



Article scientifique

Article

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La désuétude en droit international public

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. La désuétude en droit international public. In: Revue générale de droit international public, 2007, n° 3, p. 577–608.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44900>

REDIP, vol. 111 (2007).

LA DESUETUDE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

par

Robert KOLB

*Professeur de droit international public
aux Universités de Neuchâtel, de Berne et de Genève
(Centre universitaire de droit international humanitaire)*

La théorie de la désuétude des normes juridiques est l'un de ces sujets qui n'ont jamais eu l'heur d'attirer l'attention ou les sollicitudes des internationalistes¹. Sans doute la pratique n'est-elle pas assez nourrie pour justifier un intérêt soutenu. Parent pauvre de la théorie du droit international en général et du droit des traités en particulier, elle mérite toutefois qu'on s'y arrête, ne fût-ce que brièvement, comme entre l'arrivée et la partance de deux trains. C'est d'autant plus vrai que son analyse permet de serrer de près certains

1 - Sur le sujet, on consultera notamment les ouvrages ou articles suivants : A. D. McNair, « La terminaison et la dissolution des traités », *RCADI*, vol. 22, 1928-II, p. 465-467 ; A. Goellner, *Pré-caducité, caducité et désuétude en matière de droit international public*, Paris, 1939 ; A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 516-518 ; J. Touscoz, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, 1964, p. 181-187 ; A. Poch de Caviedes, « De la clause 'rebus sic stantibus' à la clause de révision dans les conventions internationales », *RCADI*, vol. 118, 1966-II, p. 135-138 ; F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *RCADI*, vol. 134, 1971-III, p. 516-520 ; B. Simma, « Termination and Suspension of Treaties », *GYIL*, vol. 21, 1978, p. 74ss, 90-96 ; W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, Berlin e.a., 1983, p. 257ss ; A. Vamvoukos, *Termination of Treaties in International Law - The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude*, Oxford, 1985, p. 219ss (ouvrage de base sur la question, qui souffre toutefois de plagiat) ; R. Plender, « The Role of Consent in the Termination of Treaties », *BYIL*, vol. 57, 1986, p. 138ss ; G. Hafner, « L'obsolescence de certaines dispositions du Traité d'Etat autrichien de 1955 », *AFDI*, vol. 37, 1992, p. 239ss ; N. Kontou, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, Oxford, 1994, p. 25ss. L'article souvent cité dans notre contexte de J. L. Brierly, « Some Considerations on the 'Obsolescence' of Treaties », *Transaction of the Grotius Society*, vol. 11, 1925, p. 11ss, ne traite de la désuétude que dans le titre, mais concerne en réalité plutôt le changement fondamental des circonstances et la révision des traités. Voir aussi K. Doehring, « Die Wirkung des Zeitablaufs auf den Bestand völkerrechtlicher Regeln », *Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft*, 1964, p. 70ss. Des mentions éparées de la désuétude se trouvent dans de nombreux autres textes qu'on ne pourra pas citer ici : voir par exemple H. Thirlway, « The Law and Procedure of the International Court of Justice (1960-1989) », *BYIL*, vol. 63, 1992, p. 94-96.

Parmi les manuels de droit international, on consultera notamment les suivants : G. Schwarzenberger, *International Law - As Applied by International Courts and Tribunals*, 3. éd., vol. I, Londres, 1957, p. 535-537 ; C. Rousseau, *Droit international public*, vol. I, Paris, 1970, p. 217-218 ; A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. éd., Berlin, 1984, p. 523-524 ; R. Jennings/A. Watts (eds), *Oppenheim's International Law*, 9. éd., vol. I, Londres, 1992, p. 1297-1298 ; G. Perrin, *Droit international public*, Zurich, 1999, p. 282-288 ; etc.

concepts fondamentaux du droit et même de mettre à nu certaines chevilles ouvrières de l'ordre juridique international. Cette contribution ne se comprend que comme esquisse à ce propos. Elle envisagera la désuétude comme problème intéressant toute norme internationale, les traités (où elle est toujours discutée), la coutume, les actes unilatéraux, d'autres sources encore.

I. LA NOTION DE DESUETUDE

Qu'est-ce que la « désuétude » ? Des incertitudes surprenantes continuent à planer à ce propos dans un ciel silencieux strié de nuages d'orage. Le concept n'est pas clair en lui-même; ses relations avec des concepts connexes ne le sont pas davantage; ses effets juridiques prêtent à des doutes. Et déjà la question de savoir si le terme relève du monde juridique donne lieu à des interrogations². Peut-on aller plus loin dans la perplexité ?

1. Définition du concept

Les définitions les plus courantes de la désuétude se réfèrent à deux éléments: (1) une absence d'application prolongée de la norme en cause, soit par abstention soit par pratique divergente; et (2) une opinion des sujets concernés acceptant cet état des choses comme étant conforme au droit, opinion normalement configurée comme accord tacite. Par la première branche, la désuétude s'approche du *processus* coutumier avec ses deux éléments. Le processus est alors complexe, plongé dans le temps. Par la deuxième branche, elle s'approche de l'*acte* juridique manifesté dans une volonté plus ou moins instantanée, quoique tacite.

La désuétude repose dans sa première approximation sur une doctrine des « deux éléments », un peu comme la coutume. Dès lors, elle partage avec cette dernière l'incertitude de la relation entre ces éléments: est-ce que l'un l'emporte sur l'autre et si oui lequel ? Si ce n'est pas le cas, quelle est la relation exacte entre les deux éléments ? En effet, l'on peut soit définir la désuétude par rapport à un élément dominant³, soit tenter de combiner les deux éléments. Il y a des auteurs qui donnent leur préférence à l'un des éléments en y subordonnant l'autre. Parfois, c'est le « processus » qui l'emporte, si bien que la désuétude devient une forme de coutume; plus souvent c'est « l'acte juridique » qui l'emporte, la désuétude devenant alors une forme d'accord.

2 - Voir par exemple I. Brownlie, *Public International Law*, 5. éd., Oxford, 1998, p. 622: «The topic of 'desuetude', which is probably not a term of art...».

3 - C'est parfois le cas: rarement pour l'élément objectif, très fréquemment pour l'élément subjectif. La théorie de l'accord tacite mène à la prédominance de l'acte sur le processus (voir *infra*). Pour un exemple où l'élément subjectif n'est pas mentionné et où la non-pratique prolongée semble seule dominer: J. Salmon (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 330, qui renvoie à la p. 143: «Extinction d'un traité du fait de son inapplication ou de son abandon par les parties depuis un temps plus ou moins long...». Voir aussi C. Parry, «The Law of Treaties», dans: M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres/New York, 1968, p. 235.

Généralement, c'est l'effort de synthèse qui prédomine. Cet effort de synthèse est toutefois analytiquement insuffisant. D'où des définitions comme la suivante, oscillant étrangement entre le processus coutumier et l'acte juridique : «Desuetude [...] concerns the discontinuance of use of a treaty *and* its implied termination by consent»⁴; «Desuetude [...] in relation to treaty termination connotes conduct or practice of the parties *from which it may be inferred* that they all tacitly agree that the treaty is at an end»⁵. Or, le même auteur fait intervenir un autre élément dans un autre passage, à savoir la coutume, tout en élargissant la perspective à la modification d'une norme : «Desuetude denotes the effect of lapse of time which [...] justifies a finding to the effect either that a custom contrary to the treaty has been formed *or that*, as between the parties, a tacit agreement has arisen for the amendment of [*scil*: or] abrogation of an earlier treaty»⁶. C'est dire que l'auteur n'arrive pas à serrer proprement la notion et qu'il se sent obligé de juxtaposer des éléments disparates. D'autres définitions révèlent tout aussi clairement le doute quant à la place des deux éléments, le processus et l'acte : «By desuetude is meant not mere lapse of time however long, but discontinuance of the use of, and resort to, a treaty *or* acquiescence in such discontinuance»⁷. Est-ce dire que la désuétude repose sur deux faits juridiques distincts et alternatifs, à savoir la 'discontinuance' d'un côté ou 'l'acquiescement' de l'autre ?

Pris en considération par le droit depuis l'époque romaine (*consuetudo abrogatoria*)⁸, on peut au moins concéder par hypothèse que le concept de désuétude soit un terme d'art juridique. Cela ne préjuge en rien de sa place effective, en tant que norme autonome, dans une branche déterminée du droit. L'inventaire reste donc réservé.

2. La définition intrinsèque

D'abord, on vient de le voir, le concept de désuétude n'est pas clair en lui-même. La relation entre ses deux éléments – c'est-à-dire le processus de non-application prolongée et l'acte de volonté, l'aspect objectif et l'aspect subjectif – pose problème. Deux écoles de pensée s'opposent traditionnellement, comme un peu partout dans le droit des traités et dans le droit inter-

4 - Vamvoukos (*supra*, note 1), p. xi, italiques ajoutées.

5 - *Ibid.*, p. 260, italiques ajoutées.

6 - *Ibid.*, p. 220, italiques ajoutées.

7 - McNair, *Law...* (*supra*, note 1), p. 516, italique ajoutée. On retrouve en tout cas pratiquement toujours ces deux éléments. Cf. Kontou (*supra*, note 1), p. 25 : «It is generally considered that a treaty falls into desuetude when its non-application by the parties over a period of time establishes their consent to let it lapse»; Touscoz (*supra*, note 1), p. 181 : «[La désuétude] consiste en un défaut de mise en application d'une règle de droit, accompagnée de la conscience commune que cette règle ne doit plus être respectée»; Plender (*supra*, note 1), p. 128 : «[A] treaty terminates by desuetude when each of the parties has, over a sufficiently long period, ceased to make use of it or to resort to it and each other party has acquiesced in that discontinuance»; etc.

8 - Voir les quelques développements de Vamvoukos (*supra*, note 1), p. 221ss.

national en général. A une école subjective, ramenant tout à la volonté des parties, fait face une école objective, ramenant tout à des normes de droit objectif.

a) Pour l'école subjective, la désuétude n'est rien d'autre qu'un accord tacite selon lequel les parties à un traité, par des actes de non-application répétés et concluants, s'accordent tacitement, *rebus ipsis et factis*, de considérer le traité éteint. En un mot, la désuétude serait une cause d'extinction subjective de normes préexistantes. A un acte juridique (accord) ou fait juridique (coutume)⁹ qui pose la norme conventionnelle ou coutumière répond toujours, en matière de désuétude, un acte juridique pour l'abroger. La création d'une norme peut donc être le fruit d'un processus ou d'un acte juridique; son extinction par désuétude serait toujours due à un acte juridique. La théorie de l'acte tacite mène à un parallélisme des formes pour la désuétude des normes conventionnelles (acte juridique créateur/acte juridique abrogatif) et à un non-parallélisme des formes pour le droit coutumier (fait juridique créateur/acte juridique abrogatif).

La Commission du droit international a ainsi renoncé à codifier séparément la désuétude dans son Projet sur le droit des traités parce qu'elle est partie du présupposé qu'il s'agit d'un accord tacite manifesté par un comportement concluant¹⁰. Pour la Commission l'article 54 (numérotation finale) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 intitulé 'Extinction d'un traité ou retrait en vertu des dispositions du traité ou par consentement des parties' est applicable. En considérant la désuétude comme un cas d'abrogation tacite manifestée par des actes concluants, la Commission a eu raison de

9 - Une norme conventionnelle est le fruit d'un acte juridique, une norme coutumière est le fruit d'un fait juridique (au sens étroit). Un fait juridique est tout fait ou événement que le droit (une norme) prend en considération pour y rattacher des conséquences juridiques données. La coutume repose sur un fait juridique parce qu'une norme de production juridique rattache directement à certains comportements matériels accompagnées d'*opinio juris* des effets de droit, à savoir la création d'une norme juridique. Les actes matériels (*diuturnitas*) de la pratique ne sont pas accomplis avec une volonté de créer du droit; ils ne sont pas des moyens de manifestation de la volonté. C'est la raison pour laquelle il n'y a pas ici d'acte juridique.

Un acte juridique est un fait juridique particulier consistant en une manifestation de volonté à laquelle le droit (une norme) rattache des effets juridiques correspondant quant à leur contenu à la volonté manifestée. L'accord est un acte juridique parce qu'il lie les parties, et les lie à un contenu normatif qu'elles ont voulu.

Pour un traitement d'une acuité inégalée de ces questions, cf. G. Morelli, «Cours général de droit international public», *RCADI*, vol. 89, 1956-I, p. 584ss; G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7. éd., Padoue, 1967, p. 28, 269ss.

