respecter le traité

⁹³ A. MAHIOU, *R.C.A.D.I.*, *op.cit.*, p.349.

⁹⁴ CIJ, Avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, CIJ Recueil 1996, p.254.

⁹⁵ Ch. DOMINICE, *R.C.A.D.I.*, *op.cit.*, p.108.

⁹⁶ CPIJ, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt de 1926.

est exigée même si on peut y voir là une sorte de superposition en droit interne du droit international en matière de délimitation frontalière. L'article 29 de la Convention de Vienne de 1969 souligne à cet effet : « *A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire* ». En un autre sens, la CIJ interdit que les Etats interprètent à leur manière le caractère obligatoire attaché au traité pour ne pas respecter l'entière du texte. Dans le cas de la convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la prétention de la Russie de ne pas respecter tout le texte pour défaut de disposition générale a été balayée par la CIJ qui a estimé que si la convention ne comporte pas de disposition générale limitant l'application territoriale des obligations qu'elle énonce, elle est pertinente même pour des faits qui se sont déroulés hors du territoire⁹⁷.

En ce qui concerne les effets internes des actes unilatéraux des organisations internationales, ils intéressent la vie propre de l'organisation qui peut concerner entre autres le budget, la gestion du personnel, l'admission d'un nouveau membre, etc. En vertu des compétences reconnues aux organes d'une organisation, il arrive que cette dernière s'octroie d'autres compétences implicites qui ne sont pas expressément attribuées par l'acte constitutif. Il faut comprendre par exemple la création du Tribunal Administratif des Nations unies par l'Assemblée générale comme un mécanisme trouvé pour contrôler la vie du personnel administratif et ne pas surcharger la CIJ qui ne juge que des Etats⁹⁸. Il en est de même de la création des organes subsidiaires par certains organes principaux des organisations internationales dont les activités peuvent contribuer à produire la normativité. A l'opposée des effets internes, les effets externes se présentent différemment.

2-Des effets externes

Toujours dans le cadre des actes des organisations internationales, Ch. Dominicé explique que les actes destinés à avoir des effets externes « *ont pour objet la réalisation des buts de l'organisation et l'une de leurs caractéristiques est qu'ils peuvent affecter la situation juridique des membres-voire des tiers-en dehors de l'organisation* »⁹⁹. Plus intéressant est le sort réservé aux décisions des organisations internationales en dehors des Etats membres. La Charte des Nations unies apporte une réponse appropriée à cette situation dans la mesure où

⁹⁷ CIJ, *Application de la convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, ord., 15 octobre 2008, par 72, par 92 et par.109.

⁹⁸ CIJ, Avis consultatif du 13 juillet 1954 sur l'effet de jugements du Tribunal Administratif des Nations unies accordant indemnité, CIJ, recueil 1954, p.47.

⁹⁹ Ch. DOMINICE, *R.C.A.D.I.*, op.cit., p.108.

elle renseigne sur les obligations qui peuvent incomber aux Etats non membres. L'article 2 paragraphe 6 mentionne que les Etats non membres ne peuvent manquer de respecter les principes prévus dans la charte. Singulièrement, le principe sacro-saint du maintien de la paix et de la sécurité internationale a une valeur juridique *erga omnes* et se révèle comme l'un des principes qui s'impose aux Etats non membres pour la simple raison que l'ONU est garante de l'ordre public international¹⁰⁰. A plusieurs occasions, d'importantes résolutions onusiennes ont été prises contre les Etats non membres de l'ONU. Il en est ainsi dans l'Affaire du *Détroit de Corfou* qui a opposé le Royaume-Uni à l'Albanie. Non seulement l'Albanie, Etat non membre des Nations Unies a facilité la tâche de la sous-commission chargée de faire le rapport au Conseil de sécurité¹⁰¹ mais aussi a accepté le recours devant la CIJ¹⁰². L'ONU était également intervenue dans la question espagnole sous le régime franquiste qui était épinglé comme une menace à la paix et à la sécurité internationales. La recommandation de l'Assemblée générale pour le faire revenir au régime démocratique et rappeler les représentants des Etats membres installés à Madrid était perçue comme une forme de sanction pour dissuader l'Espagne non membre à l'époque¹⁰³. Parfois, les institutions spécialisées sont mises à contribution pour faire payer les Etats non membres de leur forfaiture¹⁰⁴.

Au total, le traitement que l'ONU réserve aux Etats non membres montre bien qu'elle ne fait aucune différence avec les Etats membres lorsqu'il s'agit de prendre des dispositions pour faire respecter la Charte.

En ce qui concerne les effets externes des traités, ils peuvent concerner d'une part, d'autres traités et les Etats tiers qui ne sont pas parties aux traités, d'autre part.

Les effets des traités à l'égard d'autres traités s'observent dans le cadre de l'application de l'article 103 de la Charte des Nations unies qui demande aux Etats membres d'accorder une suprématie aux engagements contenus de la Charte lorsqu'ils entrent en contradiction avec les engagements qu'ils ont conclus. C'est en quelque sorte une déclaration de compatibilité entre la Charte et les autres traités. Cette disposition insinue implicitement

¹⁰⁰ « Règles d'importance fondamentale pour la communauté internationale dans son ensemble auxquelles les Etats ne pourraient, à peine de nullité, déroger, par des conventions contraires », in J. SALMON (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, op.cit., p.789.

¹⁰¹ S/RES/19 du 27 février 1947.

¹⁰² CIJ, S/RES/22, 9 avril 1947.

¹⁰³ A/RES/39(1) du 12 décembre 1946.

¹⁰⁴ Voir la résolution 232 du conseil de sécurité prise contre la Rhodésie ou la résolution 2107(XX) du 21 décembre 1965 contre le Portugal lui coupant les aides.

une hiérarchie entre la Charte et les autres normes conventionnelles. Aussi, doit-on ajouter que les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit de traités semblent conforter cette idée de hiérarchie implicite en ce sens que tout traité international qui entrerait en conflit avec un traité de *jus cogens* est nul et de nul effet.

Pour ce qui est des effets externes des traités à l'égard des tiers, le principe est bien connu qu'aucun traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement¹⁰⁵. C'est une conséquence directe de l'autonomie de la volonté reconnue aux Etats souverains. Or, dans deux cas au moins, le tiers qui n'a participé à aucune phase du traité devient bénéficiaire de droits et d'obligations.

