

A PROPOS DE LA « LEX FERENDA »

par

Michel VIRALLY

Professeur
à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales
de Paris

La distinction entre *lex lata* et *lex ferenda* nous apparaît aujourd'hui comme l'une des règles les plus fondamentales de la science du droit et un acquis de la pensée juridique qui ne saurait être remis en question. Elle correspond, de fait, à la nécessaire distinction entre le droit en vigueur (qui oblige et confère des droits de façon actuelle) et celui qui ne l'est pas, même s'il serait très souhaitable qu'il le fût. Du point de vue de l'utilisateur, c'est-à-dire de celui qui est soumis au droit, une réponse claire à cette question est évidemment essentielle. Mais cette exigence peut n'être pas ressentie avec la même acuité par celui qui se propose seulement de décrire le droit, ou qui participe à sa création. Aussi n'est-elle pas toujours aussi solidement établie qu'on pourrait l'imaginer, surtout dans les systèmes juridiques où les sujets du droit, soumis à ses prescriptions, participent en même temps à sa formation.

Le droit international, semble-t-il, a eu tendance à la méconnaître à ses origines. La fragmentation des rapports internationaux, la difficulté de les bien connaître, l'insuffisance de la pratique en un mot (et de la connaissance qu'on en avait) ont eu pour conséquence que le « droit des gens » a d'abord fait l'objet d'une élaboration doctrinale, souvent par des hommes (comme Vitoria et Suarez), qui étaient autant (et probablement davantage) des moralistes que des juristes. Plus préoccupés de redresser une pratique dont ils condamnaient la brutalité que de la suivre pour en tirer des enseignements, ils utilisaient plus volontiers la voie déductive, à partir de considérations philosophiques ou religieuses,

que l'observation des réalités internationales. Pour eux, le droit des gens n'était que l'expression du droit naturel. Or, ce dernier ne connaît pas la distinction *lex lata* - *lex ferenda* : son autorité ne vient pas de ce qu'il a été établi historiquement, mais de sa conformité avec la volonté divine ou avec la raison. Il est impératif parce que son respect s'impose. On cherche donc, pour définir les règles de droit des gens, soit à déterminer quelle est la volonté du Créateur, inscrite dans la création (loi naturelle), soit à dégager des solutions commandées par la raison — raisonnables autant que rationnelles — aux problèmes posés par les relations internationales : des solutions qui favorisent la paix entre les nations (Grotius). La fonction du droit des gens est de civiliser les rapports internationaux, non de sanctifier la pratique. C'est donc bien le droit désirable qui doit s'appliquer.

Cette conception « primitive » (mais l'est-elle vraiment ?) va progressivement s'estomper avec le développement d'une pratique plus cohérente et plus rationnelle, c'est-à-dire avec l'affermissement de règles coutumières bénéficiant d'une reconnaissance qui se généralise et avec un déclin corrélatif du droit naturel. Les risques de confusion entre *lex lata* et *lex ferenda* se réduisent du même coup, mais ne disparaissent pas complètement. La doctrine continue à jouer, en effet, un rôle éminent pour diffuser la connaissance de la coutume, issue de précédents que seuls des spécialistes attentifs et informés sont en mesure de découvrir et d'interpréter, en l'absence de juridictions internationales permanentes et de services juridiques organisés dans les chancelleries. Une trace de cette situation éminente de la doctrine apparaît encore dans la rédaction de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, où « la doctrine des publicistes les plus qualifiés de différentes nations » est mentionnée comme « un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit », au même titre que les décisions judiciaires, c'est-à-dire la jurisprudence. Or, les auteurs n'échappent pas toujours à des préférences subjectives — par idéalisme, esprit de système ou dévouement à des intérêts nationaux — qui les amènent à faire pencher leur description d'un droit prétendument positif vers les règles et principes auxquels les rapports internationaux devraient, à leurs yeux, se conformer.

Pour une multitude de raisons, le rôle de la doctrine a considérablement décliné depuis le début du siècle (et surtout depuis trente ans). On assiste à une prise de conscience de plus en plus claire de l'importance politique du droit international, devenu pour les gouvernements une chose trop importante pour être laissée aux juristes, et surtout aux professeurs.