10 - Cf. *ACDI*, 1957-II, p. 54, § 86: «Par contre, si les parties, sans dénoncer le traité ou prétendre en fait y mettre fin, ont pendant une période assez longue agi à l'égard du traité plus ou moins si celui-ci n'existait pas, si, par exemple, elles ne l'appliquent ni ne l'invoquent, ou si elles agissent d'une façon qui montre qu'elles se désintéressent du traité ou ne s'appuient plus sur lui, on peut dire que tout se passe comme s'il y avait un accord tacite des parties, résultant de leurs actes, en vertu duquel elles ne tiendraient pas compte du traité et considéreraient qu'il a pris fin. Dans ce cas, cependant, l'extinction aurait pour base une présomption d'accord tacite des parties – ou du fait que chacune des parties consent ou acquiesce à la non-application du traité par l'autre – et non l'ancienneté ou la désuétude en tant que telle...» (Rapporteur G. G. Fitzmaurice). *ACDI*, 1966-II, p. 258: «Si la 'caducité' ou 'désuétude' peut être une cause effective d'extinction d'un traité, le fondement en droit de cette extinction, lorsqu'elle intervient, est le consentement des parties à renoncer au traité, consentement qui doit ressortir implicitement de leur attitude à l'égard du traité» (rapport final de la CDI). Voir aussi *ACDI*, 1963-I, p. 118, § 7; *ACDI*, 1963-II, p. 74, § 7.

ne pas retenir séparément la notion. Si la désuétude est une sous-catégorie de la volonté, c'est-à-dire un acte juridique, elle est superflue comme notion à part. Elle n'est alors qu'un terme descriptif, visant une volonté tacite manifestée d'une manière spéciale : non pas d'un seul tenant, mais à travers une pluralité d'actes étalés dans le temps. L'existence d'une telle volonté tacite est une question de fait supposant une interprétation des comportements. La nature du traité peut jouer un rôle¹¹ afin de construire une volonté tacite : l'interprète dira alors qu'« en l'espèce, au vu de la situation et de la nature du traité, les parties ne peuvent pas raisonnablement avoir voulu autre chose que de considérer le traité caduc ». Cette vision subjective de la désuétude comme expression d'un accord tacite distillé des comportements de fait est largement prédominante en doctrine¹².

b) Pour l'école *objective*, la désuétude est une norme du droit international général qui rattache à certains faits envisagés dans la norme des effets juridiques déterminés, à savoir l'extinction de la disposition coutumière ou conventionnelle sujette au processus de désuétude. Ainsi, la norme sur la désuétude provoquerait l'extinction de dispositions juridiques dans le cas où les parties à ces dispositions s'engagent dans une conduite incompatible avec celles-ci pendant un laps de temps prolongé. La violation, ou pour le moins la non-utilisation, de la norme seraient alors transformées en un fait licite par l'intervention de l'effet abrogatif de la désuétude¹³. La désuétude devient une modalité de révision des normes.

Quel est le pedigree de la norme sur la désuétude ? On pourrait imaginer que la désuétude soit un principe général de droit opérant dans le sens indiqué. Le plus souvent toutefois, la transformation « désuétudinaire » est rattachée au véhicule du droit coutumier. La désuétude devient ainsi une catégorie particulière du droit coutumier. C'est la coutume qui abroge la norme antérieure ; le résultat de cette abrogation sera appelé « désuétude ». C'est donc le « processus », le fait juridique, qui domine, et non pas l'acte juri-

11 - La Commission du droit international l'admet, par exemple dans *ACDI*, 1957-II, p. 55, § 88 : « [En cas de désaccord entre les parties sur l'interprétation de leur attitude passée] c'est notamment en fonction de la nature intrinsèque du traité qu'il sera possible d'apprécier objectivement et exactement l'attitude des parties à l'égard du traité ». Cette idée a depuis lors été reproduite par la doctrine, cf. Vamvoukos (*supra*, note 1), p. 267, 293.

12 - Voir par exemple Vamvoukos (*supra*, note 1), p. xi, 220, 260, 302 ; Kontou (*supra*, note 1), p. 27-28 ; Plender (*supra*, note 1), p. 144 ; Perrin (*supra*, note 1), p. 282-285, qui mentionne toutefois que la procédure de consultation de l'article 54 CVDT de 1969 n'est guère compatible avec l'idée de consentement implicite ; Brownlie (*supra*, note 2), p. 622 ; Oppenheim (*supra*, note 1), p. 1297-1298 ; Rousseau (*supra*, note 1), p. 217 ; *Harvard Draft on the Law of Treaties*, *AJIL*, vol. 29, 1935, *Supplement*, p. 1163-1164. En jurisprudence, cf. l'affaire *Amoco c. Iran* (1987), Tribunal des réclamations irano-américain, *CTR*, vol. 15, 1987-II, p. 214-215 ; Op. diss. Onyeama/Dillard/Jiménez de Aréchaga/Waldock, affaire des *Essais nucléaires*, *CIJ*, *Recueil*, 1974, p. 338 ; Op. diss. De Castro, *ibid.*, p. 381 ; Op. diss. G. Barwick, *ibid.*, p. 405. Voir aussi l'affaire de la *Mer d'Iroise* (1977), *RSA*, vol. XVIII, p. 166, qui se réfère à l'intention des parties contractantes.

13 - Cf. G. Scelle, *Précis de droit des gens*, vol. II, Paris, 1934, p. 418, avec identification assez large de la désuétude au changement de circonstances et à l'adaptation continuelle du droit aux nouveaux besoins révélés par la « nécessité sociale ». Voir aussi A. Ross, *A Textbook of International Law*, Londres/New York/Toronto, p. 1947, p. 222.

dique. On en arrive à une situation inversée par rapport à celle que nous rencontrons dans le cadre de l'école subjective. A un acte juridique (accord) ou fait juridique (coutume) qui pose la norme conventionnelle ou coutumière répond, par la désuétude, un fait juridique pour l'abroger. La création d'une norme peut donc être le fruit d'un processus ou d'un acte juridique; son extinction par désuétude sera toujours due à un fait juridique. La théorie de la coutume mène à un parallélisme des formes pour la désuétude des normes coutumières (fait juridique créateur/fait juridique abrogatif) et à un non-parallélisme des formes pour le droit conventionnel (acte juridique créateur/fait juridique abrogatif). En fait, il y a identité inversée des situations, comme par effet de miroir.

La théorie de la désuétude coutumière se scinde en deux sous-écoles.

1) Selon une manière de voir, toute *coutume modificative* d'une norme antérieure opère une abrogation partielle ou complète de celle-ci. Dès lors, toute modification d'une norme par une nouvelle norme implique par nécessité logique une désuétude correspondante de l'ancienne. Si l'ancienne norme n'était pas tombée en désuétude, la nouvelle ne pourrait pas s'implanter. Dans la mesure où croît la nouvelle coutume, incompatible avec l'ancienne norme, cette dernière doit nécessairement tomber en désuétude, c'est-à-dire ne plus être pratiquée. Autrement la nouvelle norme coutumière ne pourrait pas s'établir, faute de pratique suffisamment générale et uniforme. La désuétude s'établit ainsi au cœur du processus de modification du droit¹⁴. Elle constitue en quelque sorte un produit secondaire dans la cinétique de transformation normative, un peu comme certaines réactions chimiques supposent des substances de transmission et produisent des substances résiduelles. Cette conception est-elle fondée? Nous y reviendrons ultérieurement.

Il est possible aussi que la nouvelle pratique, marquant une désuétude de ce type, soit liée à une *interprétation évolutive ou dynamique* d'anciennes normes. Entre la modification d'une norme par actes contraires ou partiellement contraires et par interprétation novatrice il y a un *continuum*. L'interprétation dynamique peut être le fait des parties au traité ou d'Etats concernés par la norme coutumière, comme elle peut aussi être le fait d'un juge. C'est surtout quand elle émane des parties qu'elle peut impliquer une

14 - M. E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, 1985, p. 216; Touscoz (*supra*, note 1), p. 182-3. G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7. éd., Padoue, 1967, p. 26, écrit: « Accanto alla consuetudine introduttiva, il cui effetto è di porre una nuova norma, va ricordata la consuetudine abrogativa (desuetudine). Questa consiste in un costante comportamento, il quale è obiettivamente in contrasto con una norma giuridica, ma è accompagnato dal convincimento subbiiettivo della sua liceità ed ha per effetto l'estinzione della norma inosservata ». Dans le même sens, pour une « abrogation » d'un traité par une coutume postérieure, cf. J. Barberis, « Le concept de 'traité international' et ses limites », *AFDI*, vol. 30, 1984, p. 265-266.

15 - Le juge, quant à lui, ne peut que pousser dans ce sens par ses considérants en donnant un argument fort à la partie qui souhaite adopter la nouvelle lecture des normes en cause. S'il s'agit de normes conventionnelles, le juge ne pourra pas lier les parties pour l'avenir: celles-ci peuvent décider de garder l'ancienne

désuétude par modification¹⁵. Cette désuétude par interprétation modificative – si l'on se décide à l'appeler désuétude – peut frapper un traité dans son ensemble tout comme il peut frapper des normes déterminées, conventionnelles ou coutumières. Un exemple se trouve dans la pratique Suisse. Avant la Première guerre mondiale, la Suisse avait conclu avec une série d'Etats des traités bilatéraux d'établissement. Selon les conceptions libérales de l'époque, ces traités statuaient un droit à peu près illimité d'établissement réciproque au bénéfice des ressortissants respectifs. Ces traités garantissaient de plus l'égalité de traitement entre ces étrangers et les ressortissants nationaux. Or, depuis la Première guerre mondiale, « il est entendu, en vertu d'une interprétation généralement admise par convention tacite et même lorsqu'ils ne contiennent aucune réserve à ce sujet, qu'ils [ces traités] ne font pas obstacle à la mise en œuvre de prescriptions de police des étrangers »¹⁶. Ces prescriptions de police peuvent limiter l'accès des étrangers, les conditions d'acquisition de biens-fonds, l'exercice d'une profession, etc. Elles sont donc contraires à la lettre et à l'esprit de ces traités, car elles en subordonnent l'application au droit interne de chaque Etat partie. Or, une interprétation évolutive de ces conventions aurait consacré ce résultat singulier, par une pratique à laquelle aucune protestation n'avait été opposée. On a proposé, entre autres concepts, d'analyser cet état des choses comme une désuétude partielle des anciens traités d'établissement¹⁷. La nouvelle lecture de ces textes aurait rendu désuètes certaines anciennes clauses conventionnelles. Interprétation et pratique nouvelle fusionnent.

2) Selon une autre manière de voir, il faudrait distinguer une coutume modificative, qui remplace une norme ancienne, conventionnelle ou coutumière, par une norme coutumière nouvelle ayant un contenu positif, d'une *coutume abrogative* dont l'effet se limite à abroger l'ancienne norme et dont le contenu s'épuise en une injonction négative. L'objet de cette dernière

lecture du texte ou adopter une nouvelle lecture différente de celle proposée par le juge. Le jugement ne les contraint à rien d'autre que d'exécuter les injonctions du juge dans le cas d'espèce. Le jugement pourra toutefois être la cause d'une nouvelle interprétation ou d'une modification, impliquant le cas échéant une désuétude. Dans le cas du droit coutumier universel, l'emprise du juge est plus grande car ce droit n'est pas à la disposition de quelques Etats, liés par une norme particulière, mais ressortit à la communauté des Etats en général. Cependant, l'ensemble des Etats composant la communauté internationale peut exercer à l'égard de l'interprétation judiciaire, *pro futuro*, les mêmes options que les parties à une convention.

16 - Etude de la Direction de droit international public du Département politique fédéral en date du 27 janvier 1977, *ASDI*, vol. 34, 1978, p. 99.

17 - Voir *ASDI*, vol. 34, 1978, p. 99, note 41. Voir aussi Consultation du Département fédéral des affaires étrangères en date du 2 août 1990, *RSDIE*, vol. 1, 1991, p. 527 : « [L'] exigence d'un acte formel de résiliation [...] contredit le principe de la désuétude, reconnu par le droit international public. Il n'est guère contestable qu'un droit – qu'il découle de la coutume ou d'un traité – peut s'éteindre lorsqu'il n'a pas été invoqué pendant de longues années, à condition que cette omission résulte d'une *opinio juris* des sujets du droit des gens concernés – ici les Etats parties au traité – suivant laquelle le droit en cause a cessé d'exister ». Des accords clarifiant cet état des choses ont parfois été conclus : cf. l'affaire *M. c. Procureur du Canton de Zurich* (1993), arrêt du Tribunal fédéral, *Recueil officiel*, vol. 119, partie IV, p. 65ss, extraits pertinents reproduits dans J. P. Müller/L. Wildhaber, *Praxis des Völkerrechts*, 3. éd., Berne, 2001, p. 146-148.

18 - Capotorti (*supra*, note 1), p. 517 formule bien : « [I] l est possible que la coutume survenue ait pour seul objet l'abrogation de règles conventionnelles antérieures : on parle alors de désuétude ».

coutume est exclusivement extinctif¹⁸. La pratique et l'*opinio iuris* coutumiers se bornent à établir la caducité de l'ancienne norme : la pratique est une non-pratique, c'est-à-dire une abstention (*diuturnitas negativa*) ; l'*opinio iuris* est exclusivement tournée vers l'extinction de la norme antérieure (*opinio non iuris*)¹⁹. La « dé-suétude » négative devient ainsi l'envers de la « con-suétude » positive. Comme on l'a dit : « Le processus de désuétude apparaît comme la contre-épreuve de la formation de la coutume »²⁰.

c) Tant l'école subjective que l'école objective ont fait l'objet de critiques. Contre l'école subjective on a mû l'argument qu'elle méconnaît le caractère propre de la désuétude. Celle-ci serait un processus prolongé et complexe, non un acte juridique reposant sur une volonté clairement articulée dans la réalité²¹. On a dit que l'école subjective revient à l'ancienne idée, dépassée, que la coutume est un pacte tacite²². Contre l'école objective on a mû l'argument que la pratique consacre avant tout la vision subjective²³. On a également dit que la pratique relative à la désuétude reste axée sur le traité et ne saurait s'inscrire dans le courant indépendant d'une coutume générale ou spéciale : comme l'*opinio iuris* est ici concentrée sur le sort du traité²⁴ et non pas sur celui du droit international général ou local *en dehors du traité*²⁵, il serait plus approprié de parler d'accord tacite par actes concluants que d'une coutume²⁶.

