



Article scientifique

Article

2002

Published version

Open Access

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

La sécurité juridique en droit international: aspects théoriques

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. La sécurité juridique en droit international: aspects théoriques. In: African yearbook of international law, 2002, vol. 10, p. 103–142. doi: 10.1163/221161701x00045

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44887>

Publication DOI: [10.1163/221161701x00045](https://doi.org/10.1163/221161701x00045)

LA SÉCURITÉ JURIDIQUE EN DROIT INTERNATIONAL : ASPECTS THÉORIQUES

Robert Kolb*

I. INTRODUCTION

La nature des choses fait que le droit adresse certains *problèmes* typiques, propres à toute société et à toute coexistence, et des *situations* infiniment diverses dans le détail à travers les temps.¹ Cette nature des choses, matrice de la permanence en droit, s'est révélée à travers l'expérience juridique séculaire qui a dégagé certains principes comme consubstantiels à l'idée même du droit. Voici huit de ces grands vassaux de tout ordre juridique: (1) le *bien commun* ; (2) la *justice* ; (3) la *sécurité juridique* ; (4) la *réciprocité*, l'*égalité*, la *proportionnalité* ; (5) la *liberté* ; (6) la *morale* et la

* Chargé d'enseignement à l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales (Genève) et *Privatdozent* à l'Université de Berne.

¹ Les intérêts réciproques et contrastants entre vendeur et acheteur sont un problème typique et récurrent de la réglementation juridique; le besoin de pouvoir se fier à la parole donnée est un autre de ces problèmes; la réciprocité des prestations encore un autre; etc. Chaque époque y donne des réponses jusqu'à un certain point variées, car celles-ci dépendent du cadre constitutionnel et situationnel toujours unique dans l'histoire. Le problème qui est à la base de ces réponses est cependant le même et sert dès lors comme unité de mesure de ce qui est commun, voire analogue. Le facteur d'identité ou de similitude réside donc dans le but ou la fonction d'une institution ou d'une norme, et non pas dans le vêtement extérieur dont une époque la revêt.

morale sociale ; (7) la *volonté* et la *raison* ; (8) la *sanction* (coercition).²

Il est proposé à cette place de serrer de plus près l'une d'entre ces notions, la sécurité juridique. C'est peu dire qu'elle a été jusqu'ici négligée par la doctrine. En effet, aucune étude générale sur le sujet pour ce qui est du droit international ne nous est connue. En premier lieu, il faudra tenter de dégager les contenus spécifiques de la sécurité juridique tels qu'ils se sont manifestés dans l'expérience juridique et tels qu'ils ont été systématisés par la doctrine. Dans un second temps, il s'agira de voir comment cette notion s'applique au droit international, dans quelle mesure elle y adresse des problèmes analogues et y opère similairement, dans quelle mesure aussi elle y subit des modifications, voire des altérations. Des réponses données dépendent dans une large mesure une compréhension profonde du caractère propre du droit international et du lien profond qui le relie au phénomène juridique universel.

II. L'EXPÉRIENCE JURIDIQUE GÉNÉRALE³

² Pour une analyse de toutes ces notions selon le modèle suivi dans cet article (y compris la sécurité juridique), on pourra consulter mon ouvrage *Réflexions de philosophie du droit international*, à paraître chez Bruylant.

³ Sur la sécurité juridique en général, cf.: L. BENDIX, *Das Problem der Rechtssicherheit*, Berlin, 1914. E. BODENHEIMER, *Jurisprudence*, Cambridge (Mass.), 2^{ème} édition, 1974, pp. 171ss, 236ss, 253ss. S. BRÄSSLOFF, *Die Rechtssicherheit: Eine Studie aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre*, Vienne, 1928. F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Vienne / New York, 1982, pp. 325ss. E. DAVID, "Rechtssicherheit in der postmodernen Individualistengesellschaft", *Mélanges A. Koller*, Bern / Stuttgart, 1993, pp. 25ss. C. A. EMGE, *Sicherheit und Gerechtigkeit*, Berlin, 1940. J. ESSER, "Realität und Ideologie der Rechtssicherheit in positiven Systemen", *Mélanges T. Rittler*, Innsbruck, 1957, pp. 13ss. T. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Copenhague, 1947, pp. 366ss (Berlin, 4^{ème} édition, 1987). O. A. GERMANN, "Rechtssicherheit", in O. A. GERMANN, *Methodische Grundfragen*, Bâle, 1946, pp. 54ss. W. HERSHEL, "Rechtssicherheit und Rechtsklarheit", *Juristenzeitung* 22 (1967), pp. 727ss. H. JAHRREIS, *Berechenbarkeit und Recht*, Leipzig, 1927. M. LESAGE, *L'État de droit et la sécurité juridique*, Paris, 1996. A. MENENDEZ, *Seguridad jurídica y codificación*, Madrid, 1999. P. METZ, "Gewährleistung der Rechtssicherheit", *Mélanges P. Liver*, Coire, 1982, pp. 136ss.

A. L'importance de la sécurité

La sécurité, la certitude et la prévisibilité, sont des besoins fondamentaux de tout individu et de tout groupement social. Il y a d'abord le niveau individuel : l'action qu'un individu envisage et entreprend repose sur l'attente de certains comportements d'autrui qui, normaux ou exigibles dans un certain contexte, lui permettent d'ajuster ses propres actes en conséquence. L'orientation humaine repose sur l'internalisation de signes externes dont la compréhension permet de projeter une action propre et de participer avec efficacité à l'interaction sociale. Ainsi en vient-on au niveau social : toute société n'existe qu'à travers un faisceau de régularités susceptibles de dégager de l'ordre. La vie en commun, avec ses multiples réactions réciproques qui la caractérisent, n'est possible que moyennant cette régularité. De même que l'univers ne pourrait porter la vie s'il n'était pas régi par des lois physiques, la société ne pourrait exister si elle était livrée au chaos. Comme la justice, la sécurité est donc toujours aussi tournée vers l'extérieur, vers l'autre.

