



Article scientifique

Article

2001

Published version

Public access

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

---

La règle résiduelle de liberté en droit international public ("Tout ce qui n'est pas interdit est permis") : aspects théoriques

---

Kolb, Robert

**How to cite**

KOLB, Robert. La règle résiduelle de liberté en droit international public ('Tout ce qui n'est pas interdit est permis') : aspects théoriques. In: Revue belge de droit international, 2001, vol. 34, n° 1, p. 100–127.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44886>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 23:38

LA RÈGLE RÉSIDUELLE DE LIBERTÉ  
EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC  
(« TOUT CE QUI N'EST PAS INTERDIT  
EST PERMIS »)  
— ASPECTS THÉORIQUES —

PAR

Robert KOLB

CHARGÉ D'ENSEIGNEMENT À L'INSTITUT UNIVERSITAIRE  
DE HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES (GENÈVE),  
PRIVATDOZENT À L'UNIVERSITÉ DE BERNE

I. — POSITION DU PROBLÈME

1. A l'époque des codifications modernes, aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, on vint à considérer que le législateur devait créer un système juridique complet et sans lacunes. Cette orientation s'explique par les postulats de l'Etat libéral et de l'Etat de droit : garantie des libertés individuelles, séparation des pouvoirs, création du droit uniquement par les élus du peuple et non par le juge, etc. Ces conceptions ne se comprennent qu'eu égard à la crise du *ius commune* romano-canoniste tardif. Celui-ci était surabondant et controversé. Il était la cause d'une grande insécurité juridique, peu adaptée à la nouvelle société bourgeoise, fondée sur les échanges et le commerce. La révolution anthropocentrique au début de l'époque moderne sur le plan des idées, et les exigences d'une société commerçante sur le plan sociologique, aboutirent ainsi à postuler la liberté individuelle comme nouvelle valeur suprême. La première qualité de chaque individu, c'est sa liberté naturelle. Dès lors, à l'époque des lumières, le droit fut conçu comme un corps de limites à cette liberté naturelle de l'individu. Le droit est un corps nécessairement complet : chacune de ses limites n'est qu'une exception par rapport à la règle de liberté sous-jacente, une dérogation à une règle négative générale. Ainsi, devoir juridique et liberté se joutent directement, sans tierce catégorie possible : tout ce qui n'est pas interdit (ou obligatoire) par le droit demeure permis. L'ordre juridique est nécessairement complet ; il n'y a pas de lacunes.

2. Cette construction, fondée sur l'individualisme libéral de l'époque des lumières, fut accueillie avec faveur en droit international public encore au XX<sup>e</sup> siècle. La société internationale, avec l'individualisme des souverainetés jalouses de leurs libertés, se prête tout naturellement à sa reconnaissance. Elle a été défendue avec force entre autres par H. Kelsen. S'il n'y

a aucune règle du droit international sur une question particulière, nous dit cet illustre auteur, le sujet est libre du point de vue juridique de se conduire comme bon lui semble (1). Toute position contraire signifierait, toujours selon Kelsen, conférer au juge le pouvoir exorbitant de créer le droit en opposition au principe de la séparation des pouvoirs et, en droit international, en opposition au pouvoir souverain des Etats (2). Cette conception a été adoptée aussi par la Cour permanente de Justice internationale en la célèbre affaire du *Lotus* (1927) (3). La question était celle de savoir si un Etat pouvait étendre l'application de son droit pénal à un abordage passé en haute mer quand l'un de ses navires ou ses ressortissants avaient été affectés, ou si la compétence de l'Etat du pavillon l'emportait. Le Gouvernement français soutint la thèse suivant laquelle la Turquie devait se fonder sur une autorisation ou un titre de compétence prévu par le droit international public; par contre, le Gouvernement turc se plaça sur le point de vue selon lequel la compétence de la Turquie s'étendait partout où elle ne heurtait pas à un principe de droit international (4). Le compromis spécial entre les deux Etats était formulé selon cette dernière modalité négative (5). La Cour permanente s'inspira finalement de la règle négative présumant la liberté, fondée selon elle sur la souveraineté des Etats; elle ne le fit cependant qu'à la faveur de la voix prépondérante du Président, alors que les nombreux juges dissidents refusèrent de suivre ce raisonnement (6). Voici le considérant de la Cour :

(1) Cf. H. KELSEN, « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 84, 1953-III 113, p. 121-2. Ainsi, même si la loi prévoit une élection, mais omet de préciser le mode de scrutin, cela ne voudra dire que ceci : chaque mode de scrutin devra dans ce cas être considéré juridiquement admissible. Cfr. aussi H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig/Vienne, 1934, p. 100-2. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1949, p. 146-9. H. KELSEN/R. TUCKER, *Principles of International Law*, 2 éd., New York, 1966, pp. 438-440. E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, Tübingen, 1911, p. 49. W. REBBE, *Der Lotusfall vor dem Weltgerichtshof*, Leipzig, 1932, p. 26-7. P. GUGGENHEIM, « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 80, 1952-I, p. 64. P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, vol. I, Genève, 1967, p. 264. G. SCHWARZENBERGER, *A Manual of International Law*, 5 éd., Londres, 1967, p. 245. I. SEIDL-HOHENVELDERN, *Völkerrecht*, 7 éd., Cologne/Berlin, 1992, p. 136, n° 537. W. WENGLER, *Völkerrecht*, vol. I, Berlin, 1964, p. 870. G. HOFFMANN, « Die Grenzen rechtlicher Streiterledigung im Völkerrecht », dans : *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 9, Karlsruhe, 1969, p. 29. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 5 éd., Naples, 1968, p. 212-3. G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, 3 éd., Milan, 1941, p. 336 (« libertà di fatto »). A.P. SERENI, *Diritto internazionale*, vol. I, Milan, 1966, p. 99; etc.

(2) KELSEN/TUCKER (*supra*, note 1), p. 440 : « The rule authorizing the law-applying organs not to apply existing law but to create new law in the case the application of existing law is, though logically possible, morally or politically unsatisfactory, confers an extraordinary lawmaking power upon the law-applying organs ». Un tel pouvoir ne pourrait être conféré que par une disposition juridique expresse.

(3) C.P.J.I., *ser. A.*, n° 10, surtout p. 18-9.

(4) *Ibid.*, p. 18.

(5) *Ibid.*, p. 5 : « La Turquie a-t-elle... agi en contradiction des principes du droit international...? ».

(6) Voir : Op. diss. Loder, *ibid.*, p. 34-5. Op. diss. Weiss, *ibid.*, p. 44-5. Op. diss. Finlay, *ibid.*, p. 57. Op. diss. Nyholm, *ibid.*, p. 60-1. Op. diss. Moore, *ibid.*, p. 92-4. Op. diss. Allamira, *ibid.*, pp. 95, 101-2.

« Il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, *il leur laisse à cet égard une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives*; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables (...). Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans la souveraineté » (7).

(7) *Ibid.*, p. 19, italiques ajoutées. La Cour permanente de Justice elle-même, en l'affaire relative à la *juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (1929) avait apporté un tempérament à la règle de liberté résiduelle du *Lotus*, *cf.* C.P.J.I., *ser. A*, n° 23, p. 26. La question a été soulevée à de nombreuses reprises depuis, que ce soit en droit international général (*cf.* l'affaire relative à la *légalité de la menace ou de l'utilisation d'armes nucléaires*, C.I.J., *Rec.*, 1996, pp. 238-9, 247) ou dans des droits plus intégrés, comme celui des Communautés européennes (*cf.* l'opinion de l'avocat général Darmon à la C.J.C.E. en l'affaire *Ahlström* (1988), *I.L.R.*, vol. 96, p. 179). La règle est aussi invoquée dans le droit pénal international, notamment pour fonder la compétence universelle des juridictions internes : Voir par exemple l'affaire *Jorgic* du 26.8.1997 de l'*Oberlandesgericht Düsseldorf*, 2 StB 8/96, p. 152; L'affaire *Jorgic* du 30.4.1999, Cour suprême fédérale, p. 5, n° 1; l'affaire *Kuslic* du 15.12.1999 de la Cour suprême de Bavière, 6 St 1/99, p. 164. A propos de l'avis des armes nucléaires, voir J. SALMON, « Le problème des lacunes à la lumière de l'avis 'licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires' rendu le 8 juillet 1996 par la C.I.J. », *Mélanges N. Valticos*, Paris, 1999, pp. 197 et s. Sur la règle résiduelle de liberté, voir aussi les réflexions intéressantes dans les textes suivants : H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, 1958, pp. 359 et s. H. LAUTERPACHT, « Some Observations on the Prohibition of 'non liquet' and the Completeness of the Law », *Mélanges J.H.W. Verzijl*, La Haye, 1958, pp. 196 et s. J. STONE, « Non Liqueur and the Function of Law in the International Community », *B.Y.I.L.*, vol. 35, 1959, pp. 124 et s. J. STONE, « Non Liqueur and the Judicial Function », dans : C. PERELMAN (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, pp. 305 et s. J. SALMON, « Quelques observations sur les lacunes en droit international public », dans : C. PERELMAN (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, p. 316-7. A. BLECKMANN, « Die Handlungsfreiheit der Staaten », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 29, 1978, pp. 173 et s. A. BLECKMANN, « Die Völkerrechtsordnung als System von Rechtsvermutungen », dans : *Mélanges H.U. Scupin*, Berlin, 1983, pp. 407 et s. U. FASTENRATH, *Lücken im Völkerrecht, Schriften zum Völkerrecht*, vol. 93, Berlin, 1991, pp. 239 et s. Des remarques intéressantes sur la 'règle du Lotus' peuvent être trouvées notamment chez M. BOURQUIN, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.* 1931-I (35), pp. 101 et s. F. CASTBERG, « La méthodologie du droit international public », *R.C.A.D.I.* 1933-I (43), pp. 342 et s. G. SALVIOLI, « Les règles générales de la paix » *R.C.A.D.I.* 1933-IV (46), pp. 21 et s. 62. L. LE FUR, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.* 1935-IV (54), p. 302. BASDEVANT, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.* 1936-IV (58), pp. 593 et s. J.L. BIERLY, « The Lotus Case », dans : J.L. BIERLY, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, 1968, p. 143-4. G.G. FITZMAURICE, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *R.C.A.D.I.* 1957-II (92), pp. 50 et s. G.G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the ICJ, 1951-54 : General Principles and Sources of Law », *B.Y.I.L.*, vol. 30, 1953, pp. 8 et s. H. MOSLER, « Völkerrecht als Rechtsord-

La Cour a donné la priorité à la théorie de la liberté d'action (selon laquelle l'Etat est libre d'agir tant qu'une règle limitative n'est pas établie) sur la théorie de l'autorisation par le droit (selon laquelle l'Etat ne peut agir qu'en égard à une norme de droit international lui conférant ce pouvoir). Selon cette présomption de liberté, le droit international n'intervient que comme limite, non comme la source de répartition des compétences étatiques. Ce choix a des conséquences considérables sur le rapport entre l'Etat et la Communauté internationale, sur le domaine de la puissance et le domaine du droit (8). Selon la conception de la liberté présumée suivie par la Cour, le droit international est subordonné à l'Etat; l'Etat est le *præius*, investi de pouvoirs originaires illimités, unique créateur du droit inter-

nung », *ZaöRV*, vol. 36, 1976, pp. 37 et s. A. VERDROSS/B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3 éd., Berlin, 1984, p. 388.