19 - *Ibid.*, p. 517 : « [L] es parties n'appliquent plus un traité (ou bien une ou certaines de ses clauses), que ce comportement se prolonge, sans donner lieu à aucune réclamation ou protestation, pendant une période de temps suffisante pour qu'une coutume puisse être considérée comme formée, et qu'au cours de cette période les Etats intéressés acquièrent au fur et à mesure la conviction que leur comportement est légitime ».

20 - Touscoz (*supra*, note 1), p. 181. D'autres auteurs adoptent cette conception de la coutume négative. Cf. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. éd., Vienne, 1960, p. 220 : « Desuetudo ist eine gleichsam negative Gewohnheit, deren wesentliche Funktion darin besteht, die Geltung einer bestehenden Norm aufzuheben » ; F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 2. éd., vol. I, Munich, 1975, p. 492 ; Verdross/Simma (*supra*, note 1), p. 523 : « Wird ein völkerrechtlicher Vertrag oder eine einzelne Vertragsbestimmung auf vgr [= völkergewohnheitsrechtlichem] Wege nicht [...] durch abweichende Sachnormen ersetzt, sondern ersatzlos aufgehoben, so sprechen wir von desuetudo » ; J. Leca, *Les techniques de révision des conventions internationales*, Paris, 1961, p. 260 ; Karl (*supra*, note 1), p. 257, 261. *Contra*, Kontou (*supra*, note 1), p. 27-28 ; M. Bos, « The Hierarchy Among the Recognized Manifestations ('Sources') of International Law », *NILR*, vol. 25, 1978, p. 337.

21 - Karl (*supra*, note 1), p. 261 : « Andere Deutungen der *desuetudo*, wie jene als stillschweigendes Rechtsgeschäft, scheinen zwar zulässig, doch dürfte die gewohnheitsrechtliche Deutung den *flavour* eines allmählich ablaufenden und langandauernden Vorgangs, der die *desuetudo* gewöhnlich kennzeichnet, besser erfassen ».

22 - Capotorti (*supra*, note 1), p. 519.

23 - Plender (*supra*, note 1), p. 144. En réalité, la pratique est très éparse et pas très concluante (voir *infra*, III). Certes, suite aux travaux de la CDI, on se réfère volontiers à l'élément de la volonté implicite.

24 - *Opinio iuris conventionalis*.

25 - *Opinio iuris generalis vel specialis*. Sur cette distinction, voir par exemple B. Cheng, « Custom : The Future of General State Practice in a Divided World », dans : J. S. MacDonald/D. M. Johnston (eds), *The Structure and Process of International Law*, La Haye/Boston, 1983, p. 532.

26 - Kontou (*supra*, note 1), p. 27-28. Toutefois, là encore, il convient de rappeler que des coutumes relatives à un traité sont possibles, comme en témoigne la Charte des Nations Unies avec l'institution des opérations de maintien de la paix ou les règles de vote de l'article 27, § 3. L'essentiel est que la coutume et le traité aient au moins la même sphère de validité subjective, c'est-à-dire qu'il y ait identité entre les parties aux deux sources. Comme le droit conventionnel et coutumier ont une efficacité normative équivalente en droit international, rien n'empêche l'existence d'une coutume portant par son objet sur la convention entre les parties à cette convention. Cette coutume sera alors une modalité de modification ou d'extinction informelle de l'accord.

3. Appréciation

Deux observations théoriques s'imposent à cette place. La première a trait aux choix entre les deux critères subjectifs et objectifs, la volonté et la pratique. La deuxième a trait à un problème de construction quelle que soit la réponse que l'on donne à la première question : la désuétude est-elle un concept uniquement descriptif ou aussi normatif ? En d'autres termes : des effets de droit autonomes découlent-ils de lui ou non ?

a) *Acte juridique ou fait juridique ?*

D'abord, volonté ou pratique, acte juridique ou processus, accord tacite ou coutume négative ? L'importance pratique de cette interrogation diffère nettement de son importance théorique.

Dans la pratique, la différence entre les deux approches sera très réduite pour ne pas dire inexistante. L'opérateur juridique va approcher le problème de la même manière dans les deux cas. En effet, la volonté tacite, depuis l'époque du droit romain, est un concept juridique des plus construits et des plus complexes²⁷. Cette volonté n'est pas nécessairement une volonté psychologique réelle, existant à l'état brut. C'est souvent une volonté juridique imputée à un sujet de droit quand son comportement doit être interprété raisonnablement de manière à y voir un consentement. *Qui facit consentire videtur si...*, dit un adage. La science juridique s'est tôt rendu compte que la volonté réelle est avant tout intérieure et que par conséquent elle représente un fait qui n'est pas directement observable. Elle a donc cherché à la capter par des signes extérieurs. Les droits anciens la liaient à un formalisme. Les droits plus évolués amplifient la panoplie des signes extérieurs et ne la lient pas à un formalisme. Parmi ces signes extérieurs, le texte d'un accord ou d'une loi acquiert dans l'histoire du droit bien vite une place de choix. Mais les comportements des parties sont retenus aussi très tôt. Dès lors, rechercher une volonté tacite, pour un opérateur juridique, c'est surtout imputer une volonté par une interprétation raisonnable des comportements.

L'opérateur juridique ne va rien faire d'essentiellement différent quand il appréciera la désuétude sous l'angle de la coutume abrogative. C'est encore le comportement des parties qu'il s'agira d'évaluer au regard d'une *opinio iuris* distillée par inférence raisonnable de ces faits. Dans les deux cas, l'opérateur se fondera sur la doctrine de la confiance légitime²⁸ : il se

27 - Cf. R. Kolb, *Interprétation et création du droit international, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, 2006, p. 606 ss.

28 - Sur cette doctrine, rattachée à la bonne foi, voir R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, p. 143ss, 177ss. L'appel à la confiance créée vers l'extérieur se manifeste parfois dans la pratique relative à la désuétude : cf. la note envoyée par le ministre italien à Téhéran au Gouvernement iranien quand celui-ci considéra que des anciens traités discriminant contre les étrangers en matière d'acquisitions de biens-fonds devaient trouver à nouveau pleine application. Voir S. Marchisio e.a., *La prassi italiana di diritto internazionale, Terza Serie, 1919-1925*, vol. I, Rome, 1995, p. 681 : « Il est évident que de nombreux sujets étran-

demandera comment les parties à l'interaction devaient et pouvaient raisonnablement comprendre certains actes ou omissions et protéger la confiance en une interprétation raisonnable de ces actes (y compris au regard de leur effet abrogatif). Au fond, il y aura donc unité de la démarche intellectuelle, centrée autour de l'interprétation raisonnable, du sens ordinaire des actes et de la confiance légitime.

Du point de vue théorique toutefois, l'approche coutumière est plus satisfaisante. La volonté tacite connote immanquablement l'idée d'un acte juridique. Or, ici, il ne s'agit pas de cela. Le « processus » l'emporte le plus souvent sur « l'acte ». Plus même : la théorie de l'accord tacite a pour fonction de jeter un voile pudique masquant une réalité contraire potentiellement gênante dans un environnement intellectuel imprégné par le volontarisme juridique. Il s'agit d'estomper le fait que la désuétude forme un « processus » composite et non un « acte » clair ; que le processus est complexe et moins certain que la volonté, supposée cristalline, des parties ; que la souveraineté de ces parties a peut-être un rôle moindre à jouer qu'on ne voulait (se) l'admettre ; que la productivité de l'opérateur juridique dans l'interprétation des comportements est bien plus grande que l'idée de la simple recherche d'une volonté pré-constituée ne le suggère. La fonction de la volonté tacite est donc nettement juridico-politique : son souci premier n'est pas de refléter la réalité mais de l'envelopper d'une manière idéologiquement acceptable. Réfléchissons bien. Il y a des cas où la « pratique subséquente (abrogative) » se manifeste en effet comme un *accord* subséquent entre les parties. A un acte juridique succède ainsi un autre. La continuité dans l'action, qui est le propre de la pratique, est absente. L'accord ultérieur se réalise instantanément dans le temps : à un *actus* répond un *contrarius actus*. La modification/abrogation du traité est formelle dans le sens qu'il y a succession d'accords dans le temps. La situation à laquelle la jurisprudence relative à la modification ou à l'abrogation de traités se trouve confrontée ne correspond cependant que rarement à cette situation bien nette. Les affaires relèvent des situations peu définies où à une attitude plus ou moins accentuée, dilatée dans le temps, répond un silence plus ou moins parfait, dont la qualification exacte prête à doute. Certes, rien n'empêche le juriste, dans un travail d'orfèvrerie dont il a le secret, de transformer ces attitudes amorphes en accord tacite par la voie de cette pierre philosophale qu'est l'instrumentaire juridique. Mais quelle différence entre un tel accord tacite, où toute volonté délinée des parties fait défaut, où le plus souvent aucune volonté n'aura jamais été cristallisée (sauf par l'imputation du juge), et les

gers [...] ont continué depuis bien des années à acheter des terrains agricoles et des biens immobiliers en Perse croyant de bonne foi que les dispositions xénophobes du Traité de Turkmanchai fussent tombées en désuétude». Voir cependant aussi la réponse du Gouvernement perse, qui affirme que la non-application des dispositions en cause dans les années précédentes étaient dues à des pressions arbitraires de la Russie : *ibid.*, p. 682. S'il était fondé en fait, cet argument annulerait la « légitimité » de la confiance.

cas où l'accord correspond à une volonté réelle des parties, le cas échéant formalisée par un accord oral ou écrit²⁹. On le voit : cet accord tacite supposé, issu d'une pratique subséquente juridiquement transcendée, n'est en somme dans la grande majorité des cas qu'une fiction commode, mais peut-être inutile.

Dès lors, contrairement à ce qu'affirme Nancy Kontou³⁰, le point remarquable de la désuétude est qu'il s'agit d'un processus exogène au traité. La pratique, c'est-à-dire le jeu entrelacé des attitudes et des abstentions, des pétitions et des silences, vient produire un lierre, une mousse, autour du traité. Ce lierre finit par rendre invisible le texte originaire. Le processus, de surcroît, s'étale dans le temps. Il n'y a pas tant extinction par des volontés échangées qu'adjonction au traité d'une couche supplémentaire et asphyxiante par le droit international général. La désuétude suppose par conséquent toujours un *fait juridique* extinctif (processus). S'il y a abrogation par acte contraire tacite, cette abrogation se réalise instantanément et l'élément de la pratique devient superflu. Il y aura alors abrogation et non désuétude. Il se peut certes qu'un accord vienne formaliser une désuétude antérieure. Mais alors, l'accord n'est que déclaratif. Il n'est pas la cause de la désuétude.

b) *Effets juridiques autonomes ?*

La désuétude est-elle un simple fait pertinent pour le droit ou est-elle une norme ? Est-elle simplement la description d'une situation matérielle de non-application dont le dénouement se joue à travers l'intervention d'instruments proprement juridiques comme la dénonciation, l'abrogation, etc. ? Ou alors la désuétude est-elle aussi une norme juridique autonome ratta-

29 - Cf. R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, p. 307 : « Cela tient au fait qu'on ne saurait le plus souvent qu'artificiellement assimiler l'acte juridique, produit d'une projection volontaire réalisée instantanément, et une pratique étalée dans le temps, assurant sa croissance par une accumulation de faits et d'attitudes. Que d'autonomie, de pétition souveraine, d'unité, de pouvoir, de concentration, de simultanéité et de précision dans l'un ; que d'hétéronomie, d'interaction, de sélectivité, d'éparpillement, d'alternance et d'approximation dans l'autre. Alors que dans la pratique la multiplication désordonnée de faits produit la croissance d'une situation qualifiée après coup par le droit (*procédé existentiel*), à l'inverse, l'expression de volonté précède les faits et leur imprime le sceau de son empire (*processus essentiel*). C'est de la négation de cette tension idéalement irréductible entre l'acte et le processus, que découle la fiction d'une assimilation de deux, entreprise pour sauver le dogme volontariste ».