M. RÜMELIN, *Rechtssicherheit*, Francfort-sur-le-Main, 1970, réimpression de l'ouvrage de 1924 édité à Tübingen. W. SAUER, *Juristische Methodenlehre*, Stuttgart, 1940, pp. 246ss (réimprimé à Aalen, 1970). F. SCHOLZ, *Die Rechtssicherheit*, Berlin, 1955. R. J. SCHWEIZER, *Über die Rechtssicherheit und ihre Bedeutung für die Gesetzgebung*, thèse, Bâle, 1974. H. WIEDEMANN, "Rechtssicherheit -- ein absoluter Wert?", *Mélanges K. Larenz*, Munich, 1973, pp. 199ss.

Voir aussi dans les livres de philosophie et de théorie du droit, par exemple: H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Munich, 2^{ème} édition, 1977, pp. 436ss. A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, Munich, 2^{ème} édition, 1997, pp. 191ss. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 8^{ème} édition, 1973, pp. 164ss. H. RYFFEL, *Rechts- und Staatsphilosophie*, Neuwied / Berlin, 1969, pp. 228ss. R. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, Munich, 1982, pp. 157ss.

Pour le droit anglo-saxon où le concept se fonde dans celui de la *stare decisis*, cf. H. W. R. WADE, "The Concept of Legal Certainty. A Preliminary Skirmish", *Modern Law Review* 4 (1940) 1, pp. 183ss. G. W. PATON, *A Text-Book of Jurisprudence*, Oxford, 1946, pp. 169ss. Voir aussi les quelques remarques de W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. II, Tübingen, 1975, pp. 69-71 et 465-467. Sur l'expérience du droit romain: M. SARGENTI, *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana : atti del Convegno di Pavia 26 - 27 aprile 1985*, Padoue, 1987.

C'est une notion sociale : *securitas est ad alterum*. De par ces caractéristiques, elle intéresse au premier chef le droit. Il était normal qu'une valeur aussi fondamentale de la vie en commun trouvât des prolongements proprement juridiques dans le concept de la "sécurité juridique". Elle s'affirme cependant dans tous les domaines marqués par une interaction entre sujets, sur le plan moral, anthropologique, économique, sociologique, et même dans le monde animal.

- a) La *sociologie* (et notamment la sociologie du droit) définit les normes comme une réalité à mi-chemin entre le fait empirique et le devoir idéal. Pour le sociologue, une norme (juridique) consiste en des attentes généralisées de comportement, pourvues de sanctions. L'*attente* devient le pivot central de la sociologie comportementale : elle constitue en premier lieu un fait qui correspond à un mécanisme psychologique réel chez l'individu ; en même temps l'attente se distingue de la seule effectivité de ce qui se produit réellement, maintenant un irréductible élément d'idéalité. La généralisation de l'attente sociale comme critère du comportement exigé permet de stabiliser la société. Elle y introduit un élément de régularité et donc de règle. En même temps elle réduit la complexité : elle permet de ne pas envisager à chaque fois toutes les actions possibles, qui sont innombrables, mais de partir de l'idée que l'autre se comportera de la manière légitimement attendue de lui eu égard à son rôle social. La définition sociologique de la norme est construite, comme on le voit, entièrement en fonction de l'idée de la sécurité des interactions interindividuelles.⁴ On peut ajouter que l'activité économique repose très largement sur une telle interaction dirigée par des attentes comportementales. Le droit économique en porte la trace. S'il existe d'un côté une série de vecteurs de flexibilité (clauses de sauvegarde, adaptation aux fluctuations, etc.), les matières juridiques qui en sont imprégnés cherchent à réaliser

⁴ Cf. *Encyclopedia of Social Sciences*, vol. 11, New York, 1968, pp. 204ss, 208ss. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, vol. I, Reinbeck, 1973, pp. 53ss.

le plus possible la prévisibilité et la sécurité des transactions sans lesquelles l'échange de biens est entravé. Le droit commercial – spécialement quand il forme une branche spéciale *ratione personae* en tant que droit des commerçants – fournit d'éloquents exemples.

- b) La sécurité joue un rôle primordial aussi sur le *plan anthropologique* et *psychologique*. La prévisibilité des comportements d'autrui et la possibilité de mettre en phase ses actes et aspirations avec le monde externe sont un facteur important de stabilité psychique et d'épanouissement dans les cercles micro-sociaux (famille, travail, associations, etc.). La sécurité réduit l'angoisse, l'incertitude et la pression de décisions trop fréquentes, en allégeant l'individu du poids de devoir sans cesse peser toutes les alternatives d'action possibles. La sécurité réduit cette complexité et rassure. L'équilibre psychologique de l'individu en est servi tout autant que ses relations avec d'autres, qui profitent du mieux-être individuel.⁵ Ce besoin de stabilité est particulièrement prononcé chez l'homme. Contrairement à l'animal, il est beaucoup moins déterminé par l'impulsion de l'instinct. Dès lors, l'homme souffre d'un déficit de sécurité. Les institutions de la culture (y compris le droit) doivent compenser les lacunes laissées par la nature.⁶ Les bouleversements sociaux trop rapides et trop brutaux apportent une preuve par le contraire : l'insécurité qu'ils propagent précipite le désordre et les tensions sociales et contamine souvent jusqu'à l'os les interactions les plus ordinaires (par exemple l'échange de vivres avec des marchés noirs, les équilibres monétaires par une circulation d'argent excessive fondée sur la méfiance, etc.). D'un autre côté, la psychologie individuelle tend à

⁵ Cf. U. BEER, *Optimisten leben länger*, Genève, 1985 ; M. KOLLER, *Sozialpsychologie des Vertrauens*, Bielefeld, 1990 ; K. SALMELAARO / J. NURMI, "Uncertainty and Confidence in Interpersonal Projects", *Journal of Social and Personal Relationships* 13 (1996), pp. 109ss.