La règle résiduelle de liberté est liée à la question du *non liquet*. Par rapport à cette dernière, elle se présente comme l'une des causes d'un *non liquet*; de surcroît, la règle représente du droit substantiel, le *non liquet* du droit formel ou judiciaire. Le *non liquet* peut être défini comme une « impossibilité pour le juge ou l'arbitre de statuer au fond de l'affaire à cause d'insuffisance d'informations sur les faits ou faute de base suffisante relative au droit en vigueur entre les parties pour prendre une décision ou encore parce que ce qui lui est demandé lui semble dépasser sa fonction judiciaire ». Le *non liquet* a aussi été défini comme « un dispositif aux termes duquel le juge, sans trancher le litige ou l'un des points en litige, se refuse... à statuer sous prétexte qu'il est insuffisamment informé des faits de la cause ou que le droit positif en vigueur ne lui permet pas de se prononcer » (ces définitions se trouvent dans J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de la terminologie de droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 747. Une lacune en droit peut donc inciter le juge à prononcer un *non liquet*. En ce sens, le *non liquet* est la conséquence procédurale d'une lacune réelle en droit international. Il convient d'ajouter que le *non liquet* est lié à d'autres circonstances d'ordre procédural. D'abord, il est incertain s'il s'applique aussi en dehors de la procédure contentieuse, par exemple en matière d'avis consultatifs (cf. à cet égard SALMON, « Le problème... », *op. cit.*, en relation avec l'avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'utilisation d'armes nucléaires). Ensuite, le *non liquet* pourrait être limité aux situations où il n'y a pas de demandeur et de défendeur, i.e. aux cas où une requête est soumise conjointement par les parties par voie de compromis. Si le juge ne trouve pas de règle applicable, il ne pourra pas se borner à rejeter la demande comme étant insuffisamment fondée. Il devra au contraire refuser de statuer ou exercer une fonction législative, ce qui équivaut à un *non liquet* ou à l'exercice de compétences d'équité. Cet aspect des choses est compliqué par le fait que le *non liquet* peut être prononcé aussi bien pour non-liquidité de faits que pour absence de règle juridique tenue pour applicable; dans certains cas, les deux aspects tendent à se fondre en un. La doctrine mentionne par exemple le cas d'un compromis d'arbitrage qui obligerait l'arbitre à trancher un litige frontalier selon les prévisions de certains traités anciens mentionnés; or il s'avère que ces traités n'existent pas ou ne contiennent rien de pertinent sur la question posée (cf. A. VERDROSS/B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3 éd., Berlin, 1984, p. 387-8). Dans un tel cas, l'arbitre devra probablement consulter les parties et leur demander si elles consentent à ce qu'il exerce son mandat en tenant compte d'autres sources, notamment du droit international général, voire de l'équité *preater legem*. La question de savoir si le *non liquet* est licite en droit international est une autre question. La majorité de la doctrine l'admet, H. Lauterpacht étant le défenseur majeur de l'idée que le juge international doit statuer en toute circonstance, à l'instar du juge de droit privé interne. Sur le *non liquet* en droit international, voir en plus des auteurs cités plus haut (notamment Lauterpacht et Stone) : G.G. FITZMAURICE, « The Problem of Non Liquet », *Mélanges C. Rousseau*, Paris, 1974, pp. 89 et s. D. BODANSKY, « Non Liquet and the Incompleteness of International Law », dans : L. BOISSON DE CHAZOURNES/P. SANDS (éds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, 1999, pp. 153 et s.

(8) Cf. J. BASDEVANT, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 58, 1936-IV, pp. 593 et s. R. RUZÉ, « L'affaire du *Lotus* », *R.D.I.L.C.*, vol. 9, 1928, p. 147 estime qu'un concept de souveraineté amplifié comme dans le *dictum* du *Lotus* est une « négation même du droit ».

national; le droit est subsidiaire et uniquement limitatif. L'Etat pris *uti singuli* est ici le point de départ et la fin ultime du raisonnement; la vie sociale n'est que la projection externe du « moi » étatique. D'où la prépondérance de la puissance et l'atrophie du droit, car ce dernier repose toujours sur un rapport avec autrui ordonné selon des exigences objectives ou communautaires. Il s'agit d'une théorie positiviste et il n'est guère étonnant que l'arrêt ait été largement rédigé par D. Anzilotti.

D'un autre côté, la théorie de l'autorisation tend à limiter les compétences de l'Etat à son territoire, à moins qu'une règle permissive n'en permette l'extension. Elle tient compte du fait qu'une extension au-delà du territoire affecte automatiquement les tiers. La répartition des compétences est par conséquent confiée au droit international en tant qu'ordre juridique régissant les rapports entre l'ensemble des Etats. Le *prius* revient ici à la communauté et au droit international, tenant compte qu'originellement le « moi » étatique n'est pas seul, et que l'exercice de ses libertés doit être concilié avec la liberté égale des autres (9).

3. La théorie de la règle résiduelle de liberté pose donc des problèmes extraordinairement importants et compliqués. Il convient de mettre l'accent dès ici sur deux aspects généraux. En premier lieu, la doctrine a une portée très différente en droit international et en droit interne. L'individu qui utilise sa liberté dans ses affaires privées, étant toujours sujet aux actes législatifs de l'Etat, peut difficilement être comparé aux Etats, dotés de puissance souveraine, non soumis à aucun législateur susceptible de modifier un état de droit censé socialement nuisible. Ce qui est libéral en droit interne risque de devenir anarchique en droit international. En second lieu, l'application de la règle résiduelle aboutit à traiter de manière égale deux situations différentes : (1) celle où le législateur n'a pas édicté de règle parce qu'il n'a pas envisagé la situation (« silence non-qualifié »); (2) et celle où il n'a pas édicté de règle parce qu'ayant envisagé la situation, il a estimé qu'une limitation de la liberté par un régime juridique ne s'imposait pas (« silence qualifié »). Dans le premier cas de figure, le législateur n'a exprimé aucune volonté, contrairement au second. L'équivalence des deux situations quant à leurs conséquences juridiques doit donc être examinée de plus près, car à première vue elle ne semble pas se justifier.

4. Enfin, il convient de signaler que les « lacunes » du droit qui donnent lieu à l'application de la règle résiduelle ne sont que les lacunes au sens

(9) Cet ordonnancement de compétences ou de droits réciproques est bien une fonction tellement essentielle du droit qu'elle se confond à sa notion même. Cf. I. KANT, *Métaphysique des mœurs* (1797), Doctrine du droit, para. C : « Principe universel du droit : Toute action est juste qui peut faire coexister la liberté de l'arbitre de chacun avec la liberté de tout autre selon une loi universelle permettant la coexistence ». Voir aussi l'art. IV de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen (1789) : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ».

propre, appelées aussi lacunes réelles ou *de lege lata*. Elles résultent du fait que l'ordre juridique positif ne répond (ou ne semble pas répondre) à une question à laquelle une réponse juridique doit être donnée; il s'agit en quelque sorte d'une incomplétude du droit non voulue. De ce genre de lacunes, il faut distinguer celles impropres, appelées aussi *de lege ferenda*, où la règle juridique applicable ne satisfait pas l'opérateur juridique parce qu'elle aboutit à des résultats déraisonnables ou injustes. Ici, c'est un développement du droit, voire sa modification, qui sont en jeu. Il y a lacune du point de vue idéal, du point de vue de la justice, qui est la grande finalité de tout droit. Il va de soi que les juristes n'admettent pas aisément que le juge puisse combler des lacunes impropres, car cela signifierait légiférer. Cette législation peut être plus ou moins limitée; elle peut être *contra tenorem legis* sans être *contra tenorem iuris*; il n'en demeure pas moins qu'elle sera plus visible qu'ailleurs et s'écartera donc plus ostensiblement de la fonction judiciaire. On ne l'admettra tout au plus que dans des cas extrêmes, où l'application de la règle aboutirait à consacrer une injustice insupportable (qu'on songe par exemple à l'époque du XIX<sup>e</sup> siècle, quand l'interdiction de la traite d'esclaves n'était pas encore clairement établie par le droit positif, mais sa répugnance morale était déjà vivement ressentie). Alternativement, on estimera que dans de tels cas le juge doit refuser de statuer, en créant une catégorie particulière de différends non justiciables. En tout cas, l'opinion dominante est que les lacunes au sens propre concernent le juge, alors que les lacunes au sens impropre sont l'affaire du législateur.

## II. — ASPECTS HISTORIQUES DE LA RÈGLE RÉSIDUELLE

1. Les droits anciens, notamment le droit privé romain, malgré sa concentration sur les droits individuels, ne connaissent pas la règle résiduelle. Une règle mécanique et générale n'a pas place dans la pensée problématique et topique romaine, dirigée par les exigences d'une *aequitas* et *utilitas* casuistiques. A défaut de règle générale, la liberté individuelle est protégée par certaines présomptions et maximes d'interprétation. C'est le cas par exemple de la maxime « *in dubio pro libertate* » qui concernait initialement la question de savoir si un individu était libre ou esclave (10). C'est aussi le cas de la maxime connexe « *procliviores ad liberandum quam ad obligandum esse debemus* » (nous devons être plus enclins à libérer qu'à charger) (11). Ces maximes se prolongent dans le domaine de la preuve lors du

(10) *Dig.*, 50, 17, 20 (Pomponius), *de regulis iuris* : « Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit ». Cf. aussi *Dig.*, 40, 1, 24 (Hermogénien).

(11) *Dig.*, 12, 4, 16 (Celse) (*de condictione causa data*); *Dig.*, 40, 1, 32, 4 (Ulpien) (*de donationibus inter virum et uxorem*); *Dig.*, 32, 11, 15 (Ulpien), (*de legatis et fideicommissis*).

procès : « *in dubio pro reo* » (12), « *neganti nulla probatio* » (13) ou « *in obscuris minimum est sequendum* » (14).

Le moyen âge ne connaît pas non plus la règle résiduelle. Sa vision finaliste du monde ordonné au bien commun lui interdit de poser une règle générale fondée sur une conception atomiste de l'homme et de sa liberté. Toutefois, des mentions éparées et fortement contextuelles d'une liberté au-delà des règles posées peuvent être trouvées dès l'époque de la scolastique tardive. Ainsi, F. DE VITORIA, dans son ouvrage *De Indis* (1557), soutint, dans le contexte du droit des espagnols de voyager vers les terres des Indiens, que « *omnia licent, quae non sunt prohibita aut alias sunt in iniuriam aut detrimentum aliorum* » (15). A la fin du moyen âge, la méthode causale des sciences naturelles remplace la vision finaliste d'un transit des choses dans le temps et l'espace vers le Bien (aristotélisme). La description de la réalité tient désormais de procédés empiriques. Chaque chose est décomposée dans ses unités les plus petites pour découvrir les relations de cause à effet qui les traversent (16). Ce n'est plus l'universel qui est au centre de l'intérêt, mais au contraire les individualités, le particulier, épiceutre de forces observables par les sens. Dans la société internationale, cette unité observable c'est l'État; dans la société interne, c'est l'individu. On voit désormais dans l'individu doté de ses droits subjectifs innés et inaliénables le *prius* de toute construction sociale. Le premier droit subjectif de l'individu, c'est sa liberté. C'est à I. Kant que reviendra la théorisation achevée de cette liberté individuelle en tant que principe à la fois moral, et donc métaphysique, et causal, comme force agissante réelle. La règle résiduelle est la conséquence de cette nouvelle philosophie (17).