Il existe des cas où une désuétude donne lieu à des accords mettant hors de doute la manière de voir des parties. Il se pose alors la question de savoir si ces accords ont un effet constitutif ou déclaratif. Voir par exemple l'affaire *W. Widjatmiko* (1971), Cour d'appel d'Arnheim, *NYIL*, vol. 2, 1971, p. 245-246 ou *ILR*, vol. 70, p. 439-440, désuétude suite à une dénonciation unilatérale qui finit par être acceptée par l'autre partie, l'accord d'abrogation étant toutefois peut-être constitutif ; affaire *N'guyen Duy Thong* (1994), Cour de cassation française, *ILR*, vol. 106, p. 229-230, traité rejeté suite à une succession d'Etats par l'une des parties, l'autre finissant par accepter cet état des choses, accord abrogatif ici encore peut-être constitutif ; affaire du *Traité de Brest-Litovsk* (1925), Reichsgericht allemand, traité éteint suite à une déclaration expresse du Gouvernement soviétique et la non-protestation (valant acquiescement) de la part de l'Allemagne : *Fontes Juris Gentium*, Série A, Section II, vol. I, p. 161. Dans la pratique étatique, voir aussi la désuétude acceptée par les parties dans des échanges de notes de certaines dispositions du Traité d'Etat autrichien de 1955 : Hafner (*supra*, note 1).

30 - Kontou (*supra*, note 1), p. 27-28, 30-31.

chant certaines conséquences juridiques aux situations qu'elle envisage ? La désuétude est-elle la cause matérielle ou la cause juridique d'un effet de droit ? Donc : la désuétude est-elle une norme juridique, est-elle un instrument juridique autonome ?

La CDI, dans son projet relatif au droit des traités, avait donné une réponse claire. Du moment que la désuétude repose sur un accord tacite, l'extinction du traité par ce moyen repose sur l'accord de volonté et le concept de désuétude devient superflu³¹. Ainsi, pour tous les auteurs qui suivent la conception subjective, la désuétude n'est au fond qu'un terme descriptif. Il décrit un *effet de droit spécifique* issu de la volonté des parties. La désuétude n'est pas une norme produisant elle-même ces effets de droit. Au contraire, il faut l'approcher par l'autre bout : elle est un effet juridique, pas la cause de cet effet ; de plus, elle est un effet juridique parmi d'autres, car la volonté peut créer des droits, les modifier, les étendre à d'autres parties – tout comme elle peut aussi produire leur extinction. A vrai dire, la désuétude se confond ici à l'abrogation par actes concluants. Mais n'est-elle pas alors doublement superflue ? Elle n'est ni norme juridique autonome séparée de la volonté ni même concept descriptif utile, car elle fait double emploi avec le terme « abrogation ». C'est la raison pour laquelle les auteurs suivant l'orientation subjective qui mentionnent la longue pratique de non-application *et* l'accord tacite que cette pratique manifeste devraient être obligés d'admettre que la non-application prolongée n'est qu'un élément accidentel et que seul compte l'accord abrogatif³². La désuétude est hors jeu comme l'ivraie une fois séparée du grain.

Mais la situation est-elle vraiment différente si l'on suit la conception coutumière ? Au fond, ici aussi, la désuétude n'est pas une norme juridique à part entière produisant elle-même certains effets de droit. Elle n'est qu'une catégorie de la coutume : une coutume négative ou abrogative, voire modificative, d'une norme préexistante. C'est la coutume, pas la désuétude, qui produit les effets juridiques. Dans le cas de la coutume modificative la superfluité de la désuétude saute aux yeux. Une norme coutumière 'x' est modifiée par une norme coutumière 'y'. C'est dire, juridiquement, que la norme 'x' est partiellement ou complètement abrogée *et* remplacée par la

31 - Il en va de même pour l'estoppel quand celui-ci est configuré comme une forme de consentement assoupli entre les parties à une interaction sociale. G. G. Fitzmaurice, dans son opinion individuelle jointe à l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, CIJ, *Recueil*, 1962, p. 63, formule très bien : « Cependant, dans les cas où il peut être prouvé, par la conduite ou de toute autre manière, qu'une partie s'est engagée ou est liée par une obligation, il n'est strictement pas nécessaire ni même approprié d'invoquer le principe de la forclusion ou de l'estoppel [...]. Ainsi on peut dire que A, ayant accepté une certaine obligation, ou étant lié par un certain instrument, ne peut pas ensuite nier ce fait et 'souffler le chaud et le froid'. Sans doute A ne peut pas être admis à nier ; mais cela veut simplement dire que A est lié et que, étant lié, il ne peut pas échapper à cette obligation [...]. [I]l n'y a pas lieu ni besoin d'invoquer la forclusion ou l'estoppel ».

32 - Il y a des auteurs qui, tout en suivant la doctrine subjective, n'omettent pas de mentionner la pratique prolongée dont on ne saisit alors pas très bien la fonction distinctive : cf. Vamvoukos (*supra*, note 1), p. 220, 260.

nouvelle norme 'y' ayant un contenu positif. Parler, en plus, de désuétude de l'ancienne norme est certes possible mais n'offre aucune utilité tangible. Le rasoir d'Occam devrait l'éliminer : *entia non sunt multiplicanda...* En parlant avec une image, ce serait dire que pour aérer une pièce il faut faire sortir l'air usé pour faire entrer l'air frais au lieu de dire simplement qu'il sied d'ouvrir la fenêtre. Dans le cas de la coutume abrogative, la désuétude se borne à décrire le résultat final du processus : la coutume-killer a agi, la norme est morte ; donc, il y a désuétude ; mais ici encore, la désuétude n'est pas la *causa efficiens* du résultat juridique obtenu. Dans ce cas, il est peut-être plus usuel de parler de désuétude que d'abrogation, étant donné que cette dernière concerne surtout les normes posées ou écrites. On pourrait par conséquent maintenir le terme de désuétude comme descripteur d'un résultat juridique déterminé consistant en l'extinction de la norme coutumière par une nouvelle coutume négative. Mais on pourrait alors tout aussi bien parler, toujours au niveau descriptif, d'extinction, d'abrogation au sens large, de terminaison, de caducité, etc.

Quelle que soit l'attitude suivie, il reste donc, semble-t-il, peu de place utile au concept de désuétude comme notion juridique autonome³³. Au fond, cela explique peut-être que le concept soit rare et évanescent en pratique.

4. La délimitation extrinsèque

Le concept de désuétude souffre d'une absence de délimitation claire avec d'autres notions proches. Une *actio finium regundorum*³⁴ est pour ces raisons de la plus grande utilité. La désuétude est proche d'autres concepts juridiques avec lesquels elle est fréquemment entremêlée : (1) abrogation par *actus contrarius*, (2) modification des normes par pratique subséquente, (3) changement fondamental de circonstances (*rebus sic stantibus*), (4) caducité, (5) obsolescence, (6) textes mort-nés, (7) simple passage de temps (vétusté de la norme), (8) prescription extinctive, (9) impossibilité d'exécution, (10) « fausses désuétudes ». Chacune de ces relations – sauf peut-être celle de la prescription – est potentiellement complexe tant par la substance que par la terminologie, car il n'y a pas d'usage uniforme de ces termes. Les relations entre la désuétude et l'*actus contrarius* ainsi que la modification de normes par la pratique subséquente ont déjà fait l'objet de développements sous 3. Il reste à serrer de plus près les autres relations.

33 - Sous réserve de ce qui sera expliqué *infra*, IV, b).

34 - Cette action visait à délimiter les biens-fonds entre voisins, quand il y avait dispute sur le tracé de la limite : *Douze Tables*, 7, 2.

a) Désuétude/*Rebus Sic Stantibus*

Ces deux concepts juridiques entretiennent des liens étroits. Ils se distinguent par les traits suivants³⁵ : (1) la désuétude ne suppose pas un changement fondamental de circonstances transformant radicalement la portée des obligations encourues ; elle peut intervenir indépendamment d'un tel changement ; (2) le changement de circonstances n'est pas la cause de l'extinction, ce n'est que le motif de celui-ci ; la cause de l'extinction (ou de la suspension) du traité est l'invocation du changement de circonstances par la partie grevée, selon les formes prévues par l'article 62 et 65 de la Convention de Vienne de 1969 ; en revanche, dans le cas de la désuétude, la non-pratique accompagnée d'une *opinio non iuris* graduellement cristallisée a elle-même un effet extinctif ; (3) l'effet du changement de circonstances est précisément localisable et agit *ex nunc* à partir du moment de l'invocation ; l'effet de la désuétude est étalé dans le temps selon les caractéristiques propres de la (dé)formation coutumière du droit.

Or, les deux concepts se rapprochent considérablement dans certains cas³⁶. Ainsi, si la cause de la non-pratique est un changement fondamental de circonstances, la désuétude se présente comme moyen non formel de consacrer l'extinction du traité. Au lieu d'invoquer le changement et d'attendre une réaction formelle des autres parties au traité, on délaisse le traité et il se forme à ce propos une entente tacite ou une pratique accompagnée d'*opinio non iuris*. Un exemple souvent cité dans cette catégorie sont les traités de minorités de la S.d.N. tombés « en désuétude » après la Seconde guerre mondiale³⁷. Cet état des choses a été présenté par certains auteurs comme effet du changement fondamental de circonstances³⁸, par d'autres comme une désuétude³⁹, par d'autres encore explicitement comme un changement de circonstances provoquant une caducité⁴⁰. Les trois explications sont possibles. Le changement des circonstances est la raison matérielle de la désuétude ; la désuétude vient consacrer l'extinction en lieu et place d'une

35 - Voir Poch de Caviedes (*supra*, note 1), p. 135-136.

36 - Leur confusion, volontaire ou involontaire, est d'ailleurs fréquente : cf. par exemple M. Bourquin, « Stabilité et mouvement dans l'ordre juridique international », *RCADI*, vol. 64, 1938-II, p. 401-402 ; A. D. McNair, « The Functions and Differing Legal Character of Treaties », *BYIL*, vol. 11, 1930, p. 109ss ; Brierly (*supra*, note 1).

37 - Le changement pertinent n'était pas uniquement la disparition de la Société des Nations et des traités de paix de 1919-1923 consacrant des régimes spéciaux de minorités à la charge de certains Etats vaincus. Ce fut aussi et surtout la nouvelle manière juridique d'approcher la question des minorités à travers un droit général des droits de l'homme.

38 - P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, 1991, p. 54 ; S. Rosenne, « The Perplexities of Modern International Law – General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 291, 2001, p. 231.

39 - N. Feinberg, « The Legal Validity of the Undertakings Concerning Minorities and the Clausula Rebus Sic Stantibus », dans : *Studia of the Hebrew University, Jerusalem, Scripta Hierosolymitana*, vol. 5, 1958, p. 95ss.

40 - Cf. le Rapport des Nations Unies, Conseil économique et social, E/CN.4/367, 7 avril 1950.

invocation formelle du changement suivie d'une réponse de toutes les autres parties aux traités. La désuétude se présente ici comme une modalité de mise en œuvre, informelle plutôt que formelle, de la doctrine *rebus sic stantibus*. Il y a symbiose entre les deux doctrines, chacune apportant sa contribution au résultat final. Il est également possible que le changement donne lieu à une désuétude et que celle-ci soit formalisée dans une abrogation expresse⁴¹. L'enchaînement est alors triple (changement/désuétude/accord) plutôt que double (changement/désuétude).

La désuétude par coutume ou par accord tacite est donc dans bien des cas l'agent d'exécution du changement de circonstances.

b) Désuétude/Caducité

Les relations entre ces deux notions sont également peu claires. Parfois caducité et désuétude sont traitées comme synonymes. C'est le cas du Dictionnaire de droit international public publié sous l'égide de Jean Salmon⁴². Par ailleurs, on signale souvent que la désuétude suppose une attitude étalée dans le temps alors que la caducité se réfère à des événements provoquant l'extinction de manière plus instantanée⁴³. Un exemple d'une telle cessation plus instantanée est celui de la disparition d'une des parties à un traité conclu *intuitu personae*⁴⁴. Pour d'autres encore, la nuance réside dans la différence entre le constat et les conséquences. La désuétude serait le constat de l'inadaptation d'une norme aux besoins sociaux et au droit pratique ; la caducité serait la conséquence tirée de ce constat par la révision ou l'abrogation de la norme frappée de désuétude⁴⁵. Pour d'autres auteurs enfin, la caducité exprime l'ensemble des raisons qui mettent un terme à l'opération d'un traité alors que la désuétude n'en est qu'une particulière, qui se caractérise par « une dissolution lente, une désagrégation successive d'un état des choses... »⁴⁶. Identité fonctionnelle, différence *ratione temporis*, différence de constat à conséquence, différence de spécialité..., voilà une pléiade de nuances.

On peut se permettre de conclure que le terme « caducité » n'a pas été pourvu jusqu'ici d'un sens juridique généralement accepté. Le sens ordinaire du terme « caduc » est celui de signaler qu'une norme n'est plus appli-

41 - Voir le cas du Traité d'Etat autrichien de 1955: Hafner (*supra*, note 1).

42 - J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 330, qui renvoie à la p. 143.

43 - Vamvoukos (*supra*, note 1), p. 220: « Obsolescence (*caducité*), on the other hand, is a theoretical concept which denotes the effect on the obligations emanating from a treaty of an event other than mere lapse of time, which by its nature paralyses the execution of a treaty or terminates it ».

44 - Touscoz (*supra*, note 1), p. 185: « [L]a caducité est le phénomène par lequel le traité perd immédiatement et brutalement, sans délai, sa force obligatoire ».

45 - G. Scelle, *Précis de droit des gens*, vol. II, Paris, 1934, p. 418.