Le développement de la jurisprudence internationale, d'autre part, couplé avec celui du droit conventionnel (tous deux de mieux en mieux connus grâce aux recueils officiels), a conduit à une utilisation plus rigoureuse du critère de l'origine des normes et, de ce fait, à une analyse plus exigeante de la valeur et de la signification des précédents. L'amélioration considérable de l'information relative à la pratique étatique (du fait, notamment, de la publication de répertoires nationaux et des enquêtes des secrétariats internationaux), la multiplication des débats juridiques officiels dans les « forums » internationaux les plus divers, ne pouvaient que contribuer, de leur côté, à ce déclin relatif de la doctrine.

Tout ce mouvement aurait dû avoir pour conséquence d'entraîner une disparition complète des risques de confusion entre *lex lata* et *lex ferenda*. Ce n'est pourtant pas ce qu'on constate. Une observation attentive de la vie internationale contemporaine fait plutôt apparaître une difficulté grandissante à séparer avec netteté le droit établi du droit désirable. C'est là un des aspects remarquables de ce qu'il est convenu d'appeler la crise du droit international contemporain.

Pour une large part, sans doute, ces difficultés tiennent à la nature et aux insuffisances du système des sources du droit international.

On peut discerner d'abord des raisons d'ordre technique : la place qu'occupe encore aujourd'hui le mécanisme de la coutume dans le système des sources. Ce n'est certes pas nouveau, mais le développement, très récent, de la codification a créé ici un problème inédit de coexistence entre droit coutumier et droit conventionnel, qui brouille quelque peu les perspectives.

Les raisons politiques, cependant, sont plus décisives : l'attrait de la *lex ferenda* ne peut que s'accroître jusqu'à devenir irrésistible avec un système de sources dont le débit est notoirement insuffisant. Il en résulte une tension croissante entre la *lex lata* et la *lex ferenda* qui s'écartent sans cesse davantage dans une société en pleine mutation, et une tentation difficile à réprimer de passage de l'une à l'autre, c'est-à-dire de confusion, tant au niveau de l'affirmation (ou création) du droit, qu'à celui de son application. Comme à ses origines, on demande de plus en plus au droit international de transformer les rapports internationaux en y insufflant plus de justice, plutôt que de consacrer juridiquement (au risque de l'immobiliser) l'état actuel de leur évolution.

Ce sont ces deux aspects — techniques et politiques — de la crise actuelle des rapports *lex lata* - *lex ferenda* que nous voudrions successivement examiner.

I

La Commission du droit international a eu à affronter le problème des rapports *lex lata* - *lex ferenda* dès ses débuts, à propos de la distinction entre la codification et le « développement progressif » du droit international, mentionnée à l'article 13, 1, a) de la Charte et systématisée dans son propre statut, qui en tirait d'importantes conséquences, notamment au point de vue de sa compétence et de sa procédure (art. 15 et s.) (1).

La question fut débattue pendant les premières années de fonctionnement de la Commission (et avant même qu'elle fût établie) (2). Très tôt des doutes furent émis quant à la possibilité de maintenir une distinction nette entre les deux missions, au moins dans tous les cas où la Commission s'attaquait à un domaine ayant donné lieu à une pratique substantielle. Un point final fut donné à cette controverse par une remarque de la Commission dans son rapport de 1956. La Commission déclara, à propos de son examen du droit de la mer, avoir « acquis la conviction que, du moins dans cette matière, la distinction entre ces deux activités, prévue par le statut, peut difficilement être maintenue » (3). Elle admit même qu'elle avait dû renoncer à spécifier les articles de son projet rentrant dans l'une ou l'autre catégorie « plusieurs articles n'appartenant entièrement ni à l'une ni à l'autre » d'entre elles. La réserve « du moins dans cette matière » semble avoir été de pure forme, car la Commission n'est jamais revenue sur cette opinion, quel que soit le domaine du droit international dont elle ait eu à s'occuper par la suite.

En réalité, la nature même de l'entreprise de codification s'oppose à une telle distinction. Comme l'a bien montré Roberto Ago, « la codification n'est normalement pas une mesure que l'on adopte pour des raisons techniques ou à cause d'une préférence théorique pour le droit codifié » (4). Elle est imposée par des exigences de fait, le plus souvent en relation avec une révolution ou, tout au moins, une transformation radicale de la société. Dans l'ordre du

(1) Herbert W. Briggs, *The international Law Commission*, Cornell Univ. Press, 1965, pp. 129 ss.