Cette manière de voir fut reprise par le mouvement des codifications, préparé notamment par l'école de S. Pufendorf / C. Thomasius et J.J. Burlamaqui (18). Pufendorf fut l'un des premiers à tenter d'élaborer un vrai système juridique unitaire. La loi est configurée comme le commandement d'un supérieur doté de sanction (19). Elle déroge à l'état de liberté de

(12) *Eo nomine* le terme ne paraît probablement qu'avec A. BOSSIUS, *Tractatus varii, Titulus de favoribus defensionis* (éd. Venise, 1588), cap. II. Cfr. cependant déjà *Dig.*, 44, 7, 47 (Paulus), *Dig.*, 50, 17, 125 (Gaius) et surtout *Dig.*, 48, 19, 5 (Ulpian) : « *satis enim esse impunitum relinquitur facinus nocentis quam innocentem damnari* ».

(13) *Codex*, 4, 19, 23 et 4, 30, 10. Glose « *Ei incumbit* » *ad Dig.*, 22, 3, 2. *Dig.*, 22, 3, 21 (Marcien) : « *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* ».

(14) *Corpus iuris canonici, Liber sextus*, 5, 13, 30. Cf. déjà *Dig.*, 50, 17, 9 et 34 (Ulpian).

(15) *De Indis*, Carnegie ed., Washington, 1917, p. 257 (latin), p. 151 (anglais), sect. III, Proposition 1, Proof 3 (sectionis tertiae, titulus I, probatio 3) : « *Everything is lawful which is not prohibited or which is not injurious or harmful to others in some way* ». On remarquera cette réserve en faveur du bien commun qui vient de la tradition scolastique, notamment thomiste.

(16) Pour une application de cette méthode à des phénomènes sociaux comme l'État, cf. T. HOBBS, *De cive*, Praefatio.

(17) Cf. U. FASTENRATH, *Lücken im Völkerrecht*, Berlin, 1991, pp. 239 et s.

(18) Cf. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologne, 1976, pp. 106 et s.

(19) S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. I, cap. II, 6. *Ibid.*, lib. II, cap. VI.

nature. Dès lors, tout ce qui n'est pas interdit est permis : il y a une liberté naturelle qui sous-tend toute obligation juridique (20). L'école de G.W. Leibniz et C. Wolff admit un résultat similaire. Le droit est un système de déductions *more geometrico*. Pour garantir les valeurs suprêmes de la sécurité juridique et de l'égalité, le droit est un système potentiellement complet. S'il ne règle pas une espèce, c'est qu'il laisse une liberté (de plus, il faut repousser une demande en justice qui ne serait fondée sur aucun titre). Ainsi ce que le droit exige demeure toujours clair, alors qu'une lacune conduirait à des attitudes contradictoires, source de doutes (21). La clarté et la sécurité sont bien les idéaux de la codification libérale des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles (22).

Avec la codification, avec le droit naturel couché dans les codes, l'effort de la science juridique se porta sur la systématisation du matériel positif ainsi posé. C'est l'une des racines historiques du positivisme étatique. Et c'est au sein de l'école positiviste que la théorie de la règle résiduelle continua sa carrière. Elle fut soutenue par une série d'auteurs illustres de cette mouvance (23), par exemple K. Bergbohm (24), E. Zitelmann (25), A. Brinz (26) ou D. Donati (27). L'insuffisance de la règle résiduelle à régir les conflits qui déterminèrent le transit de l'Etat libéral vers l'Etat social suscita toutefois un courant contraire dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, et notamment au début du XX<sup>e</sup> siècle (28). Pour ce qui est du droit interne, cette règle a de nos jours pratiquement été abandonnée (29).

### III. — LA RELATIVITÉ DE LA RÈGLE RÉSIDUELLE

a) En premier lieu, le sens du mot « prohibé » doit être précisé. D'abord, il va de soi que ce mot n'est pas à prendre à la lettre. Il doit être interprété dans son sens le plus large : « soumis à une réglementation juridique ». Dès

(20) S. PUFENDORF, *De officio hominis et civis*, lib. I, cap. II, 11.

(21) G.W. LEIBNIZ, *Specimen difficultatis in iure seu dissertatio de casibus perplexis* (1666), cap. XII-XVII. Cfr. TARELLO (*supra*, note 18) 138.

(22) Voir déjà *supra*, I.

(23) Sur cette position, voir aussi S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Romè, 1925, pp. 3 et s. Sur le positivisme juridique en général, cf. W. ORT, *Der Rechtspositivismus*, 2 éd., Berlin, 1992.

(24) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pp. 375 et s.

(25) *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 19.

(26) Compte-rendu dans : *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 15, 1873, p. 164.

(27) *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milan, 1910, pp. 28 et s. Cfr. aussi E. JUNG, *Von der logischen Geschlossenheit des Rechts*, Berlin, 1900.

(28) Cf. par exemple L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, pp. 77 et s. G. DEL VECCHIO, « Les principes généraux du droit », dans : *Mélanges F. Gény*, vol. II, Paris, 1934, pp. 69 et s.

(29) Cf. C.W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2 éd., Berlin, 1983, p. 50.

lors, toute interdiction, mais aussi tout devoir, toute permission et peut-être même tout encouragement (30) de l'ordre juridique refoulent le champ d'application de la règle. Toutefois, il faut désormais s'entendre sur le point précis à partir duquel la règle résiduelle opère en faveur de la liberté du sujet. Ce point peut se situer à plusieurs niveaux. Ainsi, un texte conventionnel peut ne pas réglementer une question et présenter sur ce point une « lacune », parce que l'opérateur estime que les parties auraient dû régler ce point, alors qu'elles ne l'ont pas fait, peut-être par mégarde; le droit coutumier peut alors suppléer à cette « lacune ». Le droit coutumier peut à son tour ne pas prévoir de règle sur une question précise, soit à défaut de toute pratique pertinente, soit à défaut de pratique uniforme ou d'*opinio iuris*; des principes généraux de droit peuvent alors le cas échéant s'engouffrer dans la brèche laissée ouverte par la coutume. A défaut de principes suffisamment consolidés, des argumentations par analogie plus souples pourront trouver leur place. A défaut d'éléments précis, transposables par analogie (*analogia iuris* et *analogia legis*), l'opérateur peut choisir d'argumenter à partir des valeurs juridiques et sociales générales qui sous-tendent le droit à un moment de l'histoire. La souplesse de ces grandes orientations axiologiques lui permettra plus souvent de forger une réponse juridique à la question qui lui est posée. On s'aperçoit dès lors que la question de savoir ce qu'est une lacune dépend essentiellement de la manière dont opèrent et s'encastrent les sources du système juridique : des « lacunes » peuvent exister à tout niveau; elles ne seront plus nécessairement telles si l'on tient compte d'un cercle de sources plus ample. Comme le droit opère de ce point de vue différemment dans ses diverses branches — on sait par exemple que le droit pénal est un droit strict qui n'admet pas l'analogie ou l'opération par des principes généraux vagues —, il convient de bien distinguer divers niveaux de l'argumentation juridique sans partir du système juridique comme une unité, ne contenant pas de lacune dès qu'une de ses expressions quelconques donne ou peut donner, en ultime analyse, une réponse au problème posé.

Si on tente de systématiser ce qui vient d'être dit, il appert que la liberté résiduelle pourrait s'exercer dès qu'il n'y a pas : (1) de disposition expresse de l'ordre juridique; (2) d'injonction implicite; (3) d'injonction obtenue par analogie plus ou moins extensive, que ce soit seulement l'*analogia legis* ou aussi l'*analogia iuris*; (4) d'injonction obtenue par l'opération de principes généraux de droit ou par la considération des rationalités intrinsèques au système juridique; (5) d'injonction obtenue enfin en prenant en compte les valeurs générales du système juridique ou les nécessités sociales du moment. Le champ d'application de notre règle décroît progressivement de (1) à (5). Il est le plus considérable si l'argument *e contrario* vers la liberté

(30) En droit international, par exemple par du *soft law*.

est admis dès qu'il n'y a pas de disposition expresse. C'est le cas dans des branches formalistes du droit ou dans le droit pénal, où le législateur a voulu garantir la liberté par la règle *nullum crimen sine lege (prævia et stricta)* (31). La même chose peut être dite de l'administration étatique imposant des devoirs aux citoyens (*Eingriffsverwaltung*). C'est le cas par exemple en droit fiscal, où le principe de la légalité des actes administratifs protège strictement les libertés à l'instar de ce qui se passe en droit pénal. Le maximum qui est ici permis, est l'interprétation extensive du texte; l'analogie ou l'affirmation de normes implicites sont interdites. Dès lors, le droit prévoit dans ces domaines expressément l'application de la liberté résiduelle, aussitôt que l'on sort du champ d'une disposition explicite.

De nombreuses confusions dans les passages consacrés à la règle résiduelle s'ensuivent du fait que les auteurs ont les conceptions les plus diverses sur le point précis à partir duquel faire intervenir l'*argumentum e contrario* (dans notre gamme de (1) à (5)). Ainsi, Bleckmann (32) affirme que la règle résiduelle est une présomption générale et doit dès lors s'appliquer avant même de pouvoir admettre une lacune à combler. Il en revient ainsi à la doctrine traditionnelle, qui est d'exclure toute lacune de la loi sur la base d'une présomption générale de liberté. Par conséquent, la règle résiduelle semble devoir s'appliquer après les cercles (1) et (2), et avant le cercle (3). Lombardi Vallauri (33), un philosophe du droit italien, est encore plus sévère. Dans sa critique virulente contre la règle résiduelle, il affirme que si on l'admettait, il faudrait repousser toute action judiciaire dès qu'il y a « un minimum d'obscurité » dans la loi. Ici, la règle résiduelle semble s'appliquer dès le cercle (1). D'autres auteurs, en revanche, notamment en droit international, estiment que la règle ne doit trouver de place qu'après avoir considéré les possibilités d'analogie et les principes généraux de droit (34). Elle s'appliquerait par conséquent après le cercle (4). Cette conception est due à la reconnaissance formelle des principes généraux de droit comme

(31) Sur ce principe, cfr. déjà T. HOBBS, *De Cive*, cap. XIII et *Leviathan*, cap. XXVIII. S. PUFENDORF, *De iure naturæ et gentium*, lib. VIII, cap. III, par. VII. J.P.A. Feuerbach fut l'un des premiers criminalistes à développer ses contenus en détail : cf. A. KAUFMANN, « Paul Johann Anselm von Feuerbach — Jurist des Kritizismus », dans : *Mélanges M. Spindler*, vol. III, Munich, 1984, pp. 181 et s.