⁶ Cf. A. GEHLEN, *Moral und Hypermoral*, Francfort-sur-le-Main / Bonn, 1969, pp. 95ss.

l'anxiété et à la crainte, génératrices de haines et d'agressions. On observe dans l'histoire que les périodes de remise en cause des normes et de l'ordre traditionnels sont aussi des périodes de recrudescence de la violence. L'absence de sécurité est un phénomène affectif profond qui dégénère rapidement en des troubles comportementaux et en des commotions sociales.

Ce qui vient d'être dit est vrai dans une certaine mesure aussi pour le monde animal. L'étude des animaux vivants en groupe a montré qu'ils se soumettent à un ordre social précis, souvent hiérarchisé, dont l'une des règles fondamentales est l'interdiction de tout comportement trompeur. C'est l'intérêt de survie et l'avantage de sélection du groupe qui aurait produit cette règle visant à maintenir la sécurité. Cette sécurité faite de crédibilité est vitale en cas de menace, si fréquente dans la vie animale. Il est à ce moment essentiel de pouvoir se fier aux informations et à l'alarme donnée. La tromperie soumet l'interaction à de sérieux troubles parce qu'elle détruit précisément cette sécurité. De plus, dans un sens plus général, la sécurité permet un raffinement de la vie sociale par voie de division des tâches. Or la répartition des rôles entre les individus du groupe repose très largement sur la confiance en l'exécution adéquate des rôles impartis. Ainsi, l'articulation des fonctions sociales – dont découle la prospérité du groupe – suppose la sécurité, la prévisibilité et la confiance entre ses membres.

- c) La sécurité est aussi un phénomène du monde *moral*. La sécurité est d'abord une donnée objective et générale ; mais elle peut toujours se traduire en une confiance ou en des attentes individualisées auxquelles elle donne lieu. La *securitas* est alors le fondement de la *fides*, et la *fides* requiert de respecter les attentes légitimes qu'on a créées chez autrui. "*Fides est credulitas*" disait déjà St. Isidore de Séville.⁷ Le devoir d'honorer cette foi est indispensable à la justice (d'où

⁷ *De Differentiis*, I, 486.

pacta sunt servanda).⁸ Or l'idée d'un tel devoir est intrinsèquement liée à l'idée du bien et du juste qui est une idée morale. La sécurité participe des valeurs morales aussi parce qu'elle permet à l'autre de s'épanouir dans sa vie psychique et sociale (voir *supra*, b). Sur le plan moral, la sécurité se transforme en une série de devoirs, ceux de respecter sa parole, de ne pas décevoir la confiance légitime, de soupeser les conséquences de ses actes eu égard à leur potentiel de déstabilisation, etc. La sécurité n'est plus ici un simple objet ou une nécessité. Elle devient un objectif et un chemin.

B. La notion de sécurité juridique

Cette exigence existentielle de sécurité, stabilité et prévisibilité se traduit en droit par le concept de la *sécurité juridique*. La sécurité juridique comporte plusieurs aspects. Le besoin de sécurité est d'abord assuré par l'existence même d'un système juridique. Sa fonction première est de faire régner l'ordre dans le milieu social en y introduisant une régularité garantie par ses normes. Il s'agit ici d'une *sécurité par le droit*. Mais il y a aussi des aspects de *sécurité dans le droit*. C'est ceux-ci que l'on vise d'ordinaire quand on parle de sécurité juridique. Cette sécurité juridique au sens étroit se manifeste dans deux domaines : (1) *la sécurité juridique objective (erga omnes)* qui concerne l'ordre juridique dans sa généralité ; (2) *la sécurité juridique subjective (inter partes)* qui concerne des rapports juridiques précis entre certaines parties. Il y a d'abord la sécurité qui concerne le fonctionnement de l'ordre juridique dans son intégralité, par exemple l'exigence d'accessibilité, de clarté, de précision du droit, ou l'exigence de prévisibilité de la décision fondée sur le droit. La sécurité juridique se présente ici comme donnée objective, avec effet *erga omnes*. Mais il y a aussi la sécurité qui concerne des rapports interpersonnels précis et qui n'a d'effet qu'*inter partes*. Elle exige le respect de la confiance, des attentes et des apparences librement créées par un sujet, et sur lesquels un autre

⁸ Voir par exemple CICÉRON, *De officiis*, lib. I, cap. VII.

pouvait légitimement se fonder. La sécurité requiert ici une certaine cohérence dans les comportements propres eu égard au fait qu'ils affectent des tiers et suscitent de légitimes intérêts en la constance et la continuité de ces comportements ou des promesses tenus. C'est à ce type de sécurité localisée que se rattachent les obligations de bonne foi, la protection de la confiance, la responsabilité pour apparence, l'estoppel, la prescription pour inaction prolongée, la doctrine du silence qualifié (*qui tacet consentire videtur, si loqui potuisset ac debuisset*), etc.

La sécurité juridique objective comporte deux grands domaines : (a) la sécurité sur le plan des normes du droit (*certitudo*) ; (b) la sécurité sur le plan de l'exécution du droit (*securitas*). En ajoutant la sécurité juridique *inter partes* on complète le tryptique de la sécurité juridique.