(2) *Ibid.*, pp. 130-141.

(3) *Annuaire C.D.I.*, 1956, II, p. 256.

(4) Roberto Ago, « La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation », *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 94.

droit international, il n'est pas douteux que l'œuvre de codification n'ait été imposée avant tout par la nécessité de tenir compte de bouleversement techniques considérables, modifiant profondément l'application du droit (comme dans le droit de la mer), ou, plus généralement, par le besoin d'associer les représentants des nouveaux Etats à une reformulation de règles coutumières à l'élaboration desquelles ils n'avaient pas participé.

Ces constatations entraînent des conséquences importantes quant à la nature des conventions de codification, qui mêlent mise en forme écrite de règles coutumières, valables indépendamment de tout texte conventionnel, et formulation de nouvelles règles, de nature purement conventionnelle. On peut tenter de discerner ce qui, dans un texte de codification, relève de l'un ou l'autre genre. C'est ce que la Cour internationale a réussi à faire à propos de la convention de 1958 sur le plateau continental dans son arrêt du 20 février 1969 (*Rec.*, pp. 22, 38 et 40), mais l'indication donnée par la Commission du droit international dans son rapport de 1956 et rappelée ci-dessus montre la difficulté d'y parvenir dans tous les cas. Cette remarque est d'autant plus importante que la coexistence d'une règle conventionnelle et d'une règle coutumière sur le même sujet soulève des problèmes extrêmement délicats dans la pratique.

La convention de codification n'est évidemment valable qu'à l'égard des Etats qui y sont devenus parties. A l'égard des tiers, la formule verbale de la codification, claire et incontestable (au moins relativement) bénéficie d'une force attractive évidente. D'où la pratique très habituelle de se référer au texte écrit, même de la part d'Etats non parties à la convention. Pratique légitime seulement pour les éléments de ce texte qui traduisent une règle coutumière préexistante. Mais la difficulté de les isoler et de les séparer les uns des autres rend évidemment possibles tous les débordements.

Ces débordements sont d'autant plus probables que l'aspect « développement progressif » a été mieux réussi. La convention représente alors, par rapport au droit préexistant, un progrès appréciable dont il est difficile de ne pas tenir compte. Le texte de la convention de codification, *lex lata* pour les parties, constitue une *lex ferenda* pour tous ceux qui sont restés en dehors du champ conventionnel, mais souvent pour une raison très précise et limitée, qui ne concerne pas l'ensemble du texte. La tentation de bénéficier des améliorations apportées conventionnellement au droit coutumier est évidemment très forte et empêche que le partage

entre le nouveau et l'ancien, dans le texte de la convention, soit établi avec beaucoup de soin.

De cette manière, le texte d'une convention de codification (et de développement progressif) peut servir de point d'attraction à la pratique et susciter ainsi la formation de règles coutumières nouvelles (brouillant encore un peu plus les relations droit conventionnel - droit coutumier) (5).

Inversement, le texte d'une convention de codification immobilise le droit coutumier dans l'état où il est pris au moment de la rédaction de cette dernière. Or, le droit peut continuer à évoluer en dehors de la convention (peut-être parce que les facteurs d'évolution qui ont fait souhaiter la codification ont continué à jouer). Le droit coutumier nouveau, *lex lata* pour tous ceux qui sont restés en dehors de la convention, devient alors *lex ferenda* pour les Etats qui y sont parties (6). Formellement, ils ne pourront bénéficier du droit nouveau qu'en se retirant de la convention (si le retrait est autorisé), ou en suscitant sa révision, ou encore dans l'hypothèse jusqu'ici très rarement admise (7) où la survenance d'une nouvelle règle coutumière rendrait la convention désuète, situation paradoxale, rapidement insupportable si elle dure, si la révision tarde. On en a un bon exemple avec le droit de la mer (8).