Le premier cas concerne les traités qui peuvent affecter directement la situation juridique des tiers. La thèse développée ici est bien simple puisque le traité conclu par les Etats membres contient des dispositions qui confèrent des droits ou imposent des obligations aux Etats tiers alors même que leur consentement n'est pas établi. Cette situation n'a pas laissé indifférente la jurisprudence qui pense que l'Etat tiers doit avoir probablement donné son consentement¹⁰⁶ alors que la doctrine l'explique par le mécanisme de la stipulation pour autrui¹⁰⁷ qui produit ses effets dès l'entrée en vigueur du traité¹⁰⁸.

La deuxième hypothèse concerne les influences indirectes du traité sur les tiers. Il ne s'agit pas d'observer que des droits sont créés ou des obligations imposées mais le traité conclu par certains Etats influence directement l'Etat tiers. Cette situation s'observe d'abord en cas de *la clause de la nation la plus favorisée* qui est une « *disposition fréquemment utilisée, spécialement dans les traités de commerce par laquelle les parties se garantissent le bénéfice d'avantages plus importants que l'une d'entre elles viendrait à accorder ultérieurement à un Etat tiers par un autre traité portant sur la même question* »¹⁰⁹. Il y a également le cas des traités créant des situations objectives qui déploient leurs effets au-delà des Etats parties ainsi que nous avons pu l'observer dans les accords de délimitations frontalières opposables à tous. Certains auteurs expliquent que si les traités de frontières sont respectés par les tiers c'est parce qu'ils y reconnaissent la compétence exclusive dont sont dotés les Etats parties, au titre de leur souveraineté territoriale, pour déterminer par voie

¹⁰⁵ Art.34 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

¹⁰⁶ CPJI, Affaire des Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex ; France c. Suisse, arrêt du 7 juin 1932, série A/B, n°46, p.147.

¹⁰⁷ Il s'agit d'« *une disposition d'un traité comportant une promesse à l'égard d'un sujet de droit international qui n'est pas partie à ce traité* », in J.SALMON(dir.), *op.cit.*, p.1054.

¹⁰⁸ P.-M., DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, *op.cit.*, pp.330-331

¹⁰⁹ J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p.178.

d'accord les limites de leurs territoires respectifs¹¹⁰. Or, l'objectivité dont on parle n'est que relative. On soutient d'ailleurs « *que rien n'est objectif dans le milieu international où l'égalité souveraine fait régner les reconnaissances et les opposabilités subjectives. Il se trouve seulement que les Etats n'ayant pas d'intérêts vitaux en toutes matières s'accommodent de constructions qui tantôt échappent à leur compétence tantôt leur sont assez étrangères pour n'avoir pas à s'y opposer* »¹¹¹. A ces différentes situations, il faut ajouter les engagements en cas de succession d'Etats¹¹² que la jurisprudence reconnaît comme l'une des manières dont la souveraineté territoriale se transmet d'un Etat à un autre¹¹³.

La normativité issue des actes juridiques internationaux ne crée pas toujours de sécurité pour les parties. Cette situation d'insécurité normative peut conduire à parler d'une déconstruction de l'autonomie normative.

II- Une autonomie normative en déconstruction

Le droit international n'est pas statique ; il subit beaucoup de mutations qui affectent son fondement. C'est un droit constamment menacé. En effet, l'ordre juridique international recherché par l'élaboration des actes juridiques reste le plus souvent fragilisé par un certain nombre de situations qui ressemblent à un désordre normatif consubstantiel aux effets produits. A ce désordre, le contenu des actes créés révèle l'existence de lacunes qui pour être surmontées ont besoin d'approches nouvelles.

A- Un désordre normatif au sein des actes juridiques

Le désordre normatif naît d'une perturbation entre normes, qui conduit à la survenance de conflits normatifs. Le dictionnaire du droit international public définit le conflit de normes comme « *une situation créée par deux règles juridiques contradictoires, simultanément applicable à une situation concrète* »¹¹⁴. Il s'agit en principe d'antinomies entre des normes aptes à s'appliquer en même temps. C'est pour cela qu'un auteur clarifie en disant que « *le conflit entre normes apparaît quand deux ou plusieurs dispositions normatives s'appliquant aux mêmes faits divergent partiellement quant aux conséquences juridiques à rattacher à ces faits. On pourrait dire que le conflit apparaît potentiellement dès que deux ou plusieurs*

¹¹⁰ P.-M., DUPUY et Y. KERBRAT, *op. cit.*, p.333.

¹¹¹ D.ALLAND, *Manuel de droit international public, op.cit.*, p127.

¹¹² Voir au besoin la convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités

¹¹³ CIJ, *Affaire du différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime*, (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant), arrêt du 11 septembre 1992

¹¹⁴J. SALMON (dir.), *Dictionnaire du droit international public, op.cit.*, p.234.

normes s'appliquent aux mêmes faits »¹¹⁵. Divers types de conflits de normes peuvent être issus de la naissance des actes juridiques. A titre illustratif, on peut envisager d'une part, les conflits de normes au sein des actes juridiques de façon générale et les conflits entre la *hard law* et la *soft law* de façon spécifique.

1- Des conflits au sein des actes juridiques de manière générale

Selon que nous avons à faire aux conventions ou aux actes unilatéraux, on observe des collisions entre les normes créées qui affectent les effets recherchés. Plusieurs niveaux de conflits peuvent être révélés dont deux essentiels : les conflits de dispositions dans un même acte juridique et les conflits entre deux actes juridiques portant sur la même matière.

Dans le cas d'un même acte juridique comportant des dispositions contradictoires voire opposés, on peut l'illustrer dans la Charte des Nations-Unies et dans la Convention de Montego Bay.

Dans la Charte des Nations unies, il est fait interdiction du recours à la force sous toutes ses formes. Il ne pouvait en être autrement puisque la Charte elle-même a été créée pour maintenir la paix et la sécurité internationale. La prohibition du recours à la force est une norme impérative à effet *erga omnes*. Or, dans la même charte, il est consacré l'usage de la force en cas de légitime défense et de la sécurité collective. Le chapitre VII de ladite charte indique le comportement à suivre surtout par le Conseil de sécurité, organe principal du maintien de la paix en cas de menace, de rupture de la paix et le chapitre VIII implique les organisations régionales pour une coopération militaire avec l'ONU. La question se pose de savoir quelle norme doit-on privilégier lorsqu'on se permet d'autoriser et d'interdire en même temps le recours à la force dans un acte unique ?