46 - A. Goellner, *Pré-caducité, caducité et désuétude en matière de droit international public*, Paris, 1939, p. 19. Voir en général p. 21ss.

cable. La caducité semble donc se concentrer sur le résultat, sur l'extinction d'une norme. La désuétude, au contraire, est un processus particulier d'extinction de normes par le truchement d'accords tacites par actes concluants ou de coutumes abrogatives. L'opération de la désuétude dans un cas donné aboutit à la caducité des règles abrogées. Toute désuétude aboutit donc à une caducité, au moins partielle. Mais d'autres causes que la désuétude provoquent aussi une caducité. Si l'on suit ce qui précède, caducité devient synonyme d'« extinction ». Dès lors, le terme pourrait être éliminé, car il n'est pas nécessaire.

c) Désuétude/Obsolescence

Le terme obsolescence n'est pas d'origine française mais a été importé de l'anglais, qui à son tour l'a tirée du mot latin 'obsolescere', 'tomber en désuétude'. En règle générale, on ne fait pas de différence entre ces deux termes. Il se trouve toutefois que G. Hafner⁴⁷, dans son article sur l'obsolescence de certaines dispositions du Traité d'Etat autrichien de 1955⁴⁸, a opéré une distinction conceptuelle et juridique entre les deux. La désuétude désignerait une coutume contraire dont la (non-) pratique se prolonge dans le temps ; l'obsolescence prendrait figure d'un seul coup, comme une clause *rebus sic stantibus* automatique, certaines dispositions étant automatiquement éteintes si les circonstances ayant existé au moment de la conclusion du traité ont tellement changé qu'on ne puisse plus présumer que les parties en demandent l'observation. On retrouve ici un souci déjà rencontré dans la distinction désuétude/caducité.

Pourquoi cette différence était-elle pertinente en l'espèce ? C'est que l'Autriche ne voulait pas plaider qu'elle avait manqué d'appliquer, voire qu'elle avait violé, les dispositions en cause, et que par cette pratique contraire, une désuétude avait eu lieu. Elle préférerait s'en tenir à une caducité plus automatique et moins concentrée sur le passé. Mais alors, pourquoi ne pas invoquer simplement la doctrine *rebus sic stantibus* ? C'est que cette doctrine aussi avait des inconvénients. La condition de la transformation radicale des obligations qui restaient à exécuter en vertu du traité pouvait prêter à doute et aurait pu être discutée. De plus, l'application de la doctrine *rebus* aurait normalement produit des effets juridiques seulement *ex nunc*, ce qui aurait pu poser des problèmes délicats de droit inter-temporel.

47 - Hafner (*supra*, note 1), p. 252-255.

48 - Pour un cas similaire, concernant la désuétude et le constat formel de caducité de certaines normes du Traité d'amitié, de coopération et d'assistance mutuelle entre la Finlande et l'URSS (1948) traitant de l'Allemagne comme agresseur potentiel, cf. *ZaöRV*, vol. 51, 1991, p. 524ss. On peut également évoquer la désuétude des clauses concernant les Etats ex-enemis contenues dans la Charte des Nations Unies aux articles 53 et 107. L'inapplicabilité de ces clauses discriminant contre les anciens ennemis dès l'entrée de ceux-ci aux Nations Unies est désormais unanimement reconnue. Cf. R. Kolb, « Article 53 », dans : J. P. Cot/A. Pellet/M. Forteau (dir.), *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article*, vol. II, Paris, 2005, p. 1414, avec des renvois.

L'Autriche proposa donc la reconnaissance de « l'obsolescence » des dispositions militaires et aériennes du Traité, qui formaient une espèce de mini-traité dans le traité et concernaient l'Allemagne ex-ennemie. Ce à quoi les puissances de garantie du Traité répondirent favorablement (alors que les autres Etats parties ne furent pas consultés, leur silence étant considéré comme un acquiescement). De cette manière, la pratique, pour des besoins particuliers, a forgé une nouvelle catégorie juridique. Celle-ci a été couverte au moyen un accord abrogatif entériné entre les parties principales par échange de notes, et, pour ce qui est du Gouvernement britannique, par une prise de position orale⁴⁹.

d) Désuétude/Textes mort-nés

Assez rarement⁵⁰ une différence est faite entre des textes ou des normes qui ont reçu un début d'application et qui peuvent dès lors, par la suite, tomber en désuétude, et des textes mort-nés n'ayant jamais reçu même un début d'application et ne pouvant, par conséquent, à strictement parler, tomber en désuétude. La désuétude frappe de mort un organisme vivant; si l'organisme est mort dès le début, nul ne peut plus lui ôter la vie. Il faut noter que ce type de distinction, fondée en elle-même, ne s'applique qu'à des normes écrites. Une coutume mort-née n'existe pas: dans ce cas, il n'y a simplement pas de coutume. La coutume, reposant sur la pratique, est toujours effective ou alors elle n'est pas du tout. En revanche, des textes peuvent être adoptés qui ne seront jamais ratifiés, mis en vigueur ou appliqués. Ils continuent à exister comme simples vestiges de projets avortés.

e) Désuétude/Vétusté

Un grand nombre d'auteurs souligne que le simple passage de temps ne rend pas désuètes des normes⁵¹. C'est manifeste pour des normes conventionnelles. Un vieux traité peut parfaitement rester applicable. Si les parties souhaitent encore son application, de quel droit le leur interdirait-on sous prétexte de sa vétusté? A vrai dire, même pour les traités, des doutes peuvent surgir. De très vieux traités, conclus au Moyen Age, peuvent poser de graves problèmes d'application. Ils ne seront souvent plus adaptés aux conditions modernes; ils contiendront parfois des normes manifestement inapplicables; ils peuvent poser des problèmes de compréhension. La situation est encore plus pointue dans le cas de la coutume. Une non-pratique prolongée n'enlève-t-elle pas *eo ipso* la base à la norme en cause, même si

49 - *Ibid.*, p. 241.

50 - Perrin (*supra*, note 1), p. 285-286.

51 - Voir par exemple Vamvoukos (*supra*, note 1), p. 220; McNair, *Law...* (*supra*, note 1), p. 516; Kontou (*supra*, note 1), p. 25; Perrin (*supra*, note 1), p. 283; F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 2. éd., vol. I, Munich, 1975, p. 492; A. C. Kiss, « L'extinction des traités dans la pratique française », *AFDI*, vol. 5, 1959, p. 788.

une coutume contraire (c'est-à-dire une pratique différente) ne s'est pas cristallisée? Dans ce cas, l'*opinio iuris* inaltérée, transmuée en agent conservateur⁵², peut-elle éventuellement maintenir en vie la coutume? Il semblerait que non si l'on estime que la coutume nécessite pour son maintien une continuité de ses deux éléments. Mais on pourrait aussi estimer que les deux éléments ne sont nécessaires qu'à la formation d'une nouvelle norme coutumière, alors que l'*opinio iuris* seule pourrait au moins conserver une norme dont la pratique devient évanescence.

Cependant, sans l'expression d'une *opinio iuris* ou d'un accord tacite l'abrogation serait injuste et impraticable. Injuste d'abord, car il y a de très anciens traités (de frontière par exemple) qui continuent à être en force et que les parties désirent garder: les abrogerait-on contrairement à leur volonté? Impraticable ensuite, car il n'y aura jamais de critère suffisamment précis pour savoir quand un traité est vétuste: cinquante ans, cent ans, deux cents ans, un millénaire? La vétusté dépend-elle seulement de l'écoulement du temps ou aussi de la manière plus ou moins moderne dont une matière est abordée et réglementée? L'un des buts essentiels du droit des traités, la sécurité juridique, serait gravement mise en danger par une telle échappatoire sans contours définissables.

Enfin, il faut se rendre compte que le passage du temps est un fait neutre du point de vue juridique. Une norme peut recevoir de nombreuses ou de rares applications non seulement en fonction de la volonté des parties de l'appliquer mais aussi du point de vue des *occasions de fait* de l'appliquer⁵³. Il est des questions qui produisent spontanément une pratique très soutenue au quotidien (exemple: les immunités diplomatiques). Il est aussi des questions qui ne présentent que rarement des situations propres à l'application de la norme visée, mais qui sont pourtant réglementées (exemple: l'angarie d'avions). S'il n'y a que peu ou pas d'applications dans ce dernier cas, il ne s'agira pas nécessairement de désuétude. Il se peut simplement qu'aucune situation nécessitant une angarie d'avion ne se soit présentée dans les faits. Il faudra donc toujours examiner les raisons précises de la non-application. Ce n'est d'ailleurs pas dire que des normes greffées sur des situations se présentant avec peu de fréquence ne puissent pas tomber en désuétude. Si dans les rares occasions où elles pourraient être appliquées elles ne le sont pas et que cette attitude s'accompagne d'une opinion juridique extinctive, la désuétude pourra être établie. Le point est simplement qu'il faut vérifier de près les faits, c'est-à-dire s'interroger sur leur pertinence précise dans un contexte donné.

52 - Alors qu'elle est discutée le plus souvent comme agent progressiste: cf. G. Abi-Saab, «La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté», *Mélanges R. Ago*, vol. I, Milan, 1987, p. 53ss.

53 - Cf. Karl (*supra*, note 1), p. 264. Voir aussi Kontou (*supra*, note 1), p. 25: «[T]he States party to the treaty must have failed to invoke it in situations where they would have been expected to do so...».

La doctrine évoque aussi d'autres situations où une non-application n'équivaut pas nécessairement à la désuétude : « [U]n Etat peut, pour des raisons politiques ou autres, décider de ne pas se prévaloir d'un traité, sans que cela signifie qu'il y renonce à l'avenir. Enfin, le simple fait de ne pas appliquer un traité peut témoigner d'une volonté de le suspendre durant un certain temps et non nécessairement d'y mettre fin »⁵⁴. On rappelle⁵⁵ aussi que certains droits n'ont pas besoin d'être exercés pour être efficaces. Leur inclusion dans un traité suffit pour avoir un effet dissuasif indirect. C'est le cas du droit de veto. Il peut pousser à ce qu'on se mette d'accord d'avance sur des mesures acceptables par son détenteur, afin de ne pas s'exposer à son exercice. La non-utilisation formelle du veto ne saurait alors être considérée comme manifestation d'une désuétude.

Il faut aussi mentionner le cas de traités accordant à des parties des droits subjectifs⁵⁶. Il faut distinguer dans ce cas le droit objectif du traité des droits subjectifs acquis en vertu du traité. Ne pas faire valoir ces derniers n'atteint pas nécessairement le droit objectif. Une attitude de passivité au regard des droits subjectifs peut toutefois éteindre ces droits particuliers par voie de prescription libératoire. La conclusion vers la désuétude suppose au contraire qu'on se situe sur le plan du droit objectif, car c'est celui-ci seul qui est atteint par la désuétude. En revanche, s'il apparaît que les droits subjectifs ne sont pas exercés parce que les parties tiennent le droit objectif qui les confère pour dépassé ou caduc, alors cette attitude pourra manifester une désuétude. L'attitude vis-à-vis des droits subjectifs peut ainsi devenir un motif pour explorer l'attitude vis-à-vis du droit objectif.

La non-utilisation de droits ne saurait dès lors être *sic et simpliciter* embrigadée dans une démonstration tendant à la désuétude⁵⁷.

f) Désuétude/Prescription libératoire

Cette distinction vient d'être évoquée : la désuétude atteint le droit objectif (la norme) alors que la prescription extinctive ou libératoire atteint les droits subjectifs dérivés de la norme⁵⁸. Les deux notions ne se situent donc pas sur le même plan. Certaines conclusions peuvent être tirées, dans certains cas, de la prescription à la désuétude, mais c'est une question d'espèce. On peut renvoyer à ce qui a été dit sous e).

54 - M. Kohen, « Article 42 », dans : P. Klein/O. Corten (dir.), *Commentaire de la Convention de Vienne sur le droit des traités*, Bruxelles, 2006, p. 1606. Dans la jurisprudence, voir *Commission des Communautés européennes c. France* (1971), affaire 7/71, CJCE, dans : *ILR*, vol. 48, p. 223 : le fait que la Commission n'ait pas exercé certains pouvoirs pendant certaines années ne signifie pas que les dispositions dont découlent ces pouvoirs sont caduques.

55 - *Ibid.*, p. 264-265.

56 - *Ibid.*, p. 264-265. Voir aussi les plaidoiries de Ch. de Visscher dans l'affaire du *Plateau Continental de la mer Egée*, Vamvoukos (*supra*, note 1), p. 284.

57 - Schwarzenberger (*supra*, note 1), p. 535.