L'expérience est faite, dans toutes ces hypothèses, de la difficulté d'accepter qu'une même règle, à vocation universelle, soit considérée simultanément comme *lex lata* à l'égard de certains Etats et *lex ferenda* à l'égard d'autres Etats. Une solution consiste, lorsque le texte conventionnel le permet, à l'interpréter comme

(5) Dans quelques cas extrêmes, on voit mal comment il en irait autrement. On pense ici à l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Il est difficile de soutenir que l'idée de *jus cogens* s'était imposée coutumièrement avant qu'elle eût été adoptée par la Commission du droit international, puis par la Conférence de Vienne. L'article 53 fait donc partie du « développement progressif ». Etant donné la nature du *jus cogens* est-il concevable, cependant, qu'il puisse simultanément être appliqué par certains Etats, liés par la convention, et ignoré par d'autres, parce que dérivant d'une norme conventionnelle à laquelle ils ne sont pas parties ? (on voit tout aussi mal, d'ailleurs, comment il serait possible de réconcilier les articles 4, 53 et 64 de la Convention de Vienne). Le problème est posé. Nous n'entendons pas le résoudre (ou tenter de le faire) dans le cadre de la présente étude.

(6) La question se pose actuellement dans des termes très concrets pour de nombreuses clauses des conventions de Genève de 1958.

(7) Cf. la décision du 30 juin 1977 du Tribunal arbitral franco-britannique dans l'affaire de la délimitation du plateau continental, §§ 47 et 48.

(8) Même pour les articles qui relèvent du « développement progressif », tels que l'article 6 de la convention de Genève sur le plateau continental.

ayant le même sens que la règle coutumière : c'est ce qu'a fait le Tribunal arbitral statuant dans le différend franco-britannique sur la délimitation du plateau continental à propos de l'article 6 de la convention de Genève précitée (décision du 30 juin 1977, §§ 65-70, 97 et 148). La généralisation de cette méthode se heurte, cependant, à des limites évidentes. Il est extrêmement difficile à un organe juridictionnel, saisi d'un problème de cet ordre, de ne pas préserver la distinction *lex lata* - *lex ferenda* — il en est le garant — et de ne pas faire prévaloir la *lex lata*, quels que soient les inconvénients qui en résultent (9). Un organe politique ne connaît évidemment pas la même limitation.

II

Dans le cas de codification par voie conventionnelle, les relations *lex lata* - *lex ferenda* se trouvent perturbées, comme on vient de le voir, par le jeu contradictoire des différentes « sources » du droit international. La même règle, qui a vocation à régir l'universalité de la société internationale, fait partie de la *lex ferenda* pour les uns et de la *lex lata* pour les autres. Pour traditionnelle qu'elle soit, une telle situation est de plus en plus mal supportée, ce qui montre les progrès réalisés par l'idée d'unification de la société internationale, en dépit de toutes les divisions dont elle est encore affectée.

Les choses sont très différentes — et apparemment beaucoup plus simples — lorsqu'on se trouve en présence d'actes dépourvus d'autorité juridique — ou réputés tels — c'est-à-dire de résolutions émanant de conférences internationales ou d'organes permanents, comme l'Assemblée générale des Nations Unies. Les risques de confusion sont cependant fort loin d'être écartés.

La question reste relativement claire pour les recommandations. En règle générale, celles-ci sont prises dans les marges de la réglementation juridique, pour inciter les Etats destinataires à adopter un comportement déterminé dans un domaine où ils ont conservé leur liberté d'action. Elles traduisent souvent la conviction de leurs

(9) Cf. la position prise par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries (arrêt du 25 juillet 1974, *Rec.*, p. 19, § 23-24).

auteurs (10) que, pour des raisons diverses, aucune obligation juridique ne peut être mise à la charge de ces Etats, ou qu'aucun engagement contraignant n'a de chances d'être accepté par eux. C'est le cas, en particulier, de la plupart des recommandations adoptées par une conférence réunie pour adopter le texte d'une convention (11), ou par la Conférence internationale du Travail. De nombreuses recommandations de l'Assemblée générale des Nations Unies et des Institutions spécialisées présentent le même caractère.

Dans toutes ces hypothèses, on reste en deçà de la *lex ferenda*. Même si les auteurs de la recommandation désirent que soit effectivement observé le comportement défini par celle-ci, ils n'entendent pas en faire l'objet d'une obligation juridique, et, souvent ne l'estiment pas souhaitable. On se trouve ici en présence d'une activité normative d'un type particulier, qu'on a pu qualifier d'exhortatoire, ou de directrice, qui a sa place et son utilité à côté de l'édition de règles juridiques et ne se confond d'aucune façon avec cette dernière.