(32) A. BLECKMANN, « Die Völkerrechtsordnung als System von Rechtsvermutungen », *Mélanges H.U. Sceptin*, Berlin, 1983, p. 410-1.

(33) L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padoue, 1981, pp. 49-51.

(34) Cf. par exemple J. L. BRIERLY, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 18, 1936-IV, pp. 145 et s., 147. E. KAUFMANN, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 54, 1935-IV, p. 485-7. G.G. FITZMAURICE, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 92, 1957-II, pp. 50 et s., 51-2, 54, 55 et s. H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, 1958, p. 360-1. A. VERDROSS/B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3 éd., Berlin, 1984, p. 388. M. MIELE, *Diritto internazionale*, 3 éd., Padoue, 1972, p. 40. R. KOLB, « Universal Criminal Jurisdiction in Matters of International Terrorism », *Revue hellénique de droit international*, vol. 50, 1997, p. 85; etc.

source du droit international dans l'article 38, paragraphe 1, lettre c, du Statut de la Cour internationale de Justice.

De ce qui précède, on peut voir l'importance de préciser le point exact à partir duquel on admet l'argument *e contrario*.

b) En second lieu, la règle résiduelle n'a pas nécessairement la même portée selon les branches du droit et les ordres juridiques en question. La règle a une place prééminente quand il s'agit d'interventionnisme étatique, dans les branches du droit public (droit pénal, droit fiscal, charges publiques — mais non pas, par exemple le droit des prestations sociales). La place qu'elle peut tenir en droit civil est déjà plus douteuse, parce qu'ici il s'agit d'un ajustement relatif de droits subjectifs concurrents et juxtaposés et non d'interventions ponctuelles de la puissance publique dans la sphère privée. De même, dans des branches du droit fondées sur une finalité commune (par exemple le droit des organisations internationales) ou sur la coopération (par exemple le droit de l'environnement), la règle doit avoir moins de place.

Sur le plan de l'ordre juridique entier, la règle a une portée différente, selon la structure, les sources, les sujets et les finalités de celui-ci. Son rôle s'accusera dans un droit fondé sur le principe de légalité (droit étatique) plus que dans un droit fondé sur la sauvegarde de finalités morales et transcendantes (droit canonique : absence d'un principe strict de la légalité des peines tempéré toutefois par le principe de la *misericordia* ; large admission de l'analogie, etc.). En droit international, en tant que droit entre puissances publiques dépourvu d'une machine législative apte à réviser efficacement le droit eu égard aux conséquences (gravement) anti-sociales de libertés résiduelles, la règle a de plus une portée toute différente qu'en droit interne où elle protège des autonomies privées (35).

La règle résiduelle peut donc varier dans sa portée selon les ordres juridiques et les branches de ceux-ci, en fonction des cercles (1) à (5) déjà discutés (36). Ainsi, par exemple, le droit pénal s'en tient au cercle (1) alors que le droit canonique étend les normes jusqu'au cercle (5).

#### IV. — LES OBJECTIONS SOULEVÉES CONTRE LA RÈGLE RÉSIDUELLE

L'enseignement de la règle résiduelle a soulevé une pléiade d'objections. Voyons d'abord les objections soulevées dans le contexte de la théorie génée-

(35) Similairement, C. ROUSSEAU, *Droit international public*, vol. I, Paris, 1970, p. 378 : « Admissible à la rigueur en droit interne, où il y a des organes compétents pour édicter à tout moment une réglementation juridique applicable par voie d'autorité et où il existe un mécanisme sanctionnateur approprié, ce principe ne trouve au contraire pas d'application normale en droit international ».

(36) *Supra*, a).

rale du droit (A), puis celles qu'on a fait valoir pour le droit international public en particulier (B). Enfin, il peut être utile de mentionner les critiques dirigées contre la théorie opposée de l'autorisation par le droit, de l'*Ermächtigungstheorie* (C).

### A. — *Objections en théorie générale du droit*

Ces objections sont tellement nombreuses et souvent ingénieuses, qu'on se bornera ici à donner un aperçu de celles qui paraissent les plus importantes.

#### 1. *Les objections d'ordre logique*

a) Un *tertium genus* entre l'interdit et le permis : l'absence de droit. Suivant certains logiciens du droit, il y aurait dans la règle un saut logique entre la prémisse et les conclusions. On ne peut pas *directement* conclure du fait que quelque chose n'est pas interdit au fait qu'elle soit permise. Le droit connaît d'autres catégories que l'interdit et le permis, par exemple l'indifférence ou l'absence proprement dite de droit. Dès lors, à côté de l'interdit et du permis, il peut y avoir le 'ni interdit / ni permis' (lacune) (37). L'idée de complétude *a priori* reposerait donc sur une pétition de principe.

En réalité, un tel défaut logique n'existe pas. Suivant la théorie de la règle résiduelle, la sphère de l'indifférent au regard du droit et du 'ni per-

(37) Résumé chez J. SALMON, « Quelques observations sur les lacunes en droit international public », dans : C. PERELMAN (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, p. 316-7. *Contra*, A. CONTE, « Décision, complétude, clôture — A propos des lacunes en droit », *ibid.*, p. 76, qui estime que la formule « pas interdit = permis » peut être remplacée par l'*argumentum e contrario* à défaut de devoir juridique positif, et que cet argument est logiquement toujours admissible. Il est difficile de ne pas donner raison à Conte, du moins dans le résultat. J. Salmon défend quant à lui l'idée qu'il est des cas de « neutralité juridique » : une conduite n'est ni permise, ni interdite en droit. Mais ce n'est pas là une catégorie d'expérience ; c'est une catégorie obtenue par définition. Or cette définition vaut autant que d'autres. Il n'est pas illogique, ni n'est-il interdit, d'assimiler tout simplement cette catégorie du « ni permis/ni interdit » à une liberté pour l'un et l'autre des sujets. Si cette assimilation est appropriée est une autre question. Il est également des situations où la règle n'est pas applicable, par exemple si A n'exerce pas un prétendu droit contre B, mais que les deux procèdent par accord (par exemple un compromis arbitral). D. BODANSKY (*supra*, note 7), p. 162-4 nous donne un autre exemple de cette situation : deux joueurs de tennis qui ne connaissent pas les règles de ce jeu se trouvent sur un terrain de tennis et conviennent que toute balle qui tombe en deçà de la ligne donnera un point, toute balle qui retombe au-delà de cette ligne ne donnant aucun point. Ils jouent et voici que se pose le problème d'une balle qui retombe exactement sur la ligne. Elle est ni dehors, ni dedans. Le caractère conjoint des règles suppose dans ce cas une adjonction à celles-ci, traitant la ligne comme faisant partie du terrain ou non, ou exigeant que le point soit rejoué. L'exemple ne peut pas signifier que dans le cadre d'actions unilatérales l'application de la règle résiduelle soit impossible. Et même dans le cadre du « conjoint », la règle a quelque place. Reprenons le cas du tennis. Si lors de leur jeu nos deux novices sont confrontées à la situation que la balle touche le filet mais retombe de l'autre côté de celui-ci, et que leur règlement ne prévoit rien à ce propos, le joueur qui a frappé la balle pourra dire que le point doit être validé, puisque le règlement ne prévoit nulle part que cette manière de marquer est interdite. Une fois encore : nous n'avons pas ici à nous pencher sur la bonité de cet argument, mais seulement sur sa possibilité logique.

mis, ni interdit' est simplement assimilée, par définition, à la sphère de liberté. L'équation est : toute autre catégorie que le permis et l'interdit doit être considérée signifier en droit une liberté (NP ou NI = L). Cette définition peut être attaquée sous l'angle axiologique, mais non sous celui logique.

b) L'assimilation fautive du non-dit à une liberté. Suivant une objection très proche (38), la règle méconnaît qu'une norme juridique dispose positivement, mais n'entend pas par là même libérer négativement : elle dispose sur les conséquences de son application, mais ne se prononce pas sur les conséquences de sa non-application (39). C'est dire que tout le domaine négatif des normes juridiques ne peut pas être assimilé à un silence qualifié du législateur.

Ici encore, le problème n'est pas logique, mais tout au plus axiologique. C'est précisément parce que les normes juridiques prises individuellement ne disposent rien pour les espèces qu'elles n'envisagent pas, que la règle résiduelle est postulée comme complément. Ce que les règles individuelles ne peuvent faire, c'est sa fonction de le faire : de dire qu'à partir d'un degré donné, l'*argumentum e contrario* doit l'emporter sur tout raisonnement analogique. Il n'y a aucun défaut logique dans cette démarche. La critique ne peut porter que sur la justification du choix de liberté à partir d'un degré donné (cerceaux de (1) à (5)).

c) La non-positivité d'une règle purement logique. D'autres logiciens du droit ont mis l'accent sur le fait qu'aucune norme juridique quelconque ne peut jamais valoir uniquement pour des raisons de logique. Sa validité doit reposer sur les sources du droit ; la logique seule ne peut créer du droit (40). Aussi, la règle n'interdit pas à l'opérateur juridique de modifier l'état du droit positif ou de faire évoluer le droit en posant de nouvelles normes. La seule chose qu'elle lui interdit, en raison de la logique, c'est de prohiber et de permettre un comportement *en même temps* ou de ne pas prohiber et de ne pas permettre un comportement *en même temps*. Le contenu de la règle

(38) Il y aurait ici ce qu'on appelle une *fallacia consequentis*. Il s'agit de ceci : On conclut que puisque A est nécessaire pour B, B est aussi nécessaire pour A. C'est inexact. Exemple : Si A a agi en légitime défense il sera acquitté — A est acquitté — donc A a agi en légitime défense. Or A peut avoir été acquitté pour d'autres raisons, par exemple faute de preuves. Dans notre contexte, voir les remarques de Canaris à la note 39, ci-après. L'argument est schématiquement le suivant : (1) la norme A prévoit la conséquence juridique X ; (2) la norme A ne s'applique pas ; (3) donc la conséquence juridique X n'intervient pas (à sa place il y a liberté) ; — (4) or : la conséquence juridique X peut découler de l'application d'autres normes que A (par exemple B, C, D..., ou une analogie).

(39) Cf. par exemple C.W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2 éd., Berlin, 1983, pp. 49-50. *Contra*, par exemple A.W.H. LANGHEIN, *Das Prinzip der Analogie als juristische Methode*, Berlin, 1992, p. 121. Canaris ajoute à son argumentation (*loc. cit.*) : « Wenn das Gesetz an den Tatbestand T1 die Rechtsfolge R knüpft, so ist damit keineswegs auch umgekehrt gesagt, dass aus dem Nichtvorliegen von T1 ohne weiteres der Nichteintritt von R gefolgert werden könne, dass also nicht auch der Tatbestand T2 dieselbe Rechtsfolge haben kann ».

(40) A. SOETEMAN, *Logic in Law*, Dordrecht/Boston/Londres, 1989, p. 141.

n'est donc qu'un théorème logique de non-contradiction ; ce n'est pas une norme juridique concernant l'*étendue* des normes substantielles ou empêchant la création de normes nouvelles (41).