58 - Correct : Touscoz (*supra*, note 1), p. 181-182, en note infrapaginale.

g) Désuétude/Impossibilité matérielle d'exécution

L'impossibilité d'exécution est réglementée à l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), qui reflète le droit coutumier. L'impossibilité – totale ou partielle, temporaire ou définitive – est limitée aux cas où il y a destruction d'un objet, physique ou autre, indispensable à l'exécution du traité. Alors, celui-ci devient matériellement inexécutable. Cette impossibilité est une forme de *vis compulsiva* issue des faits. L'impossibilité peut résulter d'un changement de circonstances et dès lors se rapprocher de la désuétude. Cela peut être le cas si des conditions territoriales nécessaires à l'application du traité viennent à manquer⁵⁹. Toutefois, cette impossibilité sera le plus souvent le fruit d'événements brusques. Par conséquent, l'idée d'une désuétude issue de la non-application prolongée dans le temps n'apparaîtra guère appropriée. L'impossibilité d'exécution peut aussi se rapporter à des normes non-conventionnelles. Ses effets se produiront alors surtout dans le droit de la responsabilité internationale, notamment dans les circonstances excluant l'illicéité (par exemple la force majeure).

h) Désuétude/« Fausses désuétudes »

A une doctrine juridiquement disciplinée de la désuétude s'oppose une doctrine politique plus difforme et grimaçante. Elle en est une déformation centrifuge un peu de la même manière que les doctrines politiques de la souveraineté absolue sont un pervertissement de la doctrine de la souveraineté juridique. Ainsi, certains auteurs ou Etats tentent parfois de véhiculer l'idée que certaines dispositions qui les gênent sont tombées en désuétude : pétition toute politique, tentant d'influencer la pratique internationale par une espèce de pavé jeté dans la mare dans l'espoir d'infléchir les attitudes des autres acteurs. Les normes régissant l'utilisation de la force dans le système de la Charte en sont un exemple actuel⁶⁰.

Depuis quelques années, les Etats-Unis d'Amérique ont commencé une croisade contre ces dispositions limitatrices, ressenties comme étant trop étroites et ne permettant pas de faire face adéquatement aux défis nouveaux du terrorisme, de la prolifération d'armes de destruction massive, de régimes politiques « voyous », etc. Du point de vue scientifique, on nous offre comme preuve de cette « désuétude » la pratique des violations constantes⁶¹, depuis

59 - Voir la note diplomatique citée dans R. Ago/M. Toscano, *La prassi italiana di diritto internazionale, Prima Serie (1861-1887)*, New York, 1970, p. 83.

60 - Un exemple plus ancien est fourni par tous les arguments tendant à défaire le principe de distinction dans le droit de la guerre, au motif que la guerre totale moderne mêle inextricablement les militaires et les civils en rendant toute distinction impraticable. Cet état des choses aurait, selon certains auteurs, rendu désuet le principe lui-même. La pratique internationale et les codifications récentes apportent un démenti cinglant à cette thèse dont l'objectif politique était de se libérer de toute limitation gênante dans la conduite de la guerre. Voir sur ce point G. Malinverni, « Armes conventionnelles modernes et droit international », *ASDI*, vol. 30, 1974, p. 34ss.

61 - Mais se préoccupe-t-on également de toutes les non-violations, beaucoup plus nombreuses ? Il semble que non.

1945, des normes interdisant l'utilisation de la force (article 2, § 4) et le non-fonctionnement du système de sécurité collective du Chapitre VII de la Charte. Ainsi, la violation constante de l'interdiction de recourir à la force aurait rendu désuet le système de la Charte des Nations Unies, qui «for all practical purposes,... is dead»⁶². Or, les «violations» (c'est-à-dire les conflits armés) sont mentionnées sans préciser le cadre juridique applicable, comme si toutes se valaient. Tel n'est pas le cas, car les situations de légitime défense ne peuvent pas être mises dans la même catégorie que les agressions ; les conflits non-internationaux ne sont pas interdits par la Charte et ne sauraient être, du point de vue du *ius ad bellum*, placés sur un pied d'égalité avec les conflits armés internationaux ; il y a aussi toutes les zones grises de légalité⁶³. De plus, les conséquences de ces violations de la Charte ne sont pas considérées⁶⁴ : les organes des Nations Unies ont-ils réagi ? ont-ils condamné l'action ou non ? les Etats ont-ils réagi, ont-ils condamné ces actions ? En effet, tout se passe comme si la coutume internationale ne reposait que sur un seul élément, la pratique effective, et de surcroît seulement la pratique de quelques Etats, ceux qui enfreignent les normes. Or, pour établir une coutume universelle, seule apte à «déroger» à la Charte, il faut tenir compte de l'attitude de l'ensemble des Etats de la communauté internationale. Dans l'écrasante majorité des cas d'utilisation illicite de la force, les organes internationaux collectifs et les Etats tiers ont protesté contre les violations de la Charte en faisant par là connaître leur attachement continu aux règles de la Charte⁶⁵. Comment parler alors d'une désuétude ? Enfin, si l'on accepte la thèse selon laquelle le droit interdisant le recours unilatéral à la force relève du *ius cogens*, une simple pratique contraire, même accompagnée d'*opinio iuris*, ne suffirait pas à abroger ou à rendre désuète la norme prohibitive. Il faudrait, en vertu du principe du parallélisme des formes, une nouvelle coutume impérative (avec le cas échéant une *opinio iuris cogentis*), ce qui élève encore de beaucoup le seuil à franchir⁶⁶.

62 - A. Clark Arend, «International Law and the Preemptive Use of Military Force», *The Washington Quarterly*, vol. 26, 2003, p. 89ss, 99-102, le passage cité se trouvant à la p. 101. Voir aussi M. J. Glennon, «Military Action Against Terrorists under International Law: The Fog of Law», *Harvard Journal of International Law and Public Policy*, vol. 25, 2002, p. 540ss ; M. J. Glennon, «Why the Security Council Failed», *Foreign Affairs*, vol. 83, 2003, no. 3, p. 16ss.

63 - Par exemple : les conflits de décolonisation, comme le cas de Goa, ne sont pas nécessairement dans la même catégorie juridique que l'agression du Koweït. Plusieurs cas mentionnés reposaient sur un argument de légitime défense, par exemple le cas du Kampuchéa ou celui de l'Ouganda.

64 - Dans un grand nombre de cas, il y a eu des condamnations par les Nations Unies et par des organisations régionales. Dans d'autres cas, il y a eu une opération militaire pour sanctionner l'utilisation de la force (Koweït). Etc.

65 - Voir aussi les remarques de T. Farer, «A Prospect for International Law and Order in the Wake of Iraq», *AJIL*, vol. 97, 2003, p. 621-2.

66 - Voir entre tant d'autres M. Kohen, «The Use of Force by the United States After the End of the Cold War and Its Impact on International Law», dans : M. Byers/G. Nolte (eds), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, 2003, p. 228. G. Abi-Saab, «Cours général de droit international public», *RCADI*, vol. 207, 1987-VII, p. 375ss. Voir déjà F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, (1840), vol. I, p. 190.

En définitive, de telles désuétudes s'avèrent « fausses » dans la mesure où leur vêtement n'est pas juridique mais politique. Il s'agit de volontés plus ou moins unilatérales projetées dans l'espace *urbi et orbi*, comme *statements of policy*.

Ayant ainsi cartographié l'environnement de la désuétude, le temps est venu de se tourner vers la pratique internationale pour voir quelles lumières elle peut projeter sur notre notion.

II. LA PRATIQUE DIPLOMATIQUE ET JUDICIAIRE

Si l'on retient un concept étroit de désuétude – limité à l'effet abrogatif d'une coutume négative ou d'un accord informel impliqué dans des attitudes concluantes – on se rend compte que très peu d'affaires tombent sous son chef. L'intérêt doctrinal de la désuétude n'est aucunement corrélatif à son intérêt pratique, au contraire. Dans la grande majorité des cas, on peut se passer du concept. Plus même : il vaut mieux s'en passer, car il ne s'agit pas vraiment d'un de ses cas d'application.

a) D'abord, très souvent les *conditions matérielles de la désuétude ne sont pas réunies*. L'argument de la désuétude de l'Acte général d'arbitrage soulevé dans les affaires des *Essais nucléaires* (1974) par la France et dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée* (1978) par la Turquie⁶⁷ n'a pas été tranché par la Cour⁶⁸, mais s'avère mal fondé⁶⁹. Des actes d'abstention se mêlent à une série d'actes assertifs relatifs à ce texte. Il est dès lors difficile d'admettre une quelconque désuétude. Il se pose à ce propos toutefois la question générale de savoir s'il peut y avoir, dans un traité multilatéral, une désuétude *inter partes*. Le traité peut-il devenir désuet pour quelques parties mais non pour d'autres ? La désuétude peut-elle être relative ? On sait qu'un traité multilatéral non-intégral⁷⁰ peut être scindé en une série de rapports bilatéraux. Par exemple, un traité multilatéral d'extradition entre quatre Etats peut être représenté comme une somme de six traités bilatéraux intégrés en unité à travers une grande agrafe. Si les Etats A. et B. cessent d'appliquer entre eux le traité et que celui-ci tombe en désuétude dans

67 - Sur ces affaires dans notre contexte : voir Vamvoukos (*supra*, note 1), p. 277ss ; Plender (*supra*, note 1), p. 140-142. Voir aussi, en particulier, les prises de position, citées, des juges dissidents.

68 - La Cour a encore récemment trouvé le moyen d'esquiver la question en estimant que l'Inde avait en tout cas dénoncé l'Acte général de 1928, si bien que la question de sa désuétude ne se posait pas : voir l'affaire de l'*Incident aérien du 10 août 1999* (Pakistan c. Inde, Compétence), CIJ, *Recueil*, 2000, p. 12ss, notamment aux §§ 26ss.

69 - Voir L. Siorat, « L'article 37 du Statut de la CIJ », *AFDI*, vol. 8, 1962, p. 322-323, qui cite nombre d'actes matériels militant contre la désuétude. Voir aussi J. G. Merrills, « The International Court of Justice and the General Act of 1928 », *Cambridge Law Journal*, vol. 39, 1980, p. 137ss.

70 - Il s'agit de traités non-bilatéralisables, par exemple un traité sur le désarmement : l'obligation ne peut être due qu'à tous les parties au traité en même temps, il est impossible de la scinder en rapports particuliers. Voir l'article 60, § 2, lettre c, de la CVDT (1969).

leurs relations réciproques, alors que le traité est encore appliqué par A. et B. envers les autres deux Etats C. et D. et entre ces deux autres Etats, ne peut-on pas aboutir à une désuétude partielle *ratione personae*? Aucun motif théorique ne l'exclut. La situation s'apparente à une dénonciation qui restreint le champ d'application subjectif d'un traité multilatéral mais n'induit pas son extinction.

b) Ensuite, dans bien des cas la désuétude n'apparaît pas clairement comme élément autonome. Elle se situe plutôt en sous-œuvre comme pâle linéament dont il est difficile de serrer de près le rôle et de dire s'il a été opérationnel au plan juridique. Les nombreux exemples de pratique étatique cités par Vamvoukos⁷¹ ne manifestent pas un seul cas d'application clair de désuétude. Il est impossible ici de donner un résumé des faits de chacune de ces affaires; le lecteur intéressé pourra se référer à l'auteur cité. L'affaire des *traités capitulaires de 1604, 1673 et 1740* n'est pas un cas de désuétude parce que des traités postérieurs ont confirmé les principes prétendument frappés de caducité. L'argument de la désuétude mû par la Russie était plutôt une arme politique visant à pousser vers la révision des traités. L'affaire des *droits de pêcheurs français en Terre Neuve* s'avère plutôt être un cas de changement prétendu des circonstances dans le contexte d'une volonté d'adaptation des textes. L'affaire relative au *régime d'extradition aux Indes britanniques* propose une désuétude, mais l'abrogation de l'ancien régime s'est traduite par la conclusion d'un nouvel accord écrit. Il y a donc bien modification de normes non pratiquées, mais cette modification est consacrée par un traité formel. L'affaire relative aux *Conventions VIII et IX de La Haye pendant la guerre du Viêt-Nam* soulève un problème de changement de circonstances (techniques) et d'application par analogie de ces textes à de nouvelles armes. Il ne s'agit pas spécialement de désuétude. L'affaire du *Protocole naval de Londres de 1936* pose le problème d'un texte mort-né: il n'a jamais reçu une application telle qu'envisagée par ses auteurs. L'affaire du *Traité Briand-Kellogg de 1928* n'est manifestement pas un cas de désuétude, puisque ce texte est encore en vigueur aujourd'hui (simplement il est occulté par la Charte). En plus, les poursuites de Nuremberg relatives au crime d'agression se sont fondées sur ce document.

La pratique judiciaire n'offre pas beaucoup plus de lumières. Quand le juge international s'est exprimé sur la question, il l'a fait dans des termes génériques et peu précis. Dans l'ancienne affaire *Yuille-Shortridge Cy.* (1861), tranchée par le Sénat de Hambourg comme arbitre, celui-ci se borne à reconnaître qu'une désuétude est possible si les actes en cause émanent d'organes étatiques et non simplement de personnes privées⁷². Dans les

71 - *Op. cit.* (*supra*, note 1), p. 267ss.