Dans la convention de Montego Bay sur le droit de mer de 1982 il est des confusions étonnantes au niveau des articles 62 et 69 qui poussent à se demander s'il a existé un consensus qui a présidé à la version du texte adopté.

L'article 62.2 mentionne : « *L'Etat côtier détermine sa capacité d'exploitation des ressources biologiques de la zone économique exclusive. Si cette capacité d'exploitation est inférieure à l'ensemble du volume admissible des captures, il autorise d'autres Etats, par voie d'accord...à exploiter le reliquat* ». Quant à l'article 69, il énonce qu'« *un Etat sans*

¹¹⁵ R. KOLB, « Conflits entre normes de jus cogens », in *Mélanges en l'honneur de J. SALMON, Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.483.

littoral a le droit de participer, selon une forme équitable, à l'exploitation d'une part appropriée du reliquat des ressources biologiques des zones économiques exclusives des Etats côtiers de la même sous-région, compte tenu des caractéristiques économiques et géographiques pertinentes et conformément au présent et aux articles 61 et 62 ». La question se pose de savoir que met-on dans l'expression « un Etat sans littoral » ? Quelle est l'étendue de son droit ? C'est à ce niveau que se situe l'ambiguïté.

Par ailleurs, il peut y avoir aussi des actes unilatéraux qui sèment la confusion dans les esprits. L'Assemblée générale a adopté un certain de résolutions contradictoires sur la même matière. Dans trois cas au moins, la confusion a été totale. Le premier cas concerne l'armistice en Corée pour son maintien ou son remplacement. La Résolution 3390A indique que « *l'accord d'armistice reste indispensable au maintien de la paix et de la sécurité dans la région* » alors que la Résolution 3390B considère « *qu'on ne peut escompter une paix durable tant que l'état d'armistice est maintenu en Corée tel qu'il est* ». Mieux, dans le cadre de l'affaire du Sahara occidental, deux résolutions contradictoires ont été adoptées dont l'une, la résolution 3458A est favorable à l'autodétermination du peuple sahraoui alors que la résolution 3458B confie l'administration intérimaire du Sahara Occidental à la Mauritanie, au Maroc, et à l'Espagne ainsi qu'à l'assemblée locale mise en place par l'Espagne »¹¹⁶.

Aussi, doit-on rappeler les Résolutions 43/131 et 45/100 adoptées respectivement aux 43^{ème} et 45^{ème} sessions de l'Assemblée générale des Nations unies qui portent curieusement le même intitulé : « *assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence de même ordre* ». Ces deux résolutions portent sur des concepts qui ne font pas bon ménage et s'accommodent rarement car on insiste à la fois sur le respect de la souveraineté des Etats et sur la question des droits de l'homme et du droit humanitaire. En substance, on souligne, d'une part, « *la souveraineté, l'intégrité territoriale et l'unité nationale des Etats et que c'est à chaque Etat qu'il incombe au premier chef de prendre soin des victimes de catastrophes naturelles et situations d'urgence de même ordre se produisant sur son territoire* » ; d'autre part, « *que le fait de laisser les victimes de catastrophes naturelles et situations d'urgence de même ordre sans assistance humanitaire représente une*

¹¹⁶ Ces exemples peuvent se retrouver dans les travaux de J. SALMON, « Quelques observations sur la qualification en droit international public », in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp.345-365 ; G.de LACHARRIERE, *La politique juridique des Etats*, Paris, Economica, 1983, pp.92-93.

menace à la vie humaine et une atteinte à la dignité humaine »¹¹⁷. A ce niveau, il est pertinent de se demander ce qui est véritablement privilégié. Le respect de la personne humaine doit-il prendre le pas sur la souveraineté des Etats ou vice versa. Au-delà des confusions que renferment ces résolutions, la préoccupation soulevée ici n'est pas nouvelle en doctrine. Robert Kolb rapporte trois grandes tendances dégagées à partir des considérations doctrinales issues des collisions entre protection des droits fondamentaux de l'homme et non recours à la force. Tout d'abord, l'interdiction du recours à la force s'impose aux droits fondamentaux de l'homme : l'utilisation de la force sans l'accord du Conseil de sécurité serait dans ces cas toujours illicite. Dans ce cas le *jus cogens* du non-recours à la force prime sans résidu aucun le *jus cogens* des droits de l'homme. Ensuite, il arrive qu'aucune des deux normes en conflit ne prenne absolument le dessus sur l'autre. Il faut envisager ici une harmonie sans chercher à sacrifier l'une au détriment de l'autre. Dans ce contexte et au regard des considérations contemporaines, la dimension droits de l'homme peut revêtir un cachet spécial. Enfin, une hiérarchie peut se révéler entre une norme impérative d'ordre public universel en compétition avec une norme impérative d'ordre public à caractère régional. La contradiction peut naître des deux instruments universels et régionaux qui s'opposent. Mais au fond, les instruments universels ne doivent prétendre déroger aux protections plus poussées des ordres régionaux ; au contraire, ils les appellent de leurs vœux. Inversement, les instruments régionaux ne dérogent pas aux instruments universels en abaissant le seuil des droits protégés, mais au contraire y ajoutent souvent des droits¹¹⁸.

Hormis ces cas, des conflits voire des confusions peuvent s'observer entre la soft *Law* et la hard *Law*.

2-Des conflits entre la *Hard Law* et la *Soft Law* de façon spécifique

Prosper WEIL se présente comme l'un des principaux adversaires de la *Soft Law*¹¹⁹ en relativisant son degré normativité. Car pour cet auteur, l'entrée de la soft *Law* dans l'échelle de normativité est source de désordre dont les juristes devraient s'en méfier au risque

¹¹⁷ Voir S. LAGHMANI, « le phénomène de perte de sens en droit international », in R.BEN ACHOUR Et S. LAGHMANI (dir.), *Harmonie et contradictions en droit international*, Rencontres internationales de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, Pédone, 1996, pp.69-70.