La règle résiduelle est ici configurée comme exclusivement logique (42). Mais rien n'empêche que le droit pose également une règle résiduelle, eu égard à ses fins propres. Il en est ainsi en droit pénal. Il n'y a pas de raison qu'indépendamment de l'aspect logique, le droit ne puisse pas y avoir également recours, même comme présomption générale. A côté d'une règle résiduelle de non-contradiction logique, il y aura alors une règle résiduelle de liberté juridique.

d) *Varia*. On a aussi affirmé qu'une présomption générale n'est pas logiquement nécessaire, car on peut admettre des lacunes donnant lieu à des solutions *ad hoc* d'extension normative ou de reconnaissance de liberté (43) (c'est juste) ; il ne s'ensuit évidemment pas que la règle ne puisse pas exister. On a dit aussi qu'il s'agit d'une pétition de principe (44). Ainsi, E. Betti fait valoir que l'idée de la complétude logique du droit repose toujours sur l'assimilation du droit tout entier à un cercle particulier de ses sources, sans que cette identité ne soit justifiée. En règle générale, le droit positif complété par l'opération d'une règle résiduelle de liberté est l'ensemble du droit édicté par le législateur : *quod non est in lege, nec in iure*. La question s'il existe des normes applicables en dehors de la loi reçoit alors une réponse négative qui repose nettement sur un cercle vicieux (45). A ce propos, il faut admettre que la question des cercles normatifs à partir desquels opère la règle résiduelle n'est, le plus souvent, pas analysée de plus près, et le choix opéré n'est pas justifié. Dans ce sens, on peut bien parler de pétition de principe. Or, plus on étend les cercles admissibles et plus on justifie les choix opérés, et moins peut-on parler d'un tel défaut. Toute affirmation d'une règle comporte un minimum de pétition, irréductible à la preuve parfaite à cause de la régression infinie.

## 2. Les objections d'ordre théorique

a) Limitation à des situations d'interventionnisme étatique. La règle résiduelle, a-t-on dit, peut servir à encadrer des situations caractérisées par des interventions dans une sphère de liberté protégée : c'est la situation de l'in-

(41) *Ibid.*, p. 141-2. Voir aussi K. MEESSEN, *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts*, Baden-Baden, 1975, p. 79.

(42) C'est dû au contexte : la question est celle de savoir si l'ordre juridique est nécessairement complet ou fermé (par une règle générale de clôture).

(43) Cf. F. SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 2<sup>e</sup> éd., Leipzig, 1927, p. 401 : « ... bloss die Beseitigung von Widersprüchen ist logisch notwendig, nicht aber die Ergänzung des Rechts im Falle des Schweigens der Rechtsquellen ».

(44) Cf. par exemple E. BETTI, *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen, 1967, p. 644. Pour le droit international, cf. C. DE VISSCHER, « Contribution à l'étude des sources du droit international », *R.D.I.L.C.*, vol. 14, 1933, p. 418, note 42.

(45) BETTI, *loc. cit.*

tervention administrative (par exemple le droit fiscal) ou du droit pénal. Elle est au contraire insuffisante dans le cas d'une concurrence de droits subjectifs formellement égaux ou quand il s'agit de questions de répartition. Exemple : si le droit prévoit une répartition équitable de l'eau d'un ruisseau entre des propriétaires fonciers, que peut signifier la liberté résiduelle? Et que dire s'il s'agit de délimiter l'un contre l'autre les deux biens-fonds? Appliquer la règle signifierait ici uniquement de refuser de trancher le litige et de le laisser persister, peut-être dégénérer. Ce serait contraire aux principes généraux du droit (notamment interne) selon lequel la paix sociale doit être préservée par la solution des litiges : *interest rei publicae, ut sit finis litium* (46). Comme ces considérations (47) ont une importance particulière en droit international public, il est convenable de renvoyer leur analyse à la lettre B (*infra*).

b) Inhibition du progrès juridique. Il a ensuite été soutenu que la règle résiduelle opère une mauvaise distribution des tâches au sein de l'ordre juridique. Elle tend à s'inspirer d'une perspective excessivement logique et statique, négligeant l'élément téléologique et dynamique du droit. Elle tend à faire croire que le droit est effectivement complet — glissant du point de vue formel au point de vue matériel — alors que cette complétude n'est qu'une finalité jamais atteinte. Aussi, la règle inhibe le perfectionnement et le développement du droit, renvoyant les cas non prévus par des normes juridiques à la discrétion du législateur ou à l'équité, plutôt que de les saisir comme problèmes d'interprétation incombant à tout organe (48). Ce danger est particulièrement prononcé dans un ordre juridique aussi fragmentaire que le droit international. C'est pourquoi cette objection a été développée avec une force particulière en droit international, notamment par Ch. De Visscher. C'est parce que l'on conçoit *a priori* l'ordre juridique international comme système complet, dit-il, que l'on est conduit à considérer comme satisfaisante toute décision rendue en conformité de la règle de droit telle qu'elle se présente dans son état actuel, quelles que soient ses imperfections (49). L'application mécanique de la règle résiduelle peut ainsi inhiber l'évolution du droit, particulièrement là où elle est la plus nécessaire, savoir là où il y a beaucoup de lacunes matérielles, c'est-à-dire de carences du droit.

(46) Cfr. *Codex*, 7, 52, 2 (Caracalla); *Codex*, 2, 4, 10 (Philippus); *Codex*, 3, 1, 16 (Justinien).

(47) Pour la théorie générale du droit, cf. par exemple SOETEMAN (*supra*, note 40), p. 140.

(48) Cf. BERRI (*supra*, note 44), pp. 644-646.

(49) Cf. DE VISSCHER (*supra*, note 44), p. 418, note 42. Dans son ouvrage *Théories et réalités en droit international public*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1955, p. 411, note 2, le même auteur avait écrit : « Ni les idées de justice, ni les exigences des rapports internationaux ne s'accroissent de cette représentation toute formelle et statique qui se satisfait en décrivant le droit comme 'complet', tout en reconnaissant qu'il est gravement 'imparfait' ». Cf. aussi P. REUTER, *Droit international public*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1983, p. 61 (une logique purement formelle ne suffit pas à rendre le droit parfait). Comme Virally le rappelle : « L'ordonnement juridique ne se résume pas en un ensemble d'interdits : il exprime des valeurs et consacre des droits » (M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, 1960, p. 170, italiques ajoutées).

Cette objection est fondée, mais elle n'affecte qu'une règle résiduelle appliquée de manière trop avancée, vers les cercles (1) et (2) discutés précédemment. Elle ne touche pas à une règle résiduelle appliquée après les cercles (4) ou (5), car alors toute la place nécessaire est laissée à l'évolution du droit selon les exigences de l'instant. L'objection concerne donc davantage l'étendue de la règle résiduelle que son existence.

c) L'anachronisme historique. Il a aussi été rappelé que la règle résiduelle pouvait convenir aux idéaux d'un Etat strictement libéral, mais qu'avec la multiplication des missions de l'Etat, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, cette vision statique d'intervention et de liberté devait céder la place à des doctrines plus nuancées (50). Une telle nuance n'exclut pas qu'une certaine place soit faite à la règle résiduelle.

d) L'absence de règle positive. Il a ensuite été dit qu'une norme positive consacrant la règle résiduelle (comme règle générale) n'a pas pu être établie. Dès lors, la liberté résiduelle (générale) représente un postulat de certains auteurs, mais non un principe positif (51).

L'objection n'est pas décisive. Toutes les règles applicables dans un ordre juridique ne sont pas des règles expresses. C'est le cas notamment pour les règles secondaires, les règles sur l'application des normes substantielles, telles que les règles d'interprétation ou les règles de technique juridique, comme *lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat generali* ou *lex superior derogat inferiori*. De plus, si une situation n'est pas réglée par le droit, aucune norme n'établit que les sujets restent libres, mais aucune norme non plus n'établit qu'il y a lacune et que le juge peut la combler d'une manière donnée. Cependant, il faut bien donner une solution à ces espèces. Cette solution dépendra par conséquent d'un choix de méthode extra-textuel.

e) La corrélation nécessaire entre liberté et devoir. Suivant une objection ingénieuse soulevée par L. Lombardi Vallauri (52), la règle résiduelle ne se borne jamais à libérer un sujet : puisqu'à la position subjective d'un sujet correspond en droit la position subjective d'un autre (bilatéralité du droit), la liberté juridiquement protégée conférée à l'un correspond nécessairement au devoir d'un autre de ne pas interférer avec l'exercice de cette liberté. Dès lors, l'admission de la liberté signifie aussi la création d'une nouvelle prohibition, celle qui proscribit tout comportement contraire à la liberté concédée.

Cette objection garde toute sa valeur envers ceux qui croyaient pouvoir postuler la règle résiduelle afin que le juge ou l'opérateur ne crée d'aucune façon une nouvelle norme (dogme de la séparation des pouvoirs). En fait, toute décision concernant un cas non expressément prévu par les textes — et en réalité toute décision tout court — contient un élément créateur, que

(50) Cf. par exemple L. STORAT, *Le problème des lacunes en droit international*, Paris, 1958, p. 34.

(51) Cf. par exemple CANARIS (*supra*, note 39) 50. K. ENGISCH, « Der Begriff der Rechts-lücke », in : *Mélanges W. Sauer*, Berlin, 1949, pp. 85 et s., p. 95 (« Phantasieprodukt »). E. EHRLICH, *Die juristische Logik*, 2<sup>e</sup> éd., Tübingen, 1925, p. 223.

(52) *Corso di filosofia del diritto*, Padoue, 1981, p. 47-8.

ce soit par application de la règle résiduelle ou par voie de développement jurisprudentiel du droit. Si l'on est prêt à accepter ceci, la règle résiduelle demeure une solution possible, parmi d'autres.

f) *Varia*. Une autre objection souligne que la règle résiduelle fait dépendre l'application du droit matériel des hasards de la position procédurale d'acteur et de défendeur (53). Nous reviendrons sur cet argument qui a été soulevé aussi pour ce qui est du droit international. Mentionnons encore l'argument de M. Virally (54), repris par P. De Visscher (55), selon lequel la règle résiduelle repose sur une vision simplificatrice de la réalité juridique. Elle rappellerait l'argument par lequel on a voulu prouver l'impossibilité du mouvement (Parménide). Il s'agirait d'un sophisme. Cette argumentation perd de force à mesure que l'on remonte du cercle (1) vers le cercle (5) (56).

### 3. *Les objections d'ordre pratique*

Il est des objections qui s'inspirent du Principe de Peirce selon lequel la valeur d'une théorie se reconnaît à ses conséquences comme la valeur d'un arbre se reconnaît à ses fruits (57).

a) Conséquences pratiques fâcheuses de la règle. Suivant de nombreux auteurs, une application (trop stricte) de la règle résiduelle a des conséquences fâcheuses et inacceptables. Elle inhibe des progrès du droit, notamment du droit international (58), elle pousse vers l'anarchie et le chaos de compétences concurrentes non départageables par le droit (liberté égale) (59), elle refoule des problèmes soumis à la décision du juge vers la discrétion politique ou vers l'équité (60), elle tend à produire des résultats qui choquent le sens moral (61) en s'ouvrant à l'injustice qui consiste notamment à traiter différemment des situations matériellement égales (62). Toutes ces critiques dépendent à nouveau de l'ampleur

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

(54) *La pensée juridique*, Paris, 1960, p. 170.