Il n'en va toutefois pas toujours ainsi. Quel que soit le langage adopté (12), une recommandation peut aussi être adoptée comme le succédané d'une décision impérative, parce que l'organe dont elle émane ne possède pas le pouvoir de créer des obligations à la charge des Etats auxquels il s'adresse. Elle exprime alors clairement l'opinion de ses auteurs sur ce que le droit devrait être et se prononce donc *de lege ferenda*. Dans la pratique, l'adoption d'une telle recommandation peut constituer la première étape d'une série de négociations conduisant finalement à l'adoption d'un projet de convention sur le même sujet (13).

La situation est beaucoup plus équivoque encore avec les « déclarations », parfois baptisées « Chartes » pour leur conférer plus de solennité (14), qui se sont multipliées dans la pratique des

(10) L'auteur d'une résolution est formellement l'organe qui l'adopte. La résolution n'en représente pas moins l'opinion des Etats qui ont participé à son adoption. De ce point de vue « matériel », ce sont donc eux les auteurs du texte.

(11) Cf. par ex. les déclarations et résolutions adoptées par la Conférence de Vienne sur le droit des traités et annexées à son Acte final (Doc. de la conférence, p. 307).

(12) Des distinctions significatives résultent souvent de l'emploi alternatif du futur et du conditionnel (devra ou devrait).

(13) Le plus souvent, cependant, la formulation initiale de règles nouvelles prend la forme d'une déclaration. C'est ce qui s'est passé, par exemple, pour les principes régissant les activités spatiales.

(14) Comme ce fut le cas de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats.

organisations internationales, notamment de l'Assemblée générale des Nations Unies. Elles énoncent des règles dans un langage qui ne permet pas toujours de déterminer s'il s'agit de *lex lata* ou de *lex ferenda*. Elles sont fréquemment adoptées à l'unanimité ou par voie de consensus ou, au moins, par une très large majorité.

Si on admet que les résolutions des organisations internationales sont dépourvues d'autorité juridique (hors les cas où une telle autorité leur a été conférée par l'acte constitutif de l'organisation), la déclaration adoptée par voie de résolution ne peut constituer un prononcé *de lege lata* que si elle se borne à constater et à formuler des règles ou principes faisant déjà partie du droit international positif. De fait, certaines parties de ces déclarations reproduisent mot pour mot le texte d'articles de conventions en vigueur. Il n'y a alors pas de difficulté. Mais, le plus habituellement, elles ajoutent aussi à ce texte, en le développant par des précisions qu'il ne comporte pas, en en tirant des conséquences qui ne s'en déduisent pas par une implication logique nécessaire, en en donnant une interprétation qui ne va pas de soi (15). On ne demeure au plan de la *lex lata* que si ces développements ont déjà pénétré dans le droit positif par la voie de la coutume. La même remarque s'impose *a fortiori* lorsque les règles énoncées dans la déclaration ne se rattachent à aucune convention en vigueur.

En réalité, on se trouve ici en présence d'un autre type de codification que celui précédemment envisagé : la codification par déclaration. Il n'existe aucune raison de penser qu'elle ne se heurte pas aux mêmes difficultés que celles rencontrées par la Commission du droit international pour séparer codification et développement progressif. Bien au contraire, ces difficultés ne peuvent qu'être accrues.

La constatation de l'existence d'une règle de droit et l'énoncé de son contenu représentent des opérations intellectuelles qu'un organe politique est très mal outillé pour entreprendre (même s'il s'agit d'une conférence réunie en vue de l'adoption d'une convention internationale). C'est là, normalement, la tâche d'un organe juridictionnel, dont les membres possèdent toutes les qualifications nécessaires et sont aidés dans leur recherche du droit applicable par le débat judiciaire, qui permet à chaque partie de présenter

(15) La Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats (Résolution 2625 XXV) en fournit un bon exemple, auquel on peut joindre l'Acte final de la conférence sur la sécurité et la coopération en Europe.

tous les éléments de preuve à l'appui de l'opinion qu'elle défend. C'est aussi le travail de la doctrine, c'est-à-dire d'études faites par des spécialistes indépendants, qui peuvent y consacrer tout le temps nécessaire, ou encore de collèges d'experts juridiques indépendants, tels que l'Institut du droit international ou la Commission du droit international. Ces collèges se prononcent sur la base de recherches préparatoires souvent considérables (facilitées, pour la Commission, par l'assistance du Secrétariat), de rapports approfondis et après une confrontation des points de vue entre juristes appartenant à des écoles de pensée et à des traditions juridiques très différentes, ce qui confère une grande autorité à leurs constatations.