1. La sécurité normative : *certitudo*

La sécurité du droit comme certitude se présente autant comme ensemble d'exigences opérant à l'intérieur d'un ordre juridique donné (certitude synchronique), que comme ensemble d'exigences concernant la transformation des contenus d'un ordre juridique (certitude diachronique).

a. La sécurité normative synchronique

Sur le plan synchronique, la certitude signifie avant tout le besoin de *clarté*, de *simplicité* et d'*ordre* au sein de l'ordonnancement normatif. Il faut que l'opérateur visé – et idéalement aussi le citoyen – puisse s'y retrouver sans se perdre dans les dédales d'une réglementation vague, alambiquée et désordonnée.

Ce type de certitude est mis en danger par un trop grand nombre de normes vagues, qui découlent souvent du fait que l'accord au sein du législateur n'a pas dépassé le seuil des formules dilatoires. Il en va de même quand un nombre excessif de normes confèrent aux opérateurs juridiques des discrétions, que ce soit des discrétions sur

des éléments de la norme⁹ (termes vagues, standards, clauses générales) ou des discrétions sur l'opportunité de prendre une mesure, comme sur la nature et l'ampleur de celle-ci.¹⁰ Il faut mentionner aussi des réglementations truffées de clauses de sauvegarde, de suspension ou d'équité, notamment quand celles-ci s'ouvrent à une qualification unilatérale. La tendance à l'individualisation des normes pour les rapprocher des circonstances d'espèce ou pour les différencier selon les besoins des parties a le même effet. D'autres facteurs influent sur cette certitude-clarté : elle souffre, par exemple, quand des normes sont mal formulées ou ont recours à un langage ampoulé, excessivement compliqué ou mal articulé. Des fleurons de ce type se trouvent notamment dans le droit administratif. L'incertitude peut découler aussi d'une mauvaise systématisation des normes qui contribue à obscurcir leur sens. Des régimes d'exception trop nombreux ont le même effet. Ils peuvent aboutir à vider de leur contenu une grande partie des règles tenues généralement pour applicables. Il y a incertitude aussi quand un ordre juridique est composé d'une pluralité de sources mal coordonnées entre elles et ne connaît guère de règles précises sur leur priorité (c'est le cas du droit international). Il faut enfin mentionner une dernière cause d'incertitude dont la gravité s'accuse dans les sociétés modernes : l'inflation des normes. Comme partout, l'inflation conduit à la dévaluation. Un ordre juridique boursoufflé par une jungle de normes conduit à l'irrespect du droit et à l'ignorance de celui-ci. L'arbitraire qu'il cherchait à écarter par la porte revient par la fenêtre. Au-delà de l'insécurité à laquelle elle ouvre la porte, une législation trop prolixe est un signe de maladie et de décadence de la société et du droit : *plurimae leges, pessima civitas*.

Les exigences de clarté dont il a été question peuvent aussi être perçues à travers l'optique de l'individu soumis à l'ordre juridique. Dans la perspective subjective de cet individu, ce qui compte c'est de pouvoir s'orienter de manière à savoir ce que le droit demande de lui dans les divers contextes.¹¹ Cela signifie surtout que le droit doit

⁹ "Tatbestandsmessen".

¹⁰ "Entschliessungsmessen ; Rechtsfolgermessen".

¹¹ "Orientierungsgewissheit".

être accessible, que ses contenus doivent être reconnaissables et que les interprétations et décisions futures fondées sur ses dispositions doivent être raisonnablement prévisibles. Ce besoin de clarté subjective varie selon les personnes et les branches. Il est particulièrement accusé quand il s'agit de commerce et de commerçants ou en matière de droit pénal ou tributaire. Il l'est moins au niveau du droit constitutionnel qui concerne les grandes orientations politiques d'une collectivité et les rapports entre les organes publics suprêmes.

b. La sécurité normative diachronique

Sur le plan diachronique, la certitude marque surtout un besoin de *stabilité* et de *continuité* du droit dans le temps. Il s'agit ici d'une assurance vers l'avenir qui seule permet de projeter ses actions et de prendre des dispositions destinées à durer. Il n'y a pas de sécurité quand tout acquis peut être remis en cause à tout moment. Cette certitude-stabilité comporte plusieurs aspects. Sur le plan législatif, elle commande d'éviter à la fois des transformations du droit trop fréquentes et des transformations trop rapides. Ainsi, la réforme globale et réfléchie d'une branche du droit vaudra mieux que des retouches multiples et non-coordonnées. De même, des mesures législatives transitoires peuvent se recommander pour adoucir la rapidité du changement. En second lieu, toujours sur le plan législatif, la certitude-stabilité s'oppose à des dispositions rétroactives, auxquelles le sujet de droit ne pouvait s'orienter au temps où il a agi (en droit public la non-rétroactivité ne s'applique pas en cas de nouvelles dispositions plus favorables à l'individu). Enfin, tant sur le plan législatif qu'exécutif, la certitude-stabilité protège l'intérêt de continuité des situations juridiques acquises. Dans la mesure du possible (compatibilité avec l'ordre public, etc.), les pouvoirs, droits ou possessions régulièrement acquis doivent être respectés, quitte à devoir être harmonisés dans certaines de leurs expressions avec les exigences du droit nouveau. Nous aboutissons ainsi aux problèmes de droit intertemporel qui s'éclairent en grande partie à la lumière des postulats de la certitude comme stabilité juridique dans le temps. Que le droit doive être modifié au fil des

évolutions sociales et du changement des conceptions de justice ne fait pas de doute. Ce qui importe est de comprendre que ces besoins de transformation entrent en un conflit réel avec les intérêts opposés de stabilité de l'ordre normatif. Ces derniers ne sont pas qu'une abstraction sans poids effectif, mais un fondement essentiel au bon fonctionnement de la société.