72 - Cf. Plender (*supra*, note 1), p. 140. Pour le texte de l'arbitrage, cf. A. De Lapradelle/N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, Paris, 1932, p. 105ss, 113ss.

affaires précitées des *Essais nucléaires*, de la *mer Egée* et de *l'Incident aérien*, la CIJ ne prend pas position sur la désuétude. Dans l'affaire de la *mer d'Iroise* (1977), le tribunal d'arbitrage était confronté à un argument tellement excessif qu'il ne pouvait guère développer utilement notre question. La France avait soutenu que du fait de l'évolution récente du droit coutumier de la mer, stimulé par la Troisième Conférence des Nations Unies, toutes les Conventions de Genève de 1958 étaient devenues désuètes. Cet argument contredisait à tel point la pratique des Etats que les arbitres ont pu se borner à le rejeter dans des termes sommaires, rappelant que des « indications les plus probantes démontrant l'intention des parties contractantes de considérer la Convention [sur le plateau continental de 1958] comme ayant pris fin » font défaut⁷³. Le Tribunal Irano-Américain des réclamations a quant à lui estimé, dans l'affaire *Amoco International Finance Corporation c. Iran* (1987), qu'une implication de désuétude d'un traité ne pouvait pas être déduite de la pratique des Etats en cause. En effet, celle-ci n'était pas concluante⁷⁴. Il s'y ajoutait, selon le tribunal, que des clauses de dénonciation assez libérales existaient dans le traité. Par conséquent, la partie considérant le traité comme étant inadapté pouvait en faire usage pour s'en libérer. Or, l'Iran ne l'avait pas dénoncé. Pour le Tribunal, c'est une preuve *a contrario* qu'il ne souhaitait pas se défaire du traité et qu'il ne le considérait pas comme étant désuet⁷⁵.

Dans l'affaire *Commission des Communautés européennes c. France* (1971), tranchée par la CJCE, la France faisait valoir que certaines dispositions du Traité Euratom contenues dans le Chapitre VI étaient caduques, entre autres du fait que la Commission n'avait pas exercé les pouvoirs que ces dispositions lui conféraient. La Cour répond à cet argument que la caducité de dispositions ne se présume pas et ce d'autant plus quand il s'agit de normes destinées à définir, dans l'intérêt collectif, la poursuite d'une politique communautaire commune. Le fait que certains pouvoirs ne sont pas exercés à un moment donné n'équivaut pas à la désuétude des dispositions dont ces pouvoirs découlent⁷⁶. Il est à noter que le terme « désuétude » n'est pas utilisé : dans la version française, c'est le terme « caducité » qui apparaît alors que dans la version anglaise c'est le terme « lapse ».

Enfin, il y a des cas où une désuétude est prospectée dans des considérants prononcés *obiter* sans que la question ne soit approfondie. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme laisse entendre dans l'affaire *Öcalan* (2003)⁷⁷ que l'abandon pratiquement total de la peine de mort en Europe

73 - RSA, vol. XVIII, p. 65-66, passage cité à la page 66. Voir Plender (*supra*, note 1), p. 142; Perrin (*supra*, note 1), p. 284-285.

74 - *Iran/US Claims Tribunal's Reports*, vol. 15, 1987-II, p. 218, § 97.

75 - *Ibid.*, p. 218-219, § 99.

76 - Affaire 7/71, texte anglais dans : *ILR*, vol. 48, p. 222-223.

77 - Aux §§ 195 ss.

en temps de paix pourrait être considérée comme abrogeant implicitement (par désuétude ?) l'article 2, § 1, de la CEDH autorisant une telle peine en temps de paix. Ce considérant peut être lu à la lumière de la doctrine de désuétude : une pratique négative (abstention d'appliquer la peine de mort), accompagnée d'une *opinio iuris* négative, vient prendre la place de l'ancienne pratique.

Les juridictions internes sont souvent confrontées aux mêmes incertitudes. La pratique suisse précitée quant aux traités d'établissement (qui est en partie judiciaire) est susceptible de plusieurs interprétations. La désuétude y a joué un rôle. Mais on a proposé aussi toute une série d'autres concepts, allant du changement des circonstances au simple accord tacite modificatif. La désuétude des anciennes clauses se fonde ainsi dans une modification de celles-ci. Dans l'affaire *Escobedo c. Etats-Unis* (1980), tranchée par la Cour d'appel du *Fifth Circuit*, les juges affirment qu'une désuétude ou une modification d'un traité d'extradition sont infirmées par la pratique des organes des Etats concernés et par la conclusion d'accords subséquents⁷⁸. D'où un rejet de ces moyens sans discussion approfondie.

Il y a une seule affaire judiciaire, tranchée par un tribunal interne, qui entreprend incontestablement une application à la fois exemplaire et précisément motivée de la doctrine de désuétude. Il s'agit de l'affaire *Amend (Land Sale to Aliens)* (1973) tranchée par la Cour constitutionnelle autrichienne⁷⁹. Cette affaire est issue des litiges fréquents, dans les années '70, en Suisse et en Autriche, entre acquéreurs de biens-fonds étrangers et autorités locales. Ces deux Etats craignaient que trop d'étrangers ne vinssent acquérir des biens-fonds dans leurs régions vacancières, créant un lot de problèmes liés à l'urbanisation excessive, à la flambée des prix et à la concentration trop importante d'étrangers. Des législations restrictives furent donc adoptées. Ces législations étaient souvent en conflit avec des anciens traités d'établissement ou économiques, garantissant aux ressortissants respectifs le traitement national et leur octroyant expressément le droit d'acquérir des biens-fonds. Dans l'affaire qui nous intéresse, le traité en cause était un Traité économique austro-allemand de 1930 contenant une clause de la nation la plus favorisée. La Cour constitutionnelle autrichienne considéra que ce traité était devenu inapplicable par voie de désuétude. On est loin, dans ce cas, d'un acte juridique manifesté par une volonté tacite nettement délinée et clairement située dans le temps. Au contraire, la désuétude fut le fruit d'une série d'actes composites à la fois de non-application et de pratique contraire, actes qui ne pouvaient s'interpréter que comme abandon du traité (ce qui peut évidemment être construit comme *opinio iuris negativa*

⁷⁸ - *ILR*, vol. 79, p. 437.

⁷⁹ - *ILR*, vol. 77, p. 433ss. Sur cette affaire, voir surtout Simma (*supra*, note 1), p. 90ss ; Vamvoukos (*supra*, note 1), p. 288ss.

ou comme accord tacite décomposé dans le temps). Quels omissions et actes⁸⁰? *Primo*, l'Autriche ne cita pas ce traité dans la liste de textes encore en vigueur entre l'Autriche et l'Allemagne communiquée aux Alliés occidentaux suite à la Seconde guerre mondiale. L'Allemagne de son côté n'approcha pas l'Autriche quant à la question de l'applicabilité de ce traité. *Secundo*, les autorités administratives locales autrichiennes n'appliquèrent pas à ce traité. Au contraire, leur pratique est contraire au texte dans la mesure où ses dispositions sont ignorées. Cet état des choses n'a jamais donné lieu à une protestation par l'Allemagne. *Tertio*, dans le contexte d'une procédure des Communautés européennes visant à la standardisation d'accords économiques et commerciaux entre Etats membres et Etats tiers, l'Allemagne n'a pas mentionné le Traité de 1930. *Quarto*, ce Traité ne fut pas inséré dans une liste périodique de conventions considérées comme étant encore en vigueur par l'Allemagne. La somme de ces éléments étalés dans le temps fait conclure à la Cour constitutionnelle que le Traité de 1930 est tombé en désuétude par non-application accompagnée d'une opinion juridique selon laquelle il n'y avait plus lieu de le tenir pour applicable. L'aspect essentiel de la désuétude apparaît nettement: c'est l'étalement des omissions et actes pertinents dans le temps, omissions et actes composites et complexes, dont la somme fait conclure par voie d'interprétation raisonnable à une extinction du traité. Pour reprendre la terminologie que nous utilisons au début de cette contribution, le « processus » l'emporte nettement sur « l'acte ».

c) Un problème qui apparaît est celui de savoir *si un accord abrogatif éventuellement conclu a une portée déclarative ou constitutive*. Est-ce la non-application prolongée qui a eu raison de l'ancienne norme (désuétude), l'accord abrogatif ne venant que constater cet état des choses en assurant la preuve formelle de la manière de voir des parties? Ou alors la désuétude n'est elle qu'un motif matériel motivant les parties à conclure un accord abrogatif, seul opérationnel sur le plan du droit? Le doute apparaît parce que les parties recourent souvent aux deux moyens: constat d'une désuétude dont l'effet est plus ou moins laissé dans les limbes; et conséquences juridiques tirés dans un accord abrogatif. Cet accord s'offre alors comme base plus sûre pour déterminer la situation juridique. L'affaire du Traité d'Etat autrichien discutée *supra*⁸¹ en est un exemple emblématique. Aucune réponse générale ne peut être donnée à cette interrogation. Il s'agit d'une question d'espèce. Elle doit être résolue par l'instrumentaire de l'interprétation. Toujours est-il que cette ambivalence constante entre une désuétude coutumière ayant des effets de droit extinctifs et une désuétude formant la cause matérielle d'un accord abrogatif vient jeter le doute sur la portée et la fonction précises de cette institution juridique. On en a déjà traité⁸².

80 - Voir l'excellent résumé dans Simma (*supra*, note 1), p. 94-95.

81 - Voir *supra*, p. 592-593. Voir aussi l'affaire *Widjatmiko* (1971), Cour d'appel d'Arnheim, *ILR*, vol. 70, p. 440.

82 - *Supra*, II, 2 et 3.

III. QUESTIONS PARTICULIERES ET SYNTHESE

a) Avant de livrer notre lecture du concept de désuétude, il sied de mentionner ou de rappeler rapidement quelques aspects ayant une pertinence dans l'application de celui-ci :

Une désuétude *inter partes* est possible ; la désuétude ne doit pas frapper de caducité un traité *erga omnes*. La désuétude peut être subjectivement limitée.

Une désuétude partielle est possible ; la désuétude ne doit pas frapper de caducité l'ensemble d'un traité. La désuétude peut être matériellement limitée.

La désuétude est une raison d'extinction de normes qui peut être complétée et formalisée par des accords abrogatifs. La question se pose alors de savoir si l'accord est déclaratif du processus de désuétude ou constitutif d'une abrogation par acte juridique.

La désuétude ne se présume pas⁸³, tout comme la renonciation à des droits ne se présume pas.

La désuétude ne peut pas émaner directement de faits de particuliers. Ce sont les omissions et les actes des organes de l'Etat qui seuls comptent⁸⁴. Toutefois, ces omissions ou actes peuvent avoir lieu à l'occasion d'actes de particuliers. Par exemple, un Etat peut ne pas insister sur l'application d'un traité à ses ressortissants à l'étranger, qui eux la réclament. Cette omission est pertinente, comme le montre l'affaire *Yuille-Shortridge Cy.* (1861).

L'existence de clauses de dénonciation dans un traité, notamment celles prévoyant un délai court, peuvent être un élément d'interprétation permettant de conclure qu'il n'y a pas désuétude⁸⁵. En effet, si une ou plusieurs parties au traité le considéraient caduc à cause d'une inadaptation ou d'une inapplication prolongée, elles auraient pu facilement le dénoncer moyennant ces clauses. Ainsi, elles pouvaient tirer au clair la situation juridique. Ne pas s'en être prévalu peut alors être interprété comme élément montrant que les parties ne considéraient pas ce traité dépassé ou inapplicable. Toutefois, cet argument est ambivalent. Sa valeur n'est que contextuelle. En effet, on pourrait tout aussi bien affirmer que la dénonciation n'a pas été

83 - Voir l'affaire *Commission des Communautés européennes c. France* (1971), *ILR*, vol. 48, p. 222.

84 - Voir l'affaire *Yuille-Shortridge* (1861) : « Mais ce non-usage devrait émaner du gouvernement et se manifester par le refus d'intervenir nonobstant les requêtes de ses sujets à cet effet... ».

85 - Voir par exemple l'affaire *Amoco International Finance Corp. c. Iran* (1987), *Iran/United States Claims Tribunal's Reports*, vol. 15, 1987-II, p. 218-219, § 99. Voir aussi l'argument du Professeur D. P. O'Connell plaidant pour la Grèce en l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée* : Vamvoukos (*supra*, note 1), p. 283.

effectuée simplement parce que la partie qui se prévaut de la désuétude estime que le traité est déjà éteint, si bien qu'il n'y a plus rien à dénoncer⁸⁶.

Dans le cas de normes enjoignant une abstention – comme par exemple l'interdiction du recours à la force ou la non-intervention dans les affaires intérieures – la non-application ne se manifeste pas dans une passivité mais en une action contraire à l'interdiction, c'est-à-dire en une violation de la norme. La désuétude prend alors nécessairement la forme d'actes positifs contraires à la norme⁸⁷. Il se pose ici toute la vieille question de savoir si une violation du droit peut se transformer en droit nouveau⁸⁸. En tout cas, cette forme de désuétude implique logiquement une pratique modificative. La violation de la norme ne se consomme pas par une non-action. Il s'agit d'un problème de modification du droit.