Un organe politique, quel qu'il soit, ne dispose pas des mêmes moyens. D'autre part ses préoccupations sont très différentes : il ne saurait prétendre faire œuvre scientifique, ni même s'y essayer ; conformément à sa vocation, il recherche avant tout un résultat politiquement satisfaisant — ce qui le place tout naturellement dans la perspective de *lege ferenda* et non pas de *lege lata*. Ses méthodes de travail, qui sont celles de la négociation, ne lui permettent pas d'aller dans un autre sens. L'intérêt de la reprise, dans une résolution solennelle, de textes figurant déjà dans des traités en vigueur, tient d'ailleurs exclusivement à cette coloration politique. Du point de vue juridique, cette reprise est sans valeur. Elle est même un non-sens : pourquoi réaffirmer dans une résolution dépourvue de force juridique une règle déjà consacrée par un instrument obligatoire ? En réalité, la portée de la résolution vient de l'affirmation que cette règle n'est pas seulement formellement en vigueur, mais qu'il est hautement désirable de la voir fidèlement appliquée par les Etats (qui se trouvent être à la fois les véritables auteurs de la résolution et les destinataires de la règle).

Le prononcé d'une règle de *lege ferenda* correspond donc bien à la nature de l'activité d'un organe politique et à la procédure suivie par lui : c'est, à proprement parler, un acte politique. Toutefois, dans l'ordre interne, l'autorité qui a le pouvoir de déterminer quel est le droit désirable (le Parlement), possède également le pouvoir de transformer la *lex ferenda*, telle qu'il la conçoit, en *lex lata* ; il dispose du pouvoir législatif.

Dans l'ordre international, le pouvoir législatif n'a été attribué à aucun organe international. Les prises de position d'un organe politique représentatif de l'ensemble de la communauté internationale en faveur de règles nouvelles différentes de celles jus-

qu'alors consacrées par le droit positif, voire opposées, risquent donc de créer une tension très vive entre la *lex lata* et la *lex ferenda*, qui ne peut qu'affaiblir le respect dû à la première. Ce risque sera d'autant plus sérieux que la majorité en faveur des règles nouvelles sera plus forte et rencontrera moins d'oppositions : qu'un plus large consensus apparaîtra.

Le problème de la transformation de la *lex ferenda* en *lex lata* est alors inéluctablement posé. Il pèse sur le système traditionnel des sources du droit international. Celui-ci devra certainement s'adapter à la situation nouvelle ainsi apparue. Cette adaptation ira-t-elle jusqu'à sa complète remise en cause ? Cela n'est pas évident.

Une solution séduisante consisterait à considérer les résolutions des organisations internationales comme obligatoires, ce qui permettrait de faire coïncider immédiatement *lex lata* et *lex ferenda*, comme dans l'ordre interne avec l'intervention du législateur. Cette solution a été récemment suggérée par M. Mohammed Bedjaoui dans un ouvrage publié par l'U.N.E.S.C.O. (16). Elle aurait le mérite de faciliter l'adaptation du droit aux changements rapides que connaît la société internationale contemporaine. Elle se heurte toutefois à des difficultés d'ordre théorique et d'ordre pratique dont on voit mal comment elles pourraient être surmontées.

D'un point de vue théorique, il est évidemment nécessaire de déterminer le *fondement* ou l'origine de la force obligatoire dont bénéficieraient les résolutions des organisations internationales. Cela est particulièrement malaisé dans un système juridique reposant sur le principe de souveraineté et où ce principe est sans cesse réaffirmé dans les grandes déclarations de l'Assemblée générale des Nations Unies (17). Ce fondement ne se trouve pas dans les chartes constitutives des organisations internationales concernées. Il ne pourrait donc résulter que d'une réforme coutumière de ces chartes constitutives, conférant à certains organes internationaux le pouvoir législatif dont ils étaient initialement dépourvus, ou de l'existence d'une autorité législative inhérente à la constitution de ceux de ces organes qui, tels l'Assemblée générale des Nations Unies ou les grandes conférences de plénipotentiaires, réunissent l'ensemble des membres de la Société internationale.