¹¹⁸ R. KOLB, « conflits entre normes de *jus cogens* », *op.cit.*, pp.495-499.

¹¹⁹ Il s'agit d'une expression en vogue depuis 1930 formulée par Lord McNair pour désigner les principes abstraits en droit en opposition à la hard *Law* qui est du droit concret. Lire au besoin Lord Arnold McNair, « The functions and differing legal character of treaties », 1930, 11 *Brit.Y.B.Int'* 1 L.100; H.ASCENSIO, « La *Soft Law*, nouvel objet ou nouvel intérêt-Le point de vue d'un internationaliste », in P.DEUMIER et J-M .SOREL(dir.), *Regards croisés sur la soft Law en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2018, pp.91-96.

d'engendrer « *une dislocation de la structure normative du droit international et la dénaturation de ses fonctions* »¹²⁰. Ordinairement définie comme du droit mou, la soft Law est un concept « attrape-tout »¹²¹ qui a des caractéristiques propres¹²². Le défaut d'un consensus doctrinal¹²³ sur sa nature normative a conduit à relativiser la thèse de Prosper WEIL. Pour Alain PELLET, il faut comprendre par Soft Law un ensemble d'accords non contraignants « *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* »¹²⁴. Sa conception de la *Soft Law* est très proche de la thèse du « *droit assourdi* » défendue par Abi-Saab Georges inspiré par François RIGAUX. En effet, ce dernier met en avant l'idée que la *soft Law* est un processus conduisant à la formation de la *hard Law* puisqu'elle comporte des étapes de « droit en gestation » appelé à évoluer pour devenir le *hard Law* de demain¹²⁵.

Dans ce contexte, il convient de relativiser la thèse de la séparation étanche entre la *hard Law* et la *soft Law* entrant respectivement dans la catégorie des normes rigides et souples. Or, cette manière de voir les choses est recommandée dans la mesure où la nature d'un acte juridique en dépit de sa normativité ne suppose pas d'emblée qu'elle comporte une certaine obligatorité. Il peut ainsi naître une confusion voire un conflit entre le droit souple et le droit dur mais aussi une imbrication des deux règles. A la lecture, l'on peut remarquer que certains contenants hard peuvent contenir des normes soft et certains contenants soft peuvent avoir des normes hard¹²⁶. Alors que le traité a été toujours considéré comme une norme obligatoire, force est de reconnaître que tout traité ne lie pas les parties. Alain PELLET recommande la prudence. Car, il y a des traités qui sont souples parce que comportant de simples recommandations, ou énonçant des orientations vagues et générales ou

¹²⁰ P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », *R.G.D.I.P.*, n°86, 1982, p.47.

¹²¹ Y. KERBRAT et P.-M., DUPUY, *Droit international public*, op.cit., p.433.

¹²² I.DUPLESSIS, « Le vertige de la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *RQDI*, 2007, n°19, p.245.

¹²³ P. BRUNET, « Soft Law or Law in Progress ? Relecture d'articles classiques (P.Weil, A.Pellet et G.Abi-Saab), in P.DEUMIER et J-M.SOREL(dir.), *Regards croisés sur la soft Law en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ, 2018, pp.209-223.

¹²⁴ A. 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-mêmes : méthodes d'analyse du droit international* », *Mélanges offerts à Charles CHAUMONT*, Paris, Pédone, 1984, pp.465-493.

¹²⁵ G.ABI-SAAB, « Eloge du « droit assourdi ». Quelques réflexions sur le rôle de la *Soft Law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François RIGAUX*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp.137-144.

¹²⁶ P. BRUNET, « Soft Law or Law in Progress ? Relecture d'articles classiques (P.Weil, A.Pellet et G.Abi-Saab), op.cit., p.220

des règles alternatives¹²⁷. Il en est par exemple de l'Accord de Paris sur le climat du 12 décembre 2015 qui indique par exemple que « *les Etats parties devraient prendre des mesures pour conserver et, le cas échéant, renforcer certaines structures* »¹²⁸. Sur ce point, et de façon générale, en droit international de l'environnement, il existe un nombre important de traités dénommés « *Accords Environnementaux Multilatéraux (AME) qui se caractérisent par des engagements vagues, et une Conférence des Parties (COP) chargée d'adopter des décisions afin d'adapter le régime au gré de l'évolution des connaissances scientifiques* »¹²⁹. Ces accords environnementaux ne sont que de la *Soft Law* car ne s'imposant pas pour les parties. D'autres traités mentionnent par exemple que les Etats parties « *devraient toujours respecter certaines principes* » comme c'est le cas pour la convention relative à l'assistance alimentaire du 25 avril 2012. L'usage du conditionnel dans ces conventions qui n'est pas anodin traduit bien la vraie intention des parties d'adopter des textes qui ne s'imposeraient pas quand bien c'est des normes obligatoires par principe. Dans d'autres circonstances, les Etats souhaitent adopter des accords de coopération dont l'issue est d'avance incertaine ; et le cas de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer entre de 1982 dans cette catégorie. En effet, les Etats parties devraient « *s'efforcer dans toute la mesure possible et d'une manière compatible avec les droits des autres Etats, directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes, d'observer, mesurer, évaluer et analyser, par des méthodes scientifiques reconnues, les risques de pollution du milieu marin ou les effets de cette pollution* »¹³⁰.

On voit que les termes utilisés dans ces différents textes conditionnent le comportement des parties. Toutefois, retenons que celles-ci n'ont jamais voulu se lier juridiquement même s'il l'acte juridique revêt pour elles une certaine obligation. Ce qui vient d'être examiné de la *Hard Law* s'observe aussi au sein de la *Soft Law* en ce sens que les actes juridiques unilatéraux (recommandations ou instruments concertés non conventionnels) peuvent néanmoins revêtir à leur tour le caractère de normes obligatoires. A titre illustratif, l'entrée en vigueur de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples le 28 octobre 1986 a pour corollaire l'acceptation des recommandations émises par l'organe de contrôle, la Commission des droits de l'homme et des peuples. On comprend donc par là que le respect

¹²⁷A. PELLET, « Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité », *R.C.A.D.I.*, op.cit., p.186.