(55) « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 136, 1972-II, p. 22.

(56) Voir *supra*, III.

(57) C.S. PEIRCE, *Collected Papers*, vol. V, Cambridge, 1965, p. 317, n° 465.

(58) Cf. par exemple L. CAVARÉ, *Le droit international public positif*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1973, p. 243. G.G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the ICJ, 1951-4 : General Principles and Sources of Law », *B.Y.I.L.*, vol. 30, 1953, 10. C. DE VISSCHER (*supra*, note 44), *loc. cit.*

(59) Pour le droit international, cf. FITZMAURICE, *op. cit.*, p. 10. CAVARÉ, *op. cit.*, p. 243. F. CASTBERG, « La méthodologie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 43, 1933-I, p. 344-5. P. DE VISSCHER (*supra*, note 55), p. 22.

(60) BETTI (*supra*, note 44), p. 645-6.

(61) SOETEMAN (*supra*, note 40), p. 144, citant Struycken. A. FAVRE, *Principes du droit des gens*, Fribourg, 1974, p. 31 (« ne satisfait pas la conscience juridique »).

(62) F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Vienne/New York, 1982, p. 236 : « Die praktische Anwendung des 'allgemeinen negativen Satzes' müsste ständig zu Ergebnissen führen, die jeder Vernunft und Gerechtigkeit spotten, vor allem weil ständig offensichtlich Gleiches ungleich behandelt würde ». C'est en effet le cas si l'on excluait très largement l'opération de l'analogue du processus de décision juridique.

que l'on donne à la règle résiduelle. Elles militent pour son refoulement vers les cercles (4) ou (5).

b) Absence d'application pratique de la règle. Enfin, il est excipé que la règle résiduelle n'a en pratique guère été appliquée, puisque depuis des siècles la jurisprudence, notamment civile, a toujours développé le droit en comblant des lacunes (63). Confrontés à des espèces non réglées par les sources, les juges ne se sont pas bornés à donner gain de cause au défendeur mais ont procédé par application de principes généraux de droit et par voie d'analogie afin d'arriver à une solution satisfaisante s'inspirant de l'esprit des textes et des buts de l'ordre juridique entier. Ce fut le cas aussi et notamment en des matières nouvelles, par exemple pour savoir si l'électricité est une « chose » susceptible de faire l'objet de propriété et de protection contre le vol. Une fois de plus, ces arguments ont beaucoup de force pour les cercles (1) et (2), mais presque aucune quand il s'agit des cercles (4) ou (5).

On peut conclure cette partie en disant que nombre d'arguments se sont présentés contre une application de la règle résiduelle trop étendue (cercles (1) et (2)), mais qu'aucun argument décisif n'a émergé pour empêcher d'appliquer un minimum de liberté résiduelle (cercles (4) ou (5)).

### B. — *Objections en droit international public*

Nous nous bornerons à cette place à évoquer les objections, réservant les solutions à donner au problème au chapitre V.

#### 1. *Arguments historiques*

L'évolution historique de l'ordonnement des compétences en droit international a été reconstruit de manière contradictoire. Ainsi, suivant W. Rebbe (64), le refus d'appréhender le droit international comme ordre exclusivement prohibitif reviendrait à postuler qu'originellement tout était interdit dans les relations inter-étatiques, et que ce n'est que peu à peu, par autorisations successives, que les divers comportements sont devenus licites. Ce serait là un résultat proprement absurde. C'est évidemment une construction unilatérale : après tout, l'application de la règle contraire signifierait qu'originellement tout était permis entre Etats. Cela n'a jamais correspondu à la réalité de l'ordre issu des paix de Westphalie, ou de l'ordre leur ayant préexisté. Ainsi, J.L. Brierly (65) fait remarquer à juste titre que le droit international n'a pas débuté comme droit d'une société d'Etats

(63) Cf. BYDLINSKI, *op. cit.*, p. 236. LOMBARDI VALLAURI (*supra*, note 52), p. 48-9. P. FORIERS, « Les lacunes du droit », dans : PERELMAN (*supra*, note 37), p. 20-2.

(64) *Der Lotusfall vor dem Weltgerichtshof*, Leipzig, 1932, p. 26.

(65) « The Lotus-Case », dans : J.L. BRIERLY, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford 1958, pp. 142 et s. n. 144.

dotés de compétences illimitées (« omnicompetent »), mais qu'au contraire ces Etats possédaient des compétences déterminées, territoriales et personnelles. Autrement, un droit international aurait été impossible. Ces développements n'ont guère plus de valeur que celle de situer le débat : en droit international la règle résiduelle est d'importance vitale pour la configuration même de l'ordre juridique ; elle va au cœur de la répartition constitutionnelle des compétences entre Etats.

## 2. Arguments de fond

a) Absence de présomption générale. Plusieurs auteurs ont fait valoir que le droit international ne connaît ni ne peut se satisfaire d'une *présomption générale* de liberté résiduelle (66). Il faudrait plutôt distinguer selon le type d'activité et la branche juridique en question. L'une des distinctions qui a eu le plus de crédit est celle selon qu'il s'agit d'une activité sur le *territoire propre* de l'Etat (ou dans le domaine réservé) ou qu'il s'agit d'une activité *extra-territoriale* (67). Pour l'activité territoriale, traditionnellement le domaine réservé, il y a une présomption de liberté d'action qui doit être renversée par une règle prohibitive expresse. C'est l'inverse pour les rapports internationaux et les actes ayant des effets extra-territoriaux, parce qu'ici la sphère juridiquement protégée d'autres Etats est affectée. Comme la liberté d'agir ne peut aller qu'aussi loin qu'elle n'affecte pas la liberté de l'autre sujet, une telle intervention dans la sphère du tiers suppose un titre du droit international sur laquelle elle puisse se fonder. En généralisant cette doctrine, on peut dire que la théorie de l'autorisation doit au moins l'emporter sur celle de la liberté résiduelle à chaque fois que le comportement d'un sujet affecte les *droits subjectifs* du tiers (68). Si tel est le cas, même le comportement sur le propre territoire, par exemple envers les ressortissants étrangers, reste soumis à la production d'un titre légitimant. L'exigence d'un titre légitimant est la plus stricte lorsqu'il s'agit d'activités de puissance publique sur le territoire d'un autre Etat (extraterritorialité qualifiée) ; il faudra ici s'appuyer sur un accord de l'Etat du territoire ou sur une coutume internationale (par exemple l'institution de l'*occupatio bellica*). On a par ailleurs proposé de ne pas étendre la protection de la théorie de l'autorisation à tout comportement qui a des conséquences sur des

(66) Cf. par exemple J.L. BRIERLY, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 58, 1936-IV, p. 147. M. BOURQUIN, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 35, 1931-I, pp. 103 et s. A. BLECKMANN, « Die Handlungsfreiheit der Staaten », *OzöRV*, vol. 29, 1978, pp. 183 et s.

(67) Cf. V. BRUNS, « Das Völkerrecht als Rechtsordnung », *ZaöRV*, vol. 3, 1933, p. 460-3. A. BLECKMANN (*supra*, note 66), p. 185-8. BOURQUIN (*supra*, note 66), p. 103-4. C'est aussi la position des nombreux juges dissidents dans l'affaire du Lotus ; voir par exemple l'Op. diss. Nyholm, C.P.J.I., sér. A, n° 10, p. 60-1.

(68) Cf. A. BLECKMANN, « Die Völkerrechtsordnung als System von Rechtsvermutungen », *Mélanges H. U. Scapin*, Berlin, 1983, p. 416. H. WALDOCK, « General Course on Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 108, 1969, II, p. 166-8.

simples intérêts (non juridiquement protégés) des tiers, car dans un monde de plus en plus interdépendant cela revient à inhiber trop largement les sphères d'action (69).

Une autre distinction importante est celle entre le droit international de coexistence, agençant des sphères de liberté souveraine, et le *droit international moderne de coopération*, cherchant à promouvoir la coopération des États face à des problèmes et périls communs (par exemple l'armement, l'environnement, la paix, etc.) (70). Cette coopération se réalise notamment à travers des organisations internationales. Les finalités communes impriment ici aux États des devoirs de prise en compte, de bonne foi, de partage, axés sur la réalisation du but recherché. Dès lors, comme on l'a dit, le droit ne peut, dans ces branches moins encore qu'ailleurs, se satisfaire d'une règle résiduelle de liberté qui contredirait l'essence même de l'effort commun (71).

b) Postulat anti-juridique d'une souveraineté absolue. Selon une objection plus radicale, la règle résiduelle repose en droit international sur une *conception erronée de la souveraineté* (72). La souveraineté est une qualité conférée à l'intérieur du cadre, et par, le droit international. Il est dès lors impossible de s'en servir comme base autonome pour déduire l'existence ou l'inexistence d'obligations juridiques. La souveraineté ne concerne que l'exercice des compétences, non leur distribution (73). Cette distribution doit être opérée par le droit international seul; une souveraineté étendue à l'infini à défaut de restrictions signifie la mise à mort d'un droit international objectif, ordonnateur des sphères d'action légitimes de chaque État. C'est de fait revenir à une théorie de la souveraineté absolue. Ces considérations sont relatives à l'application que la Cour permanente de Justice internationale avait donné à la règle résiduelle comme principe majeur de répartition de compétences en l'affaire du *Lotus* (1927).

c) Concurrence anarchique des compétences. Il a ensuite été dit que l'application de la règle résiduelle, surtout dans un ordre fragmentaire comme le droit international, aboutit à de fâcheuses *compétences concurrentes*, sans solution juridique en cas de conflit (74). En effet, ce qui n'est défendu à per-

(69) BLECKMANN (*supra*, note 68), p. 416.

(70) Sur cette distinction, cf. W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, Londres, 1964, pp. 60 et s.

(71) Cf. U. FASTENRATH, *Lücken im Völkerrecht*, Berlin, 1991, pp. 239 et s., p. 246. M. LACHS, « The Development and General Trends of International Law in Our Time », *R.C.A.D.I.*, vol. 169, 1980-IV, p. 37-9. Selon BLECKMANN (*supra*, note 68), p. 412, la théorie de l'autorisation s'applique dès lors dans certains espaces communs (par exemple la haute mer) ou dans le droit économique international.

(72) Cf. C. ROUSSEAU, « L'aménagement des compétences en droit international », *R.G.D.I.P.*, vol. 37, 1930, p. 423. H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933, p. 96. O. SCHACHTER, « International Law in Theory and Practice », *R.C.A.D.I.*, vol. 178, 1982-V, p. 242.

(73) Cf. BRIERLY (*supra*, note 65), p. 144.