(16) Mohammed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, U.N.E.S.C.O., 1978, pp. 140 ss. et 181 ss.

(17) M. Bedjaoui estime, à propos des résolutions des organisations internationales qu'on « ne peut pas soutenir qu'elles émanent d'un « pouvoir législatif » international qui n'existe pas » (*loc. cit.*, p. 182). Il ne propose aucune autre explication de la force obligatoire qu'il leur attribue cependant.

Comme on pouvait s'y attendre, l'observation des faits ne permet pas de confirmer la première hypothèse, celle de la formation d'une règle coutumière d'habilitation. L'attitude généralement observée par les Etats, ou par la très grande majorité d'entre eux, à l'égard des résolutions des organisations internationales, conduit à des conclusions opposées. *A fortiori* ne peut-on soutenir la seconde thèse, qui irait à l'encontre de ce sentiment général.

D'un point de vue pratique, précisément, le comportement des Etats manifeste qu'ils ne se sentent pas tenus d'observer les résolutions des organisations internationales, alors qu'il reconnaissent leur devoir de respecter les engagements pris par voie de traité. Comment rendre compte de cette différence d'attitude ? M. Bedjaoui propose « de distinguer dans la résolution sa valeur obligatoire, qui est certaine, de sa valeur exécutoire, qui peut être douteuse » (18). La même remarque peut, toutefois, être faite pour toutes les règles du droit international. Etant donné qu'il n'existe aucune procédure organisée d'exécution forcée dans la société internationale, aucune de ces règles ne peut être considérée comme dotée, à proprement parler, d'une « force exécutoire ». Il n'en va même pas différemment des arrêts de la Cour internationale de Justice, en raison de la liberté d'appréciation que l'article 94, al. 2 de la Charte des Nations Unies laisse au Conseil de Sécurité.

S'il n'existe pas de possibilité juridique de conférer aux résolutions des organisations internationales une autorité juridique formelle, il n'en résulte pas que ces résolutions soient sans incidence sur l'évolution du droit positif (19). Les indications déjà données prouvent le contraire. La coexistence d'une *lex ferenda*, proclamée solennellement dans une résolution, avec une *lex lata* qu'elle contredit ou réforme ne peut aller sans conséquences, souvent déterminantes, sur l'orientation de ce mode de formation (et de modification) continue du droit qu'est le processus coutumier. Dans la mesure où la *lex ferenda* imprègnera les conceptions juridiques des acteurs de la vie internationale elle va tendre à orienter leurs comportements. La vraie question sera donc de déterminer

(18) *Op. cit.*, p. 182.

(19) On pourrait, il est vrai, soutenir que les règles et principes définis par certaines des déclarations de l'Assemblée générale s'imposent au respect des Etats en raison de leur valeur intrinsèque, en raison de leur conformité avec les exigences de la justice ou de leur nécessité pour parvenir à un ordre économique international plus juste. C'est là une thèse qui est sous-jacente à de nombreuses déclarations de représentants à l'Assemblée générale. Elle opère un retour, sous une forme nouvelle, à la vieille idée du droit naturel, adaptée aux besoins de la société internationale d'aujourd'hui.

si et quand l'influence de la *lex ferenda* se sera suffisamment fait sentir pour provoquer l'apparition d'une règle nouvelle (qui ne se confondra pas nécessairement avec celle formulée dans une déclaration), ou pour modifier la règle ancienne. Dans cette perspective, il est évident que le nombre et la qualité des Etats qui ont approuvé une déclaration, ou l'ont laissée adopter, prennent une importance décisive, ainsi que les circonstances (ou le « climat ») dans lesquelles cette déclaration a vu le jour.

Dans quelques cas, on pourrait parler de *lex delenda* plutôt que de *lex ferenda*. Certaines évolutions contemporaines vont, en effet, dans le sens d'un retrait du droit international au profit de la compétence réservée des Etats et, par conséquent, de la disparition de toute obligation internationale dans des domaines déterminés. Il en est ainsi, par exemple, en matière de nationalisation. L'article 2, al. 2, c) de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats (Résolution 3252 (XXIX) de l'Assemblée générale) dispose que la question d'une éventuelle indemnité de nationalisation est réglée « conformément à la législation interne de l'Etat qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet Etat », ce qui exclut implicitement l'intervention du droit international. Au-delà de cette affirmation de principe, il convient d'examiner la pratique des Etats, qui reste assez confuse, même équivoque, et sans uniformité. Cette pratique ne semble pas, en tout cas, confirmer les termes catégoriques de la résolution 3252 (XXIX), qui ne sont donc pas devenus, jusqu'à présent, le reflet du droit positif, mais qui ont certainement influencé son évolution.