¹²⁸ Article 5 para 1 de l'Accord de Paris sur le climat du 12 décembre 2015.

¹²⁹J. DELLAUX, « Contribution pour une redéfinition du concept de normativité en droit international. Questionnements autour d'instruments de *soft Law* : les décisions des conférences des parties », *R.Q.D.I.*, Hors-série (mars 2016), p.136.

¹³⁰ Art.204 par.1 de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer.

de l'obligation d'exécution de cette Charte implique nécessairement le respect des décisions de la Commission qui ne sont en réalité que des recommandations. La force obligatoire de ces actes de la Commission tire alors sa logique de l'article 1^{er} de la Charte¹³¹ et de la capacité de l'organe à dire le droit¹³².

Dans ce contexte, il faut éviter de continuer à soutenir *mordicus* que le caractère non obligatoire ne se retrouve pas au sein des recommandations. En écho à cela, la doctrine soutient que « *si les résolutions n'ont pas d'effet de force obligatoire, elles sont néanmoins adoptées dans le but d'être exécutées* »¹³³. Aussi intéressante est l'opinion individuelle du juge Sir Hersch Lauterpacht dans l'une des affaires sur le Sud-Ouest africain. Dans l'avis consultatif du 7 juin 1955, il opine « *en général, il est clair que l'Assemblée n'ayant pas le pouvoir de décision... ses résolutions n'ont pas en elles-mêmes de force obligatoire... Un Etat n'est donc pas tenu de se conformer à une résolution particulière lui recommandant de prendre ou de s'abstenir de prendre une mesure législative ou administrative donnée... Il serait tout à fait incompatible avec les principes d'une saine interprétation comme avec l'intérêt international supérieur, qui n'est jamais sans pertinence juridique, de minimiser la valeur des résolutions de l'Assemblée générale... c'est ce qui est contestable, en revanche, c'est l'opinion qu'une recommandation est sans aucun effet juridique quelconque. Une résolution recommandant à un Etat administrant une mesure déterminée crée une certaine obligation juridique qui, si rudimentaire, souple et imparfaite qu'elle soit, est cependant, une obligation juridique et constitue une mesure de surveillance. L'Etat en question, s'il n'est pas tenu d'accepter la recommandation, est tenu de l'examiner de bonne foi...* »¹³⁴. Même si cette longue opinion n'est pas l'avis de la CIJ, il éclaire néanmoins sur une revalorisation des recommandations qui sont souvent banalisées par les parties en raison des conditions de leur adoption et de leur portée. D'ailleurs, la CIJ ne minimise plus la valeur juridique des recommandations¹³⁵ considérées comme du droit mou. Avons-nous besoin de rappeler son

¹³¹ Art. 1^{er} de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : « *Les Etats membres de l'organisation de l'Unité africaine, parties à la présente charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer* ».

¹³² R.I. MAIKASSOUA, *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Un organe de contrôle au service de la Charte africaine*, Paris, Karthala, 2013, pp.155-170.

¹³³ J-P. JACQUE, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1972, p.238.

¹³⁴ CIJ, avis consultatif, 7 juin 1955, procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du sud-ouest africain, opinion individuelle de M. Lauterpacht, Recueil 1955, pp.199-122

¹³⁵ « *La valeur juridique des recommandations ne peut résulter que de la situation de droit dans laquelle se trouve placé leur auteur par rapport à leurs destinataires. Si on suit cette voie, on s'aperçoit que les recommandations émanant d'un même organe international n'auront pas toujours la même signification*

avis sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires : « *que les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une opinio juris ...* »¹³⁶. Aussi, a-t-elle jugé, dans l'Affaire de la chasse à la baleine dans l'Antarctique que même si les lignes directrices ont une valeur de recommandation, le Japon était tenu de les prendre en compte, et qu'en conséquence, l'attitude de non-respect de ces directives était de nature à engager la responsabilité du Japon¹³⁷. Cette décision vient donner une force juridique particulière aux recommandations et l'on se demande si cet acte unilatéral n'est pas en train de rivaliser avec les normes conventionnelles voire coutumières. C'est pour toutes ces raisons que nous accédons l'idée que « *les recommandations peuvent jouer un rôle considérable de jalons normatifs dans le processus de cristallisation d'une norme coutumière* »¹³⁸.

Pour éviter une permanence de conflit futile, il conviendrait d'abandonner la distinction binaire et simpliste entre l'obligatoire et le non-obligatoire, entre le droit dur et le droit souple et s'en tenir à l'intention des parties¹³⁹. Cette tendance d'une minorisation de la distinction entre la hard et la soft Law s'observe au niveau de la déclaration qu'en font certains juges de la CIJ. Car, une norme peut être formellement dure et matériellement souple¹⁴⁰. Dans sa déclaration jointe à l'avis consultatif sur le Kosovo, le juge Bruno SIMMA invite à la banalisation en reprochant à la CIJ de n'avoir « *fait aucun cas des nuances possibles de la non-interdiction, qui va de ce qui est « toléré » à ce qui est « souhaitable » en passant par ce qui est acceptable* »¹⁴¹.

Pour ce qui est des instruments concertés non conventionnels, retenons qu'ils sont sur les traces des recommandations en ce sens qu'ils ne sont pas dépourvus d'effets juridiques car pouvant comporter une certaine obligation à l'égard des parties. On se souvient du célèbre exemple de l'Acte final d'Helsinki de 1975 en raison de l'attachement des parties aux

juridique. Elles ont, en effet, des destinataires fort divers », in M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *A.F.D.I.*, 1, 1955, p.69.

¹³⁶ CIJ, avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, pp.254-255, p.70.

¹³⁷ CIJ, arrêt du 31 mars 2014, chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande(intervenant), Recueil 2014, p.257, p.257, par. 83.

¹³⁸ A. PELLET, *R.C.A.D.I.*, op.cit., p.197.

¹³⁹ G.ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, Tome 207, 1987, p.158. S.SUR, « La créativité du droit international », *R.C.A.D.I.*, tome 363, 2014, pp.188-207

¹⁴⁰ A. PELLET, *R.C.A.D.I.*, op.cit., p.190.