(74) Cf. ROUSSEAU (*supra*, note 72), p. 423-4. BLECKMANN (*supra*, note 66), p. 194-5. SALMON (*supra*, note 37), p. 317. LE FUR, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 54, 1935-IV, p. 302.

sonne est par là même permis à tout le monde. Le droit international serait livré à l'anarchie dans nombre de domaines : « [D]eux séries d'actions pourraient être justifiées en droit international, même si elles étaient en contradiction absolue entre elles » (75). Le droit manquerait ainsi à sa mission pacificatrice, laissant pourrir ces différends ou tolérant qu'ils soient départagés par la force. Cet état de choses n'est guère altéré par le constat de Quadri selon lequel même ces conflits peuvent être résolus selon des critères juridiques, en admettant que le premier exercice d'une liberté dans le temps l'emporte sur des exercices de liberté postérieurs (*prior tempore, potior iure*) (76). Ce serait consacrer des solutions gravement insatisfaisantes ou anti-sociales, obtenues souvent par la force, en s'interdisant tout recours à des critères matériels assurant un meilleur règlement du litige. Ce qui vient d'être dit est d'importance particulière en droit international parce que cet ordre juridique ne fixe souvent pas de manière claire les compétences respectives (77). Il faut ajouter que dans toute une série de cas où le droit exige une coopération (par exemple un partage de ressources naturelles) ou une délimitation de sphères d'action (par exemple une délimitation territoriale ou maritime) la règle résiduelle n'est pas applicable. Lui céder la place signifierait ici uniquement refuser de trancher le litige.

d) Une lacune n'équivant pas à permission. Suivant un argument utilisé aussi en théorie générale du droit, on a fait valoir que l'absence de règle prohibitive ne signifie pas logiquement une permission, mais avant tout un cas non réglé (lacune). La solution à donner à l'espèce dépend de critères contextuels (nature des actes, portée de ceux-ci, interférence avec la sphère des tiers, etc.) et non uniquement d'une présomption de liberté (78). Dès lors, C. Rousseau (79) a déduit que la seule attitude conforme au droit, dans ces situations, c'est l'abstention; une carence de compétences peut parfois être moins préjudiciable à l'intérêt commun que leur exercice anarchique. Suivant une conception très proche, défendue par G. Salvioi (80), l'Etat peut faire toute action à l'égard de laquelle le droit international établit qu'elle n'est pas défendue, mais non pas toute action à l'égard de laquelle font défaut des règles de droit international la déclarant défendue (lacunes). Comme dans ce cas tout accord entre les Etats fait défaut, on ne peut dire ni que l'action est permise, ni qu'elle est défendue. Ce n'est pas à l'opéra-

(75) F. CASTBERG, « La méthodologie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 43, 1933-1, p. 344-5.

(76) R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 5 éd., Naples, 1968, p. 212-3. Cet auteur admet d'ailleurs comme *extrema ratio*, en cas d'égalité formelle parfaite des titres, y compris dans le temps, le principe de la « légitimité de la lutte ». Il n'est pas besoin d'ajouter qu'il s'agit là d'une conséquence très insatisfaisante du point de vue du droit.

(77) Cf. P. REUTER, *Droit international public*, 6 éd., Paris, 1983, p. 61.

(78) Sur l'application des principes généraux de droit, *infra*, i.

(79) (*Supra*, note 72), p. 423.

(80) « Les règles générales de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 46, 1933-IV, p. 21-3, 62 et : « Il caso del Lotus », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 19, 1927, p. 543.

teur juridique d'opérer un choix que l'ordre juridique n'a pas accompli lui-même. Une telle déduction ne peut tout au plus résulter que d'une autre norme du système qui implicitement contient une évaluation de la situation; ce sera le plus souvent un principe général de droit. En l'absence d'une telle norme, il demeure un *no man's land* juridique que seul le législateur peut combler.

e) Conséquences pratiques en satisfaisantes. On a ensuite souvent mis l'accent sur les *résultats pratiques insatisfaisants* auxquels aboutit l'application régulière de la liberté résiduelle (81). Pour ce qui est spécifiquement du droit international, les auteurs ont souligné les dangers de l'application d'une telle règle dans un ordre juridique aussi peu développé et lacunaire, dépourvu d'une fonction législative centralisée apte à changer efficacement le droit en cas de besoin (82). La règle aurait ici pour mission de masquer les insuffisances du droit international derrière un paravent de logique formelle et d'entraver les progrès du droit nécessaires. Elle aboutirait le plus souvent à cimenter des situations contraires à l'intérêt général, à la paix sociale et à la justice; elle s'ouvrirait au *primat* de la force; elle aurait donc souvent des conséquences anti-sociales. C. Rousseau (83) a entre autres insisté sur le fait de la faible densité en règles prohibitives du droit international public. Un argument *in favorem libertatis* (a contrario) amènerait, dans un tel ordre juridique, des résultats peu souhaitables.

f) Règle limitée au « droit public ». Suivant F. Castberg (84), la règle résiduelle n'a de sens qu'en droit interne où elle correspond au principe de légalité de droit public. Ce principe y protège les libertés individuelles contre l'intervention de l'exécutif. Il ne peut donc avoir aucune place en droit international qui ne connaît pas de pouvoir exécutif avec des fonctions comparables. La règle résiduelle est configurée ici comme un principe applicable au droit public, non comme règle générale.

g) Lien avec la position de demandeur ou de défendeur. Il a aussi été dit que si des limites du droit international doivent être établies selon le principe de la liberté résiduelle, les droits matériels des parties à un litige judiciaire dépendraient des hasards de la *position procédurale* d'acteur et d'intimé (85). Etant donné le nombre de domaines où les règles du droit international sont incertaines ou controversées, ce serait inciter à manœuvrer

(81) Cf. déjà *supra*, A) 3.

(82) LE FUR (*supra*, note 74), p. 302. G.G. FITZMAURICE, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 92, 1957-II, pp. 50 et s., 52. Voir aussi Ch. De Visscher, cité à la note 49. Sur l'absence d'un législateur apte à répondre aux besoins de modification du droit, cf. C. ROUSSEAU, *Droit international public*, vol. I, Paris, 1970, p. 378.

(83) (*Supra*, note 72), p. 424-5.

(84) (*Supra*, note 75), p. 342-4.

(85) Cf. G.G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the ICJ, 1951-4 : General Principles and Sources of Law », *B.Y.I.L.*, vol. 30, 1953, p. 12. H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, 1958, p. 362-3. Voir aussi LOMBARDI VALLAURI (*supra*, note 52), p. 48.

afin de se trouver dans la position de défendeur pour jouir de la présomption de liberté. Selon les termes de G.G. Fitzmaurice : « [T]he outcome of a great many of disputes would depend largely on the accident of which side was plaintiff and which defendant; and a party to a dispute would only have to manœuvrer itself into the position of defendant (...) in order to benefit at once from a presumption in favor of the legality of its action, deriving from sovereignty... » (86). Il faut ajouter que ce partage du risque relatif à la liberté résiduelle dépend aussi, en cas de compromis, de la formulation de celui-ci quant à la tâche de la Cour : établir si un acte est licite ou simplement montrer qu'un acte n'est pas interdit (comme dans l'affaire du *Lotus*).

h) Absence de positivité. On a ensuite fait valoir que la *pratique internationale*, notamment les arbitres, ne se sont pratiquement jamais inspirés de la règle résiduelle, mais ont cherché, le cas échéant, à développer le droit par l'application de principes généraux de droit et par l'analogie (87). Cet argument concerne à nouveau l'extension plutôt que l'existence d'une règle résiduelle. Toujours en matière de pratique internationale, K. Zemanek a récemment estimé que la règle résiduelle du *Lotus* a été abrogée par une *opinio iuris* contraire issue du devoir international de coopérer tel que prévu à l'article 56 de la Charte des Nations Unies (88). Dès lors, toute liberté résiduelle à des normes du droit international est désormais limitée par des exigences sociales d'égard mutuel.

i) Rôle des principes généraux de droit. Enfin, de nombreux auteurs signalent que les principes généraux de droit refoulent la liberté résiduelle (89) et plient nombre d'espaces pauvres en normes précises aux exigences du droit. G.G. Fitzmaurice (90) a mis l'accent sur le rôle constitutif que jouent dans ce domaine des principes tels que la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit, en limitant le champ de l'action discrétionnaire des Etats et en le soumettant à l'exigence de la protection des autres sujets de droit et de la communauté entière (91). Selon les termes de Fitzmaurice : « Without putting States to the necessity of invariably proving that their actions are in positive conformity with international law, it requires of them something more than action which is merely not contrary to it »; il y aurait devoir « to act in good faith and with due regard to the position of other States, and, in particular, to avoid abuses of rights... » (92).

(86) G.G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the ICJ, 1951-4 : General Principles and Sources of Law », *B.Y.I.L.*, vol. 30, 1953, p. 12.

(87) Cf. J. BASDEVANT, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 58, 1936-IV, pp. 596 et s., pp. 600 et s. LAUTERPACHT (*supra*, note 85), p. 359. FITZMAURICE (*supra*, note 86), p. 10-1. CAVARÉ (*supra*, note 58), p. 243.

(88) K. ZEMANEK, « The Legal Foundations of the International System », *R.C.A.D.I.*, vol. 266, 1997, p. 70, note 165.

(89) Voir *supra*, note 34.

(90) (*Supra*, note 34), pp. 50 et s., 54 et s. Cf. aussi BLECKMANN (*supra*, note 68), pp. 419 et s.

(91) Sur le rôle et la manière d'opérer de ces principes, cf. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, notamment pp. 177 et s., pp. 429 et s.

(92) (*Supra*, note 34), p. 58.

A. Bleckmann ajoute au même titre le principe de proportionnalité (93). Ces principes opèrent un pont entre le domaine de la liberté non réglementée et celui des droits subjectifs déterminés ; leur but est de maintenir compatibles les exercices des libertés avec l'existence d'une pluralité (communauté) d'Etats — car le droit considère l'autre (bilatéralité du droit : *ius est ad alterum*).

Certains auteurs sont allés plus loin et ont estimé qu'il y a aussi des principes qui doivent être nécessairement impliqués à chaque fois qu'une action étatique met en danger l'existence même de la communauté juridique internationale. C'est le cas de H. Mosler, ancien juge à la Cour, qui a écrit, dans le contexte de l'utilisation d'armes nucléaires : « Immer dann, wenn eine Handlung geeignet ist, die Rechtsgemeinschaft als solche zu negieren, muss die Rechtsordnung eine Norm enthalten, die sie verbietet » (94). D'autres enfin, comme G. Abi-Saab (95), ont estimé que le *soft law*, par exemple des résolutions d'organisations internationales, contribue aussi à refouler la liberté résiduelle au même titre qu'elle refoule le domaine réservé. Tous ces arguments tendent à réduire l'étendue admissible d'une éventuelle règle résiduelle.

On peut conclure ici aussi en disant sommairement que les arguments les plus significatifs concernent davantage l'étendue que l'existence d'une forme de liberté résiduelle en droit international public.

### C. — *Les objections contre la théorie de l'autorisation*

Contrairement à la théorie de la liberté résiduelle, la théorie de l'autorisation maintient qu'un titre juridique spécifique doit être avancé pour qu'une action soit licite en droit. Cette théorie domine le droit public interne, mais a été très peu défendue, comme doctrine générale, en droit international public. Il ne faut donc guère s'étonner qu'elle ait suscité bien moins de commentaires critiques. Signalons que la théorie de l'autorisation est soumise à la même relativité que celle de la liberté résiduelle (96). Elle peut exister davantage dans certains ordres juridiques que dans d'autres, ou s'introduire davantage dans certaines branches du droit que d'autres (en fonction inverse de ce qui a été dit pour la théorie de la liberté résiduelle). De plus, elle connaît aussi des cercles d'application plus ou moins larges. L'autorisation par le droit visée peut être (1) expresse, (2) implicite, (3) issue d'analogies, (4) de principes généraux de droit ou (5) des valeurs fondamentales sous-jacentes au système juridique. On peut noter que les deux théories sont susceptibles de se recouvrir assez largement sous l'aspect des principes

(93) (*Supra*, note 68), p. 423-4.