Dans d'autres hypothèses, au contraire, il s'agit de la création de règles ou d'institutions nouvelles : c'est le cas du droit de la mer, notamment avec l'apparition de la notion de zone économique exclusive. Ici, les formules examinées de *lege ferenda* par la troisième Conférence des Nations Unies ont suscité le développement d'une pratique abondante. En quelques années, une règle nouvelle s'est établie et consolidée par voie coutumière, avant même que la Conférence ait eu le temps d'achever son œuvre (20). Cet exemple est particulièrement remarquable, car il montre que l'influence de la *lex ferenda* sur la *lex lata* est totalement indépendante de la forme et de la valeur juridique des instruments utilisés pour formuler le droit désirable. Comme on le sait, le « texte de négoc-

(20) Cf. les remarques de Guy de Lacharrière, « La réforme du droit de la mer et le rôle de la Conférence des Nations Unies », *R.G.D.I.P.*, 1980, pp. 216-252.

ciation composite officieux », qui a formulé les règles relatives à la zone économique exclusive, n'a aucun statut juridique défini et une valeur formelle certainement très inférieure à celle d'une résolution (21).

**

Les observations qui précèdent ont montré la place exceptionnelle qu'occupe aujourd'hui la *lex ferenda* dans les travaux des organisations et des conférences internationales. La pression qui en résulte sur la *lex lata* a pour effet d'accélérer le fonctionnement du système des sources du droit international, et donc de faciliter l'adaptation du droit à l'évolution des besoins et des concepts, ce qui est sain et bénéfique. Compte tenu des limites de ce système, liées elles-mêmes à la structure fondamentale (inchangée) de la société internationale et à la répartition du pouvoir qui en résulte, cette pression risque aussi de rendre de plus en plus perméable la séparation entre *lex lata* et *lex ferenda*. On ne saurait s'en réjouir, car il ne peut en résulter que confusion des idées, toujours détestable, et surtout qu'exaspération des controverses sur le contenu de la *lex lata*, de nature à empêcher le droit de remplir sa nécessaire fonction de régulation et de pacification des rapports internationaux.

Quel peut être le rôle de la doctrine en cette conjoncture difficile ? Plus que jamais, certainement, de s'acquitter du devoir de description scientifique — c'est-à-dire indépendante et débarrassée de tout souci partisan — du droit positif : de la *lex lata*, à distinguer rigoureusement de la *lex ferenda*. C'est essentiel. Mais la doctrine ne saurait, pour autant, se désintéresser du droit en devenir. Tout au contraire, pensons-nous, c'est une de ses tâches principales que d'étudier mieux qu'elle ne l'a fait dans le passé (embarrassée souvent par une conception trop étroite de la « science juridique ») les réalités du processus de formation du droit (qui remontent très en amont de ce qu'on étudie traditionnellement sous cet intitulé). Le « pré-droit » mérite de faire l'objet de ses investigations autant que le droit établi (à condition de le reconnaître comme tel). La mise en lumière du sens et des étapes des évolutions en cours, la reconnaissance lucide des forces et des inté-

rêts en présence, l'analyse des valeurs en jeu ne sont certainement pas dépourvues de conséquences pratiques. Si elles sont bien conduites, de telles recherches contribueront sans doute à introduire un peu plus de rationalité (et de sens des réalités) dans les discussions et négociations relatives au « droit nouveau » et à faciliter la découverte et la mise au point de solutions efficaces aux difficultés rencontrées dans ces débats, en tenant compte de façon équilibrée de tous les intérêts légitimes en présence (trop souvent et trop sommairement présentés comme inconciliables) et des valeurs qui s'imposent à la conscience du monde moderne.

(21) A la reprise de la 9^e session de la conférence, le T.N.C.O. a été rebaptisé « projet de convention sur le droit de la mer », sans cesser d'être qualifié de « texte officieux » (A/CONF.62)/WP.10/Rev.3, du 27 août 1980).