¹⁴¹ CIJ, avis consultatif, 22 juillet 2010, Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, Recueil 2010, Déclaration du juge SIMMA, p.480 et ss.

résultats de cette conférence et surtout de leur détermination à agir conformément à ce qui est retenu¹⁴². A cette confusion au sein de la normativité produite par les actes juridiques, s'ajoutent des lacunes.

B- Les lacunes de la normativité de l'acte juridique

Tout ce que l'on a pu dire sur la normativité de l'acte juridique international peut lui être désormais préjudiciable. Face à ceux qui dénie à une catégorie d'actes juridiques internationaux la capacité d'engendrer des normes se dresse le groupe de ceux qui reconnaissent la normativité à tous les actes juridiques peu importe qu'il s'agisse de degré ou de niveau. En réalité, il s'agit d'une division doctrinale source d'insécurité au sein de l'ordre juridique international. Non seulement l'acte juridique international est perçu comme une catégorie vulnérable (1) en raison des interprétations diverses dont il est l'objet mais aussi il devient une menace pour l'ordre juridique international en raison de sa normativité (2).

1-La vulnérabilité de l'acte juridique international

En définissant l'acte juridique comme une manifestation de volontés ayant pour finalité de créer des droits et obligations au profit des parties, on ne pouvait pas s'imaginer qu'une catégorie d'actes juridiques n'aurait pas pu atteindre cet objectif pour la simple raison que les parties auraient décidé autrement. Sinon comment comprendre qu'un traité qui est censé créer directement des droits et des obligations au profit des parties contienne des vœux ou de simples souhaits qui sont propres aux résolutions ? Comment comprendre aussi qu'un acte unilatéral tel une recommandation prenne la forme d'un acte obligatoire ? S'il en est ainsi c'est que l'acte juridique créé dérive de l'autonomie des parties qui attribuent une finalité précise. Depuis 1953, P. GUGGENHEIM faisait observer qu'« *il n'existe aucune norme qui interdise ou sanctionne la conclusion des conventions dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs...Il n'existe pas d'ordre public international limitant l'autonomie des sujets dans la création des règles de droit international* »¹⁴³. Cette observation faite à l'occasion des conventions peut être élargie à tous les actes juridiques internationaux en ce sens que leur conclusion n'est que le reflet de la liberté d'action reconnue aux sujets du droit international. Le droit international procède de leur volonté et ne tiendrait pas compte des réalités sociales¹⁴⁴. L'autonomie de volonté n'est pas toujours

¹⁴² Voir Acte final d'Helsinki du 1^{er} août 1975.

¹⁴³ P. GUGGENHEIM, *Droit international public*, T.1, Genève, Georg, 1953, pp.57-58.

¹⁴⁴ CPJI, Lotus, arrêt n°9, Série A, n°10, p.18.

linéaire et peut prêter à confusion en ce sens qu'un acte juridique engendré qu'on veut contraignant peut ne pas l'être alors qu'un autre qu'on veut souple devienne contraignant. C'est surtout avec la soft Law que cette situation s'est observée de façon criarde au point où l'on se demande si la thèse sur « l'échelle de normativité »¹⁴⁵ n'est pas aujourd'hui fissurée voire renversée au point de faire passer au sommet la *Soft Law* avant la *Hard Law*.

Si en 1982 Prosper WEIL s'est remarquablement illustré par son article en parlant d'une pathologie de la normativité, c'est qu'il n'entend pas reconnaître aux actes de soft Law considéré comme actes prénormatifs, un quelconque seuil de normativité qui entrerait en ligne de compte. L'avènement de la *soft Law* est perçu comme une source d'insécurité, de perturbation voire de désordre normatif parce qu'il s'agit de normes fragiles, imparfaites à contenu médiocre¹⁴⁶ qui bouleverseraient la préséance des normes *hard Law* qui auraient atteint « la plénitude de la normativité »¹⁴⁷. En effet, la pathologie normative défendue se justifie par trois arguments néanmoins contestables. D'abord, P.WEIL considère que cette normativité partielle ou atténuée échappe à tout entendement pour la simple raison que la *soft law* évoque l'image d'une règle qui n'a pas mûri pour accéder au niveau d'une normativité à part entière. Mais il oublie que les *soft Law* accèdent aussi à une certaine normativité qui impose des obligations aux parties à l'instar des *hard Law*. Ensuite, l'auteur évoque l'idée de confusion entre *hard Law* et *soft Law*. Cette confusion doit être relativisée en ce sens que les Etats ont pleine conscience de ce qu'ils recherchent dans les actes adoptés. Dans certains domaines comme le commerce, le développement, l'économie, l'environnement, etc. les Etats ont adopté un nombre croissant de textes de *soft Law*. La raison est qu'ils agissent en toute connaissance de cause et acceptent l'adoption de textes flexibles en évitant des blocages comme on pourrait le constater au niveau de la *hard Law*. Enfin, si pour WEIL, la doctrine reconnaît la différence entre norme et non norme et que les Etats font de même au regard des actes adoptés, il ne faut pas perdre de vue qu'aucun consensus ne s'est jusque-là dégagé pour qu'on en arrive à une règle bien établie¹⁴⁸.

¹⁴⁵ L'expression a été utilisée pour la première fois par P.WEIL « Vers une normativité relative en droit international, op.cit., p.17 et 25. « Elle suppose donc l'existence dans l'ordre juridique considéré, de certaines normes qui ont une charge ou une intensité de juridicité plus lourde que d'autres, de sorte que la gradation ne s'effectue plus entre les normes et les non-normes, mais au sein des normes qui se situeraient au fondement, à l'instar de la Grundnorm de Hans Kelsen, et qui seraient supérieures aux autres », A.KPODAR, « L'échelle de normativité en droit international public », *R.B.S.J.A.*, n°26, année 2011, p52.