2. La sécurité exécutive : *securitas*

Cette sécurité au sens strict touche à l'exécution des normes.

a. La sécurité des actes juridiques (jugements)

La sécurité juridique comporte un aspect de "certitude" quand elle se réfère aux *actes juridiques individuels*, par exemple aux jugements. Dans ce contexte, elle exige que l'acte soit prévisible, ce qui à son tour dépend de la clarté de la norme. En même temps, d'autres institutions juridiques reposent sur cet aspect : il en est ainsi de la force de la chose jugée (*res judicata*) qui met un terme définitif au litige et crée une certitude ; des conditions très strictes dans lesquelles il est possible de rouvrir un procès en demandant la révision du jugement ; du postulat de l'unité et de la continuité de la jurisprudence, notamment à travers la doctrine des précédents.

L'exigence de sécurité se manifeste aussi de manière plus ponctuelle, comme par exemple dans la doctrine du *prospective overruling* qui dans les systèmes issus du droit romain, notamment dans la sphère germanique, fait partie du principe de la bonne foi en droit public. Le problème est le suivant : si un tribunal envisage de changer sa jurisprudence au détriment d'une des parties à l'instance, peut-il le faire sans autre, ou doit-il annoncer son intention, sans l'appliquer à l'espèce en question, aux fins de litiges futurs ? Les solutions données à ces problèmes diffèrent selon les ordres juridiques et les matières.¹² Le Tribunal fédéral suisse a admis qu'une modification de jurisprudence qui a pour effet de réduire

¹² Cf. B. WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Bâle / Francfort-sur-le-Main, 1953, pp. 234ss.

l'admissibilité de certains moyens de droit ne peut pas être appliquée à l'espèce sous considération, mais devant être annoncée d'avance, ne peut être retenue que pour l'avenir.¹³

b. La sécurité de l'exécution du droit

L'aspect essentiel de la *securitas* consiste toutefois dans l'efficacité réelle du droit, dans la possibilité de réaliser sa mise en œuvre, de l'exécuter éventuellement au moyen de la coercition ("*Realisierungssicherheit*"). Cette efficacité du droit dépend essentiellement de la probabilité ou de la faculté sociologiques d'actualiser une règle juridique applicable dans les espèces qui appellent sa mise en œuvre. Tandis que la *certitudo* est donc avant tout une technique normative, la *securitas* relève des catégories de l'effectivité sociologique.¹⁴ Toutefois cette effectivité est servie aussi par des réglementations purement normatives. Il en est ainsi des règles répartissant et conférant des compétences aux organes chargés de veiller à la réalisation du droit ou des règles régissant leur procédure. C'est le cas aussi des droits de dénoncer des violations du droit, de porter plainte ou de demander l'exécution forcée. L'aspect essentiel de cette *securitas* réside cependant bien dans la mesure dans laquelle les normes juridiques sont respectées ou exécutées en fait. Non seulement l'efficacité (voire l'existence) du droit, mais en particulier aussi la sécurité juridique sont gravement mises en danger quand on ne peut pas compter sur leur réalisation, par exemple quand on ne peut pas sortir de nuit dans certains quartiers sans courir un risque important de se faire agresser et déposséder de ses biens. Il faut mettre en garde contre l'idée que la réalisation du droit dont il est ici question dépend uniquement de l'organisation d'une coercition publique. Les facteurs qui poussent au respect de la norme juridique sont multiples et nuancés. L'intérêt propre y tient la première place.

¹³ Cf. ATF (Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel) 106 Ia, p. 92 ; ATF 109 II, p. 176 ; ATF 116 II, p. 496 ; ATF 120 Ia, p. 26.

¹⁴ Cf. T. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Aarhus, 1947, p. 64.

Sous tous les aspects, la *securitas* se présente donc comme une condition ou comme un corollaire indispensable de la *certitudo*. La sécurité que peuvent ressentir le sujet ou l'opérateur juridique dépendent autant de la qualité des normes en tant que telles que de leur vie et de leur réalisation concrète.

3. La sécurité *inter partes* : *fides*

Comme il a déjà été dit, les ordres juridiques modernes font naître sous certaines conditions des droits ou obligations d'une interaction sociale afin de protéger la confiance légitime qu'un sujet de droit a provoqué chez un autre par ses actes, omissions, déclarations ou comportements. Est protégé le sujet qui s'est de bonne foi fié à une certaine régularité de comportements extérieurs d'autrui. Il n'est plus permis à l'auteur de ces attitudes d'opposer au sujet légitimement confiant les aléas de sa volonté réelle, restée cachée, ou les titres juridiques formels, contredits par sa conduite effective. Le droit vise ici à une sécurité *inter partes*, commettant un sujet à l'apparence qu'il a librement créée et de laquelle il doit désormais répondre envers les sujets qui s'y sont fiés. Un sujet de droit n'est jamais seul. Il vit dans un espace social. Ses attitudes affectent les autres. La règle de droit qui régit la vie en commun doit donc prendre en compte les intérêts de stabilité et de confiance qu'un comportement suscite vers l'extérieur. Tout sujet porte, dans certaines limites définies par le droit, une responsabilité pour l'apparence créée quand il se commet à une attitude qui visiblement touche aux intérêts légitimes d'autrui, comme tout sujet peut aussi, dans les mêmes limites, tabler sur une certaine constance et continuité des comportements d'autrui, là où sa propre sphère d'intérêts est affectée. Cette protection de la confiance légitime¹⁵ pivote autour du principe de la bonne foi et a trouvé toute une série d'applications dans les divers ordres juridiques.