(94) H. MOSLER, « Völkerrecht als Rechtsordnung », *ZaöRV*, vol. 36, 1976, p. 44.

(95) « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 207, 1987-VII, p. 210.

(96) Voir *supra*, III.

généraux de droit qui peuvent d'un côté être perçus, à cause de leur flexibilité, comme *limites* à l'action discrétionnaire (normes prohibitives) et comme *autorisations* d'agir dans un domaine non expressément réglementé par le droit (titre juridique). Les marges d'appréciation laissées permettent ici aisément d'arriver à des résultats similaires. Il est difficile de suffisamment insister sur le rôle des principes généraux dans un ordre juridique lacunaire comme le droit international (97). Voyons désormais les critiques plus précises adressées à la théorie de l'autorisation.

a) Pour ce qui est du droit international, il a été dit que la règle de l'autorisation (préalable) est peu indiquée (98). En effet, la création des normes juridiques internationales est lente et difficile, et de surcroît les titres juridiques ne sont souvent que relatifs. Il en résulterait un *frein excessif à l'action étatique* s'il fallait à chaque fois prouver un titre avant de pouvoir agir. La théorie de l'autorisation supposerait un ordre juridique beaucoup plus dense et effectif, doté d'un législateur capable de créer les titres juridiques nécessaires à tout moment. Il s'agit là d'une objection qui fait miroir à celle développée par les négateurs de la théorie de la liberté résiduelle (*supra*, B)e)). La théorie de l'autorisation revient de plus à « juridifier » toute la vie sociale. Il a parfois été ajouté à cela qu'un corset aussi étroit à la liberté d'action étatique ne correspond pas à la pratique internationale. Répétons que le mérite de cette objection dépend de la qualité du titre requis : norme ponctuelle et expresse (c'est excessif) ou principe général de droit (c'est beaucoup plus acceptable).

b) Une objection similaire, placée sur le plan de la théorie générale du droit, a été développée par certains auteurs, dont C. Cossio (99). Suivant cet auteur, il y aurait un *prius* ontologique incompressible de la liberté qui rendrait nécessaire une certaine forme de règle résiduelle de liberté. Car, la règle contraire de l'autorisation préalable aurait pour conséquence un gigantesque blocage de la vie (*Stauung des Lebens*). Rien ne pourrait plus être fait avant que le législateur ait agi pour donner une décharge à l'action envisagée. En choisissant un exemple *ab absurdo*, l'auteur nous dit que pour aller encaisser un papier-valeur, les normes juridiques devraient alors disposer l'heure, la minute et la seconde de la transaction, s'il faut payer en liquide, s'il faut se mettre en cravate ou non, s'il faut sourire ou non au débiteur et vice versa, etc. Suivant Cossio, le *prius* de la liberté est enraciné dans la vérité de l'être tout autant que dans l'espace euclidien la ligne droite est le lien le plus court entre deux points. Comme on peut le voir, ces difficultés insurmontables valent pour une théorie de l'autorisation

(97) Cf. KOLB (*supra*, note 91), pp. 1 et s., 74 et s.

(98) BLECKMANN (*supra*, note 68), p. 413-5.

(99) « Panorama der egologischen Rechtslehre », dans : A. KAUFMANN (éd.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, 1965, pp. 279-280. Cf. aussi SOETEMAN (*supra*, note 40), p. 148.

demandant la production de titres précis, mais guère pour celle qui se satisfait de principes généraux de droit.

On aboutit par conséquent à des conclusions similaires que sous la règle résiduelle de liberté : arguments forts contre une application des théories dans les cercles (1) et (2), mais non pour une application plus souple, située auprès des cercles (4) ou (5).

## V. — LA PORTÉE DE LA RÈGLE RÉSIDUELLE DE LIBERTÉ EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

La règle résiduelle a sa place surtout dans des ordres juridiques ou des branches du droit fondés sur l'intervention (*Eingriff*) d'un pouvoir supérieur dans la sphère de sujets subordonnés. Ici, le droit cherche à protéger la liberté du subordonné selon les principes de la *iustitia protectiva* (100), et notamment à travers le principe de la légalité des actes (*nulla obligatio sine lege*). Il s'agit des branches de droit public (101). Elle a une place beaucoup plus réduite en droit civil, où il s'agit d'aménager positivement des sphères de compétence (issues de droits subjectifs) et où la liberté résiduelle ne permet guère de vider les litiges. Or, l'on sait que le droit international public est un droit public par son contenu (*ius inter potestates*) (102), mais privé par sa structure (juxtaposition des Etats sans autorité supérieure). La règle résiduelle paraît donc à première vue devoir y tenir un rôle moins proéminent. Tenant compte de tout ce qui précède, trois conclusions peuvent être tirées sur la place de la règle résiduelle en droit international public.

1. Il n'y a peut-être pas de différence réelle entre un choix de la théorie de la liberté résiduelle et la théorie d'autorisation (ou d'attribution), tant que les principes généraux de droit et les valeurs juridiques fondamentales du système sont pris comme unité de mesure du champ laissé à la liberté ou de ce que le droit autorise. Dans cette zone des cercles (4) et (5) (103) les deux théories se rapprochent et se recouvrent partiellement. Cependant, à ce niveau, une préférence pour la liberté résiduelle semble mieux correspondre aux exigences de la vie. La fonction du droit n'est pas de régenter

(100) Sur ce terme et les principes juridiques inhérents à tout rapport de subordination, cf. H. COING, *Die obersten Grundsätze des Rechts*, Heidelberg, 1947, pp. 54 et s., 70 et s., 83 et s.

(101) Cf. W. BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, Bâle, 1927, p. 112-3 : « Wenn das öffentliche Recht eine Pflicht nicht auferlegt, besteht sie nicht » (p. 112). Cela ne vaut pas en droit civil où les cercles de compétence s'interpénètrent (*loc. cit.*, p. 113). Cfr. aussi A. VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Vienne/Berlin, 1926, p. 71. CASTBERG (*supra*, note 75), p. 342-4.

(102) Ce terme semble avoir été utilisé pour la première fois par M. DE TAUBE, « La situation actuelle du Pape et l'idée d'un droit entre pouvoirs (*ius inter potestates*) », *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. I, 1907, 360 et s., 510 et s.

(103) Voir *supra*, III.

tous les phénomènes de la vie ni toutes les activités possibles (104); sa mission est d'ordonner des rapports qui exigent la protection de tiers (ou envers des tiers) ou qui mettent en jeu des intérêts généraux. Dès lors il est plus rationnel de concevoir le droit comme un corps limité de manière inhérente, entouré d'espaces qui restent voués à la liberté, *tant que rien n'exige que le droit s'y étende*. De plus, on évite ainsi des entraves inutiles à l'action, y compris dans des domaines nouveaux, aboutissant à des blocages de la vie : à cet égard le théorème de Cossio, précédemment discuté, peut se justifier. Enfin, la liberté résiduelle correspond mieux à la conception juridique des Etats souverains en droit international et de l'individu en droit interne. Ceux-ci ne raisonnent pas *a priori* en termes d'autorisations, mais s'estiment libres d'entreprendre une action que l'ordre juridique ne semble pas vouloir empêcher. Dès lors, la règle résiduelle semble opérer un meilleur partage des compétences que la théorie contraire. Elle respecte l'autonomie du sujet si essentielle dans nos conceptions modernes, *sans rien sacrifier* aux exigences du droit, à condition simplement d'en restreindre dûment le champ d'application.

2. La liberté résiduelle n'est compatible avec le droit que si elle représente une règle très subsidiaire, une *ultima ratio*. Son application dans les cercles (1) à (2), dès qu'une règle positive ne prévoit pas expressément ou implicitement une espèce, est inacceptable. Avant d'admettre le moyen *in favorem libertatis*, il faut faire parler tout l'ordre juridique, avec ses normes positives, mais aussi ses principes généraux (105), ses choix axiologiques fondamentaux et ses analogies internes. De plus, la règle résiduelle ne pourra être appliquée que pour autant que l'exercice de la liberté ne nuise pas à des intérêts prépondérants de la société à l'intérieur de laquelle elle prétend à s'épanouir, ou ne heurte excessivement la sphère de liberté des tiers. C'est là le domaine irréductible du droit où celui-ci se réserve toujours une possibilité de regard, entre autres à travers l'interdiction de l'abus de droit. Ce qui vient d'être dit est particulièrement important dans un ordre juridique traversé de carences normatives et institutionnelles comme le droit international. La liberté ne peut pas y être un *prius*, présumé à partir du dogme de la souveraineté, mais doit rester un *posterius*, subordonné à l'application de toutes les sources, principes et analogies du système, y compris les valeurs et exigences fondamentales du droit (106). Ainsi limitée,

(104) Que l'on songe en droit interne à l'amitié ou à l'amour!

(105) Bonne foi, protection de la confiance légitime, interdiction de l'abus de droit, proportionnalité, *civilliter uti*, principe de l'Etat de Droit (*Rechtstaatsprinzip*), principe de l'Etat social (*Sozialstaatsprinzip*), etc.

(106) G.G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the ICJ, 1951-4 : General Principles and Sources of Law », *B.Y.I.L.*, vol. 30, 1953, p. 11-2 propose le test suivant : « [A] State the legal validity of whose action is challenged must be prepared to show *either* that the action is justified by international law, or that the action is in a field which international law does not purport to regulate at all (...). It is not enough merely to show that the action is not contrary to international law ». Mais il suffirait à notre sens que même dans un domaine potentiellement

la règle résiduelle perd cette pointe acérée qui la rendait si menaçante pour le bien commun.

3. L'ampleur et le fonctionnement précis de la liberté résiduelle dépendent enfin des branches juridiques en question et de la place respective qu'y tiennent les intérêts individuels et collectifs. La présomption de liberté, en droit international, a un corps plus conséquent quand il s'agit de *prérogatives territoriales*, notamment de domaine réservé; c'est le contraire pour des activités *extra-territoriales* ou pour des comportements qui *affectent directement des intérêts juridiquement protégés d'autrui*. De même, si la place de la règle résiduelle est déjà incertaine pour le droit de coexistence à cause de sa structure de droit privé, celle-ci se réduit encore dans les branches du *droit de la coopération*, où les finalités communes l'emportent sur les particularismes individualistes. Les diverses grandes branches du droit international public pourraient ainsi être sondées une à une sur la place exacte qu'y tient le couple liberté / exigences communautaires, afin d'élaborer un système échelonné de présomptions, donnant plus ou moins d'ampleur à la règle résiduelle. Toutefois, quel que soit son rôle et son ampleur, celle-ci reste toujours soumise aux exigences incompressibles du droit, tant que la société en question aspire à rester un ensemble ordonné et régi par le droit.