¹⁴⁶ P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *op.cit.*, p.7

¹⁴⁷ P. WEIL, *op. cit.*, p10

¹⁴⁸ P. WEIL, *op.cit.*, pp.11-12

Ces arguments de WEIL ne peuvent pas aujourd'hui résister devant les mutations de la société internationale constamment dominées par le volontarisme des Etats où rien n'est statique. L'acte juridique international ne se laisse pas appréhender dans une théorie rigide. Considérée comme une étape dans le processus d'élaboration de la *hard Law*, la *Soft Law* peut même devenir plus importante qu'une *Hard Law*. Ce faisant on sort de la thèse de « l'échelle de normativité » pour entrer dans celle de « l'équivalence normative »¹⁴⁹ qui absout toute idée de hiérarchie entre les normes. Rappelons que les auteurs Dupuy et Kerbrat retiennent trois sortes d'équivalence normatives : équivalence des règles juridiques, équivalence des règles d'édiction et équivalence des sources du droit international entre elles. De ces trois niveaux d'équivalence, c'est celle des sources qui se rapporte à notre propos en ce sens que pour bon nombre d'auteurs, on sous-entend la théorie des actes. En cela, la cause première de l'équivalence des sources ou actes par extension « *ne réside pas tant dans l'égalité souveraineté des Etats au regard du droit que dans le fait que les normes internationales procèdent toutes, quoique à des degrés et selon des modalités diverses... de la manifestation de volontés de ces Etats souverains qu'ils veuillent vraiment reconnaître le caractère obligatoire d'une norme ou qu'ils soient réduits à le faire par le jeu de contraintes sociales* »¹⁵⁰. Cette équivalence normative repose donc sur la reconnaissance d'une valeur égale aux actes juridiques qui ne se prêtent pas à une hiérarchisation. Aucune norme n'étant à négliger, nous assistons alors à une identité de normativité au sein des actes juridiques. C'est là un dépassement de la thèse de Prosper WEIL.

De ce qui précède, on retient que l'acte juridique international, qui est une émanation des parties fait sa propre mue devant les contraintes du droit international. Mais l'équivalence normative s'oppose à l'échelle de normativité. Cette distinction de perception ne peut manquer d'influer sur l'ordre juridique international qui se trouve menacé.

2-La menace sur l'ordre juridique international

L'expression « *ordre juridique* » a fait l'objet de définitions controversées en doctrine. Dans son cours professé à l'Académie de droit international dont l'intitulé est « L'unité de l'ordre juridique international »¹⁵¹, le professeur Pierre-Marie DUPUY faisait observer qu'il y a trois éléments qui entrent en ligne de compte pour appréhender la notion de

¹⁴⁹ P-M DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, op.cit., p18.

¹⁵⁰ P-M DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, op.cit., p18.

¹⁵¹ P.M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I.*, 2002, 489p.

l'ordre juridique international : l'institution, la norme et la sanction¹⁵². Ainsi, pour Kelsen, un ordre juridique suppose un ordre de contrainte¹⁵³ qui maintient en son sein une unité, c'est-à-dire un ensemble normatif coordonné et doté d'unité¹⁵⁴. De son côté, Santi Romano assimile l'ordre juridique à l'institution, c'est-à-dire une « *unité stable et permanente qui ne perd donc pas nécessairement son identité à la suite de mutations intervenues dans tel ou tel de ses éléments* »¹⁵⁵. Alors que pour ce dernier l'ordre juridique est antérieur aux normes qui tirent de lui leur validité ; l'ordre juridique est un système normatif à plusieurs pour Kelsen¹⁵⁶. La distinction entre normes primaires et normes secondaires est au cœur de la définition que propose H.L.A. HART de l'ordre juridique. Les premières comportent des ordres ou des prescriptions alors que les secondes attribuent des pouvoirs¹⁵⁷. A partir de ces considérations, P.M. DUPUY souligne entre autres deux caractéristiques de cet ordre : « *normatif, d'abord caractérisé par l'objectivation progressive des intérêts juridiques au service desquels il est constitué ; organique, ensuite, par le transfert progressif à des organes communs des fonctions de contrôle de la légalité collective, de plus en plus dégagée du rapport initialement réciproque entre les droits et intérêts de chacun des sujets participants...* »¹⁵⁸. Aussi, a-t-il précisé que le droit international public est un ordre juridique¹⁵⁹ d'unité dans ses aspects formel et matériel. L'unité formelle s'entend de la soumission de tous les sujets du droit international en l'occurrence les Etats aux mêmes règles formelles pour créer des normes et accepter l'ouverture aux mêmes conséquences de droit lorsqu'ils méconnaissent les obligations qui découlent de celles-ci. En d'autres termes, la production et l'application des normes doivent obéir aux mêmes règles. Alors que dans l'unité substantielle, les sujets sont liés les uns et les autres par un ensemble de règles générales, désignées le plus souvent en tant que normes coutumières, dont certaines seraient même dotées d'une légalité supérieure, parce qu'elles intègrent des principes qui imposent que le respect est nécessaire au maintien de la communauté internationale comme un ensemble cohérent et viable¹⁶⁰.

¹⁵² P.M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I.*, op.cit., p.69.

¹⁵³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op.cit., pp.42 et ss.

¹⁵⁴ P.M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, op.cit., p.67.

¹⁵⁵ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction française, introduction de P. Franceskakis, Paris, LGDJ, 1975, p.31.

¹⁵⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op.cit., pp.299 et ss.

¹⁵⁷ H. HART, *Le concept du droit*, trad.de l'anglais par Michel Van de Kerchove, 2^{ème} édit., 2005, pp.99-108.

¹⁵⁸ P.M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », op.cit., p.89.

¹⁵⁹ Certains auteurs ont émis de doutes sur la réalité de droit international en tant qu'ordre juridique. Voir à ce sujet Emmanuelle JOUANNET, *Le droit international*, Paris, PUF, Coll QSJ ? 2013, pp.25-29 ; D. ALLAND, « De l'ordre juridique international », *Droits*, vol.35, oct.2002, pp.79-101

¹⁶⁰ P-M. DUPUY, « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », in R.BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (dir.), *Harmonie et contradictions en droit international*, Rencontres

Etant donné qu'une partie de la doctrine préfère le terme « sources » à celui des « actes », il convient peut-être ici de les assimiler. Ainsi, on prétend que « *toute interrogation sur le rôle des sources, (on suppose actes) dans la fragmentation ou, au contraire, dans le maintien de l'unité de l'ordre juridique doit se faire en fonction du double registre des principes d'unité qui se concurrencent, au sein même de cet ordre juridique* »¹⁶¹. L'on fait ainsi allusion ainsi aux unités formelle et substantielle.