¹⁵ Dans les ordres juridiques anglo-saxons il s'agit de la *legitimate expectations-theory*. En Italie on parle d'*affidamento* et dans les ordres juridiques germaniques de *Vertrauensschutz*.

Voici quelques exemples.

(1) Tout d'abord, l'interdiction de se mettre en contradiction avec ses propres actes antérieurs (doctrine du *venire contra factum proprium non valet*, de l'*estoppel* ou "*de los actos propios*") repose sur cette bonne foi-confiance. Ainsi, un débiteur qui conduit un créancier à ne pas interrompre la prescription par les actes auxquels le droit reconnaît cet effet, ne pourra pas par la suite se fonder sur cette prescription pour refuser d'honorer son dû.

(2) Il en va de même pour la doctrine du silence qualifié (*qui tacet consentire videtur si loqui potuisset ac debuisset*). Un silence ou une passivité prolongés face à des attitudes d'autrui qui affectent les propres intérêts ou droits, si bien qu'une réaction pouvait être exigée, auront pour conséquence que le sujet resté passif ne pourra plus par la suite s'y opposer. C'est le cas notamment quand il y a un non-exercice prolongé de certains droits – par exemple si le conjoint ne tire aucune conséquence de l'adultère de l'autre, mais prétend se prévaloir de ce fait des années après.

(3) La même idée de sécurité domine le domaine de la *prescription acquisitive* où l'ayant-titre demeure passif pendant une période prolongée, créant ainsi une situation de confiance, une apparence.

(4) Il y a ensuite le domaine de la *responsabilité pour apparence* (*Rechtsscheinhaftung*). Ainsi, en droit allemand, l'individu qui crée l'apparence d'être un commerçant par des affirmations et attitudes diverses sera soumis au régime de responsabilité plus strict des commerçants afin de protéger la confiance créée.

(5) À côté de l'élément de la volonté, la *conclusion de contrats* est dominée par le principe de confiance. Ce qui compte n'est pas tellement de saisir la volonté réelle mais inintelligible du déclarant, mais plutôt de se demander ce que le receveur de la déclaration pouvait et devait raisonnablement tenir pour dit eu égard aux circonstances. Ce principe est important aussi dans l'interprétation du contenu des contrats.

(6) Le droit protège aussi la "foi publique" (*öffentlicher Glaube*). L'individu est protégé dans la confiance qu'il accorde aux

contenus de certains registres publics dont la mission est précisément de garantir la sécurité juridique. On peut songer à la protection de celui qui confie en l'information donnée par le registre foncier.

(7) Il faut enfin signaler que le *droit public* n'est pas en reste en matière de protection de la confiance. Le Tribunal fédéral suisse lui a accordé le statut d'un droit constitutionnel justiciable que l'individu peut invoquer. La question se pose par exemple dans le contexte d'informations erronées données par l'administration, notamment quand à des moyens de recours. La bonne foi requiert que sous certaines conditions (par exemple que l'erreur n'ait pas été reconnaissable pour l'intéressé), la confiance en cette information soit protégée, c'est-à-dire que l'intéressé ne subisse aucun dommage eu égard au fait qu'il s'en soit remis aux explications officielles objectivement inexactes.¹⁶

III. LA SECURITE JURIDIQUE EN DROIT INTERNATIONAL

A. Prépondérance de la sécurité subjective sur la sécurité objective

Le droit international se caractérise par une faiblesse notable de la sécurité juridique *erga omnes*, avec ses deux aspects de la certitude et de la sécurité au sens strict, et de l'autre côté, par une force certaine de la sécurité juridique *inter partes*, fondée sur la protection de la confiance et de l'apparence. Cet état des choses reflète la structure de la société internationale. Celle-ci est marquée par la décentralisation des pouvoirs sur une série de centres autonomes formellement égaux. Cette structure se prolonge en droit international par la relativité et la bilatéralité des situations juridiques. De telles situations relatives exigent une bonne dose de sécurité relative, *inter partes*, permettant de consolider les positions respectives et de tableer sur l'acquis pour se projeter vers l'avenir. En même temps, ces situations relatives, par leur éclatement même, s'accommodent mal d'une sécurité juridique globale et unitaire,

¹⁶ Cf. ATF 115 Ia, pp. 12ss. ; ATF 117 Ia, pp. 421ss.

détachée de la relativité ou bilatéralité des rapports réels. Toute sécurité juridique globale suppose en dernière analyse une gestion unitaire des faits de la vie sociale par le droit, ce qui n'est possible que dans le cadre d'un ordre social et juridique intégré, fondé sur la hiérarchie des organes et des sources. Il s'y ajoute qu'en tant que droit touchant essentiellement aux relations politiques entre collectivités, la sécurité juridique générale tend à s'effacer au profit de considérations d'utilité. C'est le cas aussi en droit interne, où la branche du droit constitutionnel compte parmi celles qui sont le moins informés aux exigences de la sécurité et du formalisme.

B. Les faiblesses de la sécurité juridique objective

Les faiblesses de la sécurité juridique générale s'accusent à trois niveaux : (1) d'abord et surtout sur le plan *normatif*, qui concerne la *certitudo* ; (2) ensuite sur le plan *structurel* avec la poussée des effectivités ; (3) enfin sur le plan *organique*, qui touche à la *securitas* au sens strict.