La désuétude peut s'appliquer aux actes unilatéraux et aux accords politiques (actes concertés non conventionnels), du moins par analogie. Aucune raison théorique ne s'y oppose. Pour les accords politiques, la non-pratique ne sera pas accompagnée d'une *opinio non iuris*. En effet, ces textes ne constituent dès le début pas du droit. Ce qui viendra à manquer progressivement, c'est la volonté politique de se considérer encore lié. Comme les accords politiques sont fréquemment et volontairement plus souples et plus mouvants que les accords juridiques formalisés, il est probable que leur désuétude soit plus facile à admettre et plus rapide à intervenir. C'est dire que moins d'actes contraires suffisent à en consommer l'extinction, car il n'y a pas la force de la stabilité des traités qui s'y oppose.

b) La désuétude existe-t-elle en droit international public ? Si oui, comment faut-il la configurer ? Le temps est venu de donner une réponse définitive. Il nous semble que la désuétude se caractérise par trois éléments cumulatifs.

– Le premier élément décisif est le *temps*. Les situations de désuétude sont caractérisées par une non-application prolongée de dispositions juridiques, accompagnée d'une *opinio non iuris* formée progressivement. La marque de ce type de situation est le prolongement de cette non-application dans le temps, c'est-à-dire la prédominance du « processus » sur « l'acte ». Par le truchement du facteur temps, la désuétude s'inscrit dans la mouvance coutumière.

86 - Voir, pour ce type d'argument, l'affaire de *l'Incident aérien du 10 août 1999* (Pakistan c. Inde), Compétence, CIJ, *Recueil*, 2000, p. 25, § 28 : puisque l'Inde a déclaré n'avoir jamais été liée par l'Acte général d'arbitrage de 1928, on ne pouvait s'attendre de sa part qu'elle le dénonçât formellement. On ne saurait donc induire de la non-dénonciation que l'Inde restât liée.

87 - Cf. P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3^e éd., Paris, 1995, p. 142, no. 216.

88 - Il est impossible de serrer cette question plus près ici. Voir les brèves mais incisives remarques de Verdross/Simma (*supra*, note 1), p. 362-364, avec des renvois.

– Le deuxième élément décisif est la *négativité de la coutume* relative à la désuétude. Cette coutume n'a pas un contenu positif mais se borne à consacrer la non-application et donc l'extinction de la source ou de la norme en cause. Il s'agit d'un double négatif : non-application de la norme et *opinio non iuris*. C'est donc, il faut le noter, une opinion juridique particulière qui est en cause : une *opinio desuetudinis*. En revanche, la modification de normes par une pratique active, quoique contraire, ne donne pas lieu à une désuétude au sens propre du terme. Certes, tout remplacement d'une norme ancienne par une nouvelle, notamment coutumière, implique par nécessité l'extinction de l'ancienne. Mais qualifier toutes ces situations de désuétude n'a aucun sens spécifique en droit, puisque le concept de désuétude n'y apporte aucune valeur ajoutée. La norme ancienne est remplacée par la nouvelle par voie d'abrogation complète ou partielle. Le rasoir d'Occam devrait couper la tête au concept connexe de désuétude.

– Le troisième élément distinctif est le *non-parallélisme unidirectionnel des sources*. Qu'est-ce à dire ? Pour simplifier, nous n'envisagerons ici que les deux sources principales, les traités et la coutume. Ce sont celles de loin les plus importantes pour la désuétude. Il semblerait que cette dernière ne puisse trouver place que dans un rapport sur quatre entre ces deux sources. Quels sont ces quatre rapports ? Les voici : (1) traité antérieur_ remplacé par un traité postérieur ; (2) traité antérieur_ remplacé par une coutume postérieure ; (3) coutume antérieure_ remplacée par une coutume postérieure ; (4) coutume antérieure_ remplacée par un traité postérieur. On suppose évidemment que ces sources aient le même champ d'application subjectif et régissent la même matière. Les cas (1) et (4) ne sont pas des cas de désuétude, car l'acte abrogatif est un traité. Si le traité postérieur est exprès, l'abrogation est le fait d'un acte juridique et il ne fait pas de sens de parler de désuétude. Si le traité postérieur relève d'un accord tacite, il ne pourrait y avoir de désuétude que si l'accord postérieur ne relève pas d'un acte juridique précisément situé dans le temps (quoique tacite), mais plutôt de l'évaluation d'actes concluants étalés dans le temps. Or, dans ce cas, on peut considérer la situation sous l'angle de la pratique postérieure (c'est-à-dire des actes concluants étalés dans le temps) et se situer donc dans la mouvance coutumière. Rappelons qu'évidemment un accord postérieur peut venir consacrer une désuétude pour en formaliser les conséquences. Dans ce cas on est confronté à une désuétude *et* à un accord postérieur déclaratif.

Il reste les cas (2) et (3) : l'effet abrogatif intervient ici à travers une coutume, c'est-à-dire par un « processus ». Nous sommes donc d'emblée sur le terrain potentiel de la désuétude. Toutefois, peut-on parler de désuétude dans le cas (3), à savoir si une *coutume nouvelle remplace une coutume ancienne* ? Il ne semble pas. Écartons le cas de la coutume modificative, qui ne remplit pas la condition de négativité de la coutume énoncée *supra*. Or, même la coutume purement négative ou abrogative ne nous semble pas dans cette situation une réelle hypothèse de désuétude, quoiqu'elle soit souvent

qualifiée comme telle⁸⁹. En effet, la constance, uniformité et généralité de la pratique sont indispensables à l'existence même, *mais aussi au maintien*, de la coutume. Celle-ci ne peut pas subsister sans cette continuité de la pratique accompagnée de l'*opinio iuris* correspondante. Le traité, au contraire, subsiste comme acte formel même s'il n'est pas appliqué. Il s'ensuit qu'avec la non-pratique la norme coutumière s'éteint *automatiquement* faute de pratique ou d'*opinio iuris* suffisante, sans qu'il soit nécessaire d'évoquer un processus distinct, voir exogène, désuétude⁹⁰. Ce « monisme » de l'existence coutumière permet de situer l'ensemble de son métabolisme au niveau de la norme primaire de production juridique : la subsistance de la norme coutumière suppose en elle-même la continuation de la pratique positive allant en son sens. Une norme ou un concept secondaires, comme la désuétude, intervenant du dehors pour désigner ce processus, sont donc superflus. Certes, cette non-pratique ou pratique nouvelle peut être appelée « désuétude ». Or, une fois de plus, ce terme n'a pas de valeur ajoutée précise en droit strict, si bien que le rasoir d'Occam devrait l'éliminer. Il suffira en effet de parler de pratique insuffisante ou d'*opinio iuris* inexistante pour terrasser *eo ipso* la continuité de la norme coutumière envisagée. La norme s'est éteinte simplement parce qu'elle n'est plus secondée par la pratique et l'*opinio iuris* requises.

Il n'en va pas de même dans l'hypothèse (2), à savoir *l'abrogation d'un traité par une coutume postérieure* ayant un contenu abrogatif (négatif). En effet, contrairement à la coutume, un traité peut formellement continuer à exister mais ne plus être appliqué en pratique. La condition de l'application n'est pas pour le traité aussi essentielle à sa survie que pour la coutume. La non-application ne détruit pas *eo ipso* la norme conventionnelle. Celle-ci est conclue pour durer, pour être extraite du chaos et du fatras de la pratique quotidienne, pour assurer aux parties une appréciable sécurité juridique au-delà de la fluctuation des pratiques. S'il en est ainsi, la pratique postérieure négative doit travailler plus durement pour réussir à éroder par la non-application ce traité inscrit dans une espèce de plaque de pierre. C'est ce « processus » d'érosion, étalé dans le temps, d'un traité formalisé par une pratique informelle qu'on qualifiera comme l'essence et le caractère distinctif de la désuétude. Ici, le terme a un sens propre et une valeur juridique ajoutée. Certes, on peut ici aussi abandonner le terme et ne parler que de coutume négative. Or, cette coutume négative est une catégorie spéciale de la coutume. Pourquoi ne pas la désigner de désuétude ?

89 - Voir par exemple R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5. éd., Naples, 1968, p. 134.

90 - Cet aspect des choses est remarquablement presenti par Karl (*supra*, note 1), p. 260-261 : « Bei gewohnheitsrechtlichen Normen folgen die Rechtswirkungen der *desuetudo* unmittelbar aus ihrer Erzeugungsnorm: Mit dem Wegfall der Übung verschwindet eine wesentliche Voraussetzung der Norm, so dass sie erlischt; es wäre überflüssig, diesen Vorgang auf eine neue gewohnheitsrechtliche Norm zurückzuführen. Bei Verträgen hingegen ist die Tatsache der Anwendung (oder Übung) nicht in derselben Unmittelbarkeit Voraussetzung des Bestandes. Um ihre Aufhebung zu begründen, bedarf es eines besonderen Aufhebungstatbestandes, namentlich also einer gewohnheitsrechtlichen Aufhebungsnorm ».

L'essence de la désuétude peut donc être qualifiée de non-parallélisme des sources : entre les mêmes sources (traité/traité, coutume/coutume) il n'y a pas de désuétude ; entre sources différentes (traité/coutume) il peut y avoir désuétude, mais seulement dans un sens, en allant du traité vers la coutume. Voilà qui explique le terme de non-parallélisme unidirectionnel utilisé d'entrée.

On voit, en définitive, que la place assignée à la désuétude dans le système des sources est exigüe. C'est sans doute ce qui explique sa rareté relative dans la pratique étatique et judiciaire.

CONCLUSION

Quelles brèves conclusions tirer de ce qui précède ? *Primo* que la désuétude existe et forme une institution juridique particulière du droit en général et du droit international en particulier. *Secundo* que la désuétude a, en droit international, un champ d'application étroit et spécifique, confinée qu'elle est au triple facteur du temps, de la coutume négative et du non-parallélisme unidirectionnel. *Tertio* que l'intérêt théorique de la question dans le système des sources ne justifie pas le grand silence tissé autour de cette Cendrillon du droit des traités. Pour ainsi dire, la désuétude ne mérite pas la « désuétude » doctrinale dans laquelle elle semble progressivement être tombée. On peut espérer que le sort qui lui sera dévolu dans de futures études réalise, au moins pour ses potentialités théoriques, le constat d'un Livre célèbre : *Et resurrexit...*

RESUME

Cet article a pour ambition de donner un éclairage juridique à une notion quelque peu délaissée dans la doctrine et dont des précédents pratiques sont difficiles à isoler. D'abord, la désuétude est analysée quant à ses éléments. S'agit-il d'un acte juridique abrogatif ou d'un fait juridique coutumier, d'un acte momentané ou d'un processus étalé dans le temps ? Si c'est un fait juridique, c'est-à-dire une coutume négative, quels sont ses éléments constitutifs ? La désuétude est-elle la cause ou simplement le constat de terminaison de la règle ? Quels sont les rapports entre désuétude et caducité, abrogation, obsolescence, doctrine *rebus sic stantibus*, etc. ? Quel est l'état de la pratique internationale ? Enfin, une réponse théorique de synthèse est fournie quant à la construction de la désuétude. Celle-ci, dans son sens étroit et spécifique, reposerait sur trois éléments : une inaction ou action contraire prolongée dans le temps ; une *opinio juris* négative ; et une spécificité des sources : seul un traité peut tomber en désuétude par une coutume négative. Dans tous les autres cas, la désuétude n'apporte rien de juridiquement indispensable ; elle n'est qu'un label qu'on pourrait abandonner.

ABSTRACT

This study seeks to give some fresh analysis to a legal concept rather neglected in doctrinal writings and not easy to identify in practice. First, the concept of desuetude (obsolescence) is considered with respect to its main elements. Is it an abrogatory conventional act under the subjective will of the parties or is it a sort of negative custom under an objective norm of international law? Is it an act instantaneously realised through an agreement or is it an act decomposed and stretched in time? If it is a negative custom, which are its constitutive elements? Is desuetude the true cause or merely a declarative finding of the termination of a rule? Which are its relations to related concepts like caducité, abrogation, obsolescence, *rebus sic stantibus*, etc.? Is there relevant practice? At last, a theoretical construction of desuetude is ventured into. Desuetude in the proper sense supposes the interplay of three elements: a prolonged inaction or contrary action over time; a negative *opinio juris*; and specificity as to the sources involved: only a treaty can fall into desuetude by operation of a negative custom. In all the other cases commonly put under the heading of that concept it seems superfluous.

RESUMEN

Este artículo trata de arrojar luz sobre una noción apenas tratada en la doctrina y respecto de la que apenas existen precedentes en la práctica. Ante todo, analiza los elementos de la desuetudo: ¿se trata de un acto jurídico abrogativo o de un hecho jurídico consuetudinario? ¿De un acto momentáneo o de un acto que se extiende en el tiempo? Si es un hecho jurídico, es decir, una costumbre negativa ¿cuáles son sus elementos constitutivos? La desuetudo ¿es la causa o simplemente la constatación de la terminación de la regla? ¿Cuáles son las relaciones entre desuetudo y caducidad, abrogación, obsolescencia, doctrina *rebus sic stantibus*, etc.? ¿Cuál es el estado de la práctica internacional? El autor proporciona una respuesta teórica de síntesis sobre la desuetudo que, en sentido estricto y específico, se basaría en tres elementos: una inacción o una acción prolongada en el tiempo y contraria a la norma; una *opinio juris* negativa; y, por último, una especificidad de las fuentes, ya que solo un tratado puede caer en desuetudo por una costumbre negativa. En los demás casos, la desuetudo no aporta nada jurídicamente indispensable y no es más que una etiqueta que podría ser abandonada.