Dans le cadre de cette étude, les actes juridiques, avons-nous soutenu, ont une fonction normative. Les Etats et les organisations internationales comme producteurs de la normativité jouissent d'une autonomie d'action créatrice de ces normes. Ainsi que le souligne Anzilotti, « *Ces manifestations de volonté... ne sont possibles et ne produisent des effets juridiques que dans la mesure où existe un ordre juridique international...* »¹⁶². Or, il est important de faire remarquer que l'autonomie reconnue aux sujets de créer des actes à portée normative peut être fragilisée par le comportement de ces derniers qui peuvent créer en leur sein des normes spéciales qui contredisent les normes générales. Les Etats ont donc la liberté de se lier. Leur comportement et leur action peuvent conduire à produire un ensemble de droits et d'obligations qui peuvent s'appliquer à eux. Selon que leur comportement est positif ou négatif, l'ordre juridique va s'en ressentir. A titre d'exemple, il est des groupes d'Etats qui signent et ne ratifient pas des actes conventionnels qui, du coup ne peuvent pas s'appliquer à eux. Les Etats-Unis constituent un meilleur exemple. En tant que grand producteur au monde d'organismes génétiquement modifiés, les Etats-Unis n'ont pas ratifié la Convention sur la diversité biologique alors qu'ils ont été très actifs dans les négociations de protocole de Carthagène qui ont réglementé la biosécurité¹⁶³. Comme le traité est à la fois un acte et une norme il fonde et établit, de façon plus ou moins développée, son propre régime juridique¹⁶⁴. En l'absence d'une échelle de normativité voire d'une coordination, une norme spéciale ne peut ainsi s'effacer devant une norme générale. P-M. DUPUY perçoit un errement surtout au niveau des organisations internationales en soulignant qu'elles encouragent la multiplication des ordres juridiques partiels pourtant problématique, chacune constituant une dynamique

internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, Pédone, 1996, p.19 ; P.M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, op.cit., pp.93-398.

¹⁶¹ P.-MDUPUY, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », Préface, in R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. XVIII-XIX.

¹⁶² D.ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, Sirey Traduction de G. Gidel, réédité dans la collection les introuvables Université Paris II, Paris, LGDJ, 1999 p.339.

¹⁶³ M.KOHEN, « La pratique et la théorie des sources du droit international », in *La pratique et le droit international, Colloque de Genève, S.F.D.I.*, Paris, Pédone, 2004, p.340.

¹⁶⁴ F. POIRAT, *Le Traité, acte juridique international*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 505p.

plus ou moins affirmée d'autonomisation. Ainsi, la question de l'articulation entre ces ordres juridiques spéciaux et l'ordre juridique international général dont ils continuent pourtant à relever par bien des éléments est une menace à prendre au sérieux¹⁶⁵. Il est clair que l'ordre juridique se complexifie en diversifiant ses domaines. Des menaces qui pèsent sur son unité constitue une porte ouverte pour la fragmentation qui n'est plus aujourd'hui inévitable.

De façon générale, les différents actes juridiques sont à la fois des mécanismes d'unité ou de fragmentation. Pour les traités, on a souligné que « *l'absence d'une structure hiérarchique normative est un facteur d'émergence des conflits de norme qui ont tendance à surgir dans l'ordre juridique international. En particulier parce que les traités se sont développés de façon ad hoc et fragmentée, des obligations parallèles et parfois contradictoires ont été créés. La situation se complique encore vue la validité égale des normes, exception faite pour le jus cogens* »¹⁶⁶. De même, les actes unilatéraux selon que les fonctions exercées peuvent porter sur l'opposabilité d'une situation, l'exercice de droits souverains ou créations d'engagements juridiques¹⁶⁷, influent sur l'unité ou la fragmentation de l'ordre juridique international.

Au terme de cette réflexion, il sied de retenir que la normativité est au cœur de tous les actes juridiques internationaux nonobstant leur dénomination. Les sujets du droit international en sont la cheville ouvrière car ce sont eux les créateurs et les destinataires de cette normativité qui est toujours fonction des objectifs poursuivis et des enjeux en cours. Ce comportement, résultat de leur autonomie de volontés concordantes ou unilatérales, vient ainsi assouplir et bouleverser l'échelle de normativité qui admet une hiérarchie en faisant passer les normes supérieures avant celles inférieures à l'instar de la pyramide des normes de Hans Kelsen applicable en droit interne. En droit international, même s'il est admis que les normes de *jus cogens* sont d'application prioritaire et doivent passer avant toute norme conventionnelle, tel n'est pas exactement le cas au niveau des actes juridiques normateurs qui évoluent dans une logique de souplesse de la hiérarchie classique. L'échelle de normativité ne peut aujourd'hui résister durablement devant les réalités de la vie internationale ; les sujets

¹⁶⁵ A cette menace, il convient d'ajouter la multiplication des juridictions internationales (régionales et universelles) qui peut soulever le problème de l'unité de jurisprudence ; la multiplication des systèmes spécifiques de rétribution des conduites étatiques qui pose la question de l'efficacité des mécanismes de contrôle, ou encore l'incidence de la mondialisation sur le système juridique international. Voir P.-M. DUPUY, *Droit international public*, op.cit., p.21.

¹⁶⁶K. WELLENS, « Quelques réflexions d'introduction », in HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, op.cit., p.9.

¹⁶⁷ P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », op.cit., p.151-153.

internationaux ont seuls le dernier mot en matière des actes juridiques créés et des normes produites. Si un traité international devient moins contraignant qu'un acte unilatéral qui crée plus d'obligations, c'est parce que les parties l'ont voulu ainsi. La mutation que connaissent les actes juridiques s'inscrit désormais au cœur de la théorie de l'équivalence normative qui accorde une importance égale à tous les actes juridiques quels qu'ils soient. Quoique favorable pour rendre compte des engagements aléatoires des parties, l'équivalence normative peut être néanmoins une source d'insécurité pour l'ordre juridique international qui loin de se consolider peut à la longue s'effriter.

Pour une normativité régulée ou maîtrisée et en l'absence d'un régime de responsabilité efficace, il faut compter sur la bonne foi des parties qui doivent absolument rester fidèles aux engagements conclus dans les actes juridiques. Il n'est pas évident d'espérer car mus par leur volontarisme, les sujets du droit international sont plus saisis par l'incertitude que la réalité. Ils font et défont la matière, telle une arlésienne.