1. L'insécurité normative

La sécurité juridique concerne en premier lieu l'agencement, le contenu et la précision des dispositions d'un ordre juridique. Elle est donc avant tout un problème normatif. Or, les sources et les normes du droit international présentent une série de faiblesses et d'incertitudes qui influent profondément sur la sécurité que cet ordre juridique peut garantir aux sujets qu'il oblige. La caractéristique maîtresse de son système de sources est la confusion au sein de laquelle ses expressions ponctuelles et fréquemment non-coordonnées viennent se placer. C'est vrai à plusieurs niveaux.

a. L'absence de systémativité de la normativité internationale

Le droit international est un droit largement non-écrit, qui repose sur la croissance coutumière. La coutume est une consolidation progressive de certaines pratiques adhérentes aux faits qui les supportent. Elles naissent d'une multiplication amorphe de faits,

entrepris pour suffire à des intérêts contingents, et qui produisent la croissance parallèle d'une conscience juridique. C'est à un processus existentiel auquel on assiste, dans lequel l'existence précède l'essence et lui impose ses éparpillements et anfractuosités. Alors que le droit posé est le produit d'une projection volontaire concentrée, précise et globale, réalisée instantanément, le droit coutumier n'est traditionnellement qu'une somme disparate issue de l'accumulation de faits et d'attitudes, silencieux hors des chanceuses convergences des comportements effectifs. Tant par son caractère non-écrit que par la difficulté d'en circonscrire les exactes limites, que, enfin, par son rôle croissant dans la vie internationale, la prédominance relative d'un droit issu de "comportements" affaiblit l'ordre et la clarté au sein du système juridique.

Les nombreuses obligations n'existant qu'entre certaines parties liées par des accords spéciaux, des acquiescements, des reconnaissances, des droits historiques ou des estoppels, contribue de surcroît à fragmenter le droit international en un grand nombre de normes très ponctuelles, étroites tant *ratione materiae* que *personae*. Ce fait contribue à obscurcir davantage encore les possibilités de systématiser l'ordre normatif et de savoir avec précision les droits et devoirs juridiques de chacun. Il s'en ensuit aussi une mauvaise coordination entre les normes ou les positions subjectives. Cela s'explique par la superposition de plusieurs couches normatives sur un même objet, superposition qui aboutit à une différenciation excessive des régimes. Il suffit de rappeler toutes les incertitudes qu'a suscité la Cour internationale avec son arrêt relatif aux *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (1986) quand une réserve dans la déclaration des États-Unis lui conférant compétence l'obligea à dédoubler la considération du droit de la Charte et du droit coutumier sur l'utilisation de la force. En un mot, on peut dire que le droit international est moins un système que tout autre ordre juridique. C'est une série de grappes de normes qui fleurissent çà et là et se superposent de façon empirique. La sécurité juridique en pâtit manifestement. A l'absence de clarté se joint l'absence de prévisibilité.

b. L'absence de hiérarchisation de la normativité internationale

En droit interne, la hiérarchie des organes étatiques qui correspond aux différences de légitimité démocratique (constituante, législateur, exécutif, etc.), se rattache à une autre hiérarchie, celle des sources juridiques qui en émanent. La hiérarchie des sources signifie qu'il existe une série de règles de priorité entre les normes d'échelons normatifs différents. Cet élément d'orientation et d'ordre fait défaut au droit international général. Il y prévaut l'équivalence des sources, allant du plan le plus général vers le plan le plus particulier. Principes, coutume et traités possèdent en principe la même valeur. Il faut s'en remettre à des règles de collision empiriques, celles de *lex posterior* ou de la *lex specialis* pour trouver des solutions aux conflits. Dans bien des cas, les solutions s'inspirent d'accommodations *ad hoc* et d'accords spéciaux, toute réponse générale ne trouvant guère d'appuis stables. On peut songer par exemple aux traités successifs incompatibles ou aux modifications successives d'accords entre diverses parties – deux questions où de nombreuses incertitudes demeurent.

Les difficultés dépassent cette égalité formelle des sources qui s'étend à toutes les sources en droit international alors qu'elle ne concerne que les sources d'un même niveau hiérarchique en droit interne. Elle tient surtout au fait qu'une source générale et volontaire fait défaut en droit international. En droit interne, le législateur peut facilement organiser les priorités. Il spécifiera avec effet *erga omnes* quel texte doit l'emporter, et précisera les dates d'entrée en vigueur et d'abrogation d'un texte. En droit international, la fragmentation des sources entre des cercles de parties toujours changeants interdit un tel procédé. Le principe de l'effet relatif des actes juridiques issus de la souveraineté des parties cimente l'autonomie parfaite de chaque nouvelle expression normative, multipliant ainsi sur un objet donné les sources toujours en vigueur, chacune dans un cercle déterminé. Parfois, cette pluralité de régimes non hiérarchisés peut mener à de sérieux conflits. Ainsi, la Grande-Bretagne et la France ont refusé de signer la Convention de Belgrade sur le Danube (1948) qui portait modification du Traité de Paris de 1856 en excluant les États non-riverains de la Commission du Danube. Ces deux États ont

estimé que l'ancienne Convention de 1856 restait applicable à leur égard, ce que d'autres n'ont pas reconnu. Or, comment constituer différemment une Commission selon les vues divergentes de deux groupes d'États ? Les sièges à attribuer sont un fait objectif, indivisible. Cette situation confuse a été définitivement amendée avec le Traité de Sofia de 1994. Pendant longtemps, elle était restée incertaine.

c. L'indétermination de la normativité internationale

Droit des relations politiques, le droit international remet souvent à des techniques de flexibilisation des normes afin de leur faire épouser de plus près les contours d'exigences fluctuantes dans le temps. Les États se prémunissent ainsi contre une pénétration excessive de la règle de droit avec son cortège de généralité, réciprocité et d'égalité. C'est le cas surtout dans des matières où leurs fins politiques marquent un besoin d'adaptation à des intérêts situés, rapidement changeants dans un monde soumis aux accélérations et aux imprévus. Cette exigence de flexibilité est d'abord visée par la prolifération de *standards*. Les standards internationaux sont particulièrement dangereux pour la sécurité juridique parce que leur indétermination relative s'accompagne de l'absence d'un contrôle judiciaire de leur utilisation. Dès lors, à l'indétermination objective s'ajoute l'auto-interprétation subjective – et l'insécurité passe à la deuxième puissance. La flexibilité passe ensuite par l'empire étendu du *soft law*, allant de Résolutions d'organes internationaux à des accords politiques ou des actes concertés non conventionnels. La mollesse normative est le prix à payer pour assurer une certaine évolution du droit dans une société inorganisée et politiquement divisée. Le *soft law* se présente surtout comme source progressiste, tendant à faire évoluer le droit international vers de nouvelles plages, par exemple en matière d'environnement. A cette fin, il tisse une mousse assez capillaire de normativité de rechange autour des normes dures afin de les ouvrir aux transformations désirées. Le *soft law* tend le plus souvent à brouiller le seuil de l'obligatoire et du non-obligatoire, car telle est bien la condition nécessaire pour pouvoir pousser la *lex lata* vers la

lex ferenda. De plus, ce *soft law* a essaimé aussi vers les normes issues de sources dures en accusant leur tendance vers des formules vagues et flexibles. Le *soft law* est devenu de cette manière une modalité intrinsèque à chaque source du droit international, un peu comme un aliment qui, une fois consommé, se propage dans tout l'organisme à travers la circulation sanguine.

L'une des raisons de formules dilatoires insérées dans un traité repose sur l'absence de réel accord politique. C'est relativement fréquent dans un monde idéologiquement divisé. La pression de conclure quand même un accord qui marque vers l'extérieur un acquis, conduit ici à en ramollir le contenu par des formules très générales (voire fourre-tout). Elles renvoient les problèmes au stade postérieur de l'application dans des contextes concrets.¹⁷ Mais la flexibilité du contenu normatif peut aussi s'avérer utile au regard de matières soumises à de rapides transformations et dans lesquelles les formules vagues permettent une adaptation courante du droit sans devoir constamment remettre en marche le processus législatif. Ces situations sont nombreuses en droit international, non seulement sur le plan économique. D'autres fois encore, c'est l'extraordinaire variété des phénomènes couverts par un droit à vocation mondiale qui commande de retenir des formules générales. Les complexités techniques et juridiques du droit de l'environnement en fournissent un exemple parlant. Même en matière pénale, le droit international reste en deçà des exigences normalement opposées aux normes du droit interne. C'est vrai du droit pénal au sens strict, celui qui concerne les individus. Ainsi, constituc un crime de guerre

“le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé”,

ou encore

“les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants”.

¹⁷ C. Schmitt a forcé pour ce cas le terme de “*dilatorische Formelkompromisse*”, accord sur des formules dilatoires sans accord réel.

La recherche des éléments du crime et les analogies avec les droits de l'homme montrent toute l'ampleur des incertitudes qui s'y rattachent. Mais on peut rappeler aussi l'article 19 du Projet de la Commission du droit international relatif aux crimes de l'État, où fleurissent les qualificatifs indéterminés :

“Le fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un État d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale [constitue un crime de l'État, notamment] : a) une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle...”.

Cet état des choses diminue la sécurité juridique.

Le besoin de flexibilité ressenti par le droit international est renforcé aussi par l'absence de mécanismes institutionnels de changement du droit. L'absence de législateur rend la transformation du droit difficile et l'éclate, quand elle a lieu, en régimes particuliers, valables entre certains sujets seulement. Le *peaceful change* est en droit international fortement déficitaire. Puisqu'il en est ainsi, les États incorporent dans les normes elles-mêmes des soupapes de flexibilité, assurant leur ultérieure adaptation. Soit la norme est relativement plus rigide, mais adaptable du dehors par des mesures législatives. Soit elle est plus flexible, afin de pallier à la rigidité des mécanismes de sa propre transformation.

Ce qui a été dit jusqu'ici sur la fragmentation des sources, sur l'importance des principes généraux en droit international, sur le rôle qu'y tient le *soft law*, sur les difficultés de changer le droit, conduit à un brouillage assez prononcé de la *lex lata* et de la *lex ferenda*. Nulle part ailleurs qu'en droit international une dichotomisation trop rigide de ces deux cercles n'apparaît moins fondée et moins praticable. M. Virally l'a rappelé magistralement en montrant comment des principes très généraux, souvent fortement idéologiques, ont été véhiculés par des enceintes politiques afin d'infléchir l'évolution du droit international – ces principes étant une sorte d'amphibie entre la *lex lata* et la *lex ferenda*.¹⁸ On peut ici

¹⁸ Cf. M. VIRALLY, “Le rôle des principes dans le développement du droit international”, in M. VIRALLY, *Le droit international en devenir*, Paris, 1990, pp. 195ss.

songer au principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Le rôle essentiel des principes est d'assurer une certaine unité dans les valeurs du système et de pousser le droit positif vers le droit idéal. En droit international ce rôle est particulièrement prononcé, car nombre de ses règles sont formulés à travers des principes alors que fait défaut cette couche médiane de normes rationnellement formulées qu'en droit interne on désigne de droit administratif. On peut aussi rappeler le nombre important de lacunes dont reste grevé le droit international. Quand il y a lacune, *lex lata* et *ferenda* coïncident automatiquement. La *lex ferenda* prend la place de la *lex lata* à travers la décision de l'opérateur juridique de placer une norme là où auparavant il n'y en avait, idéalement parlant, pas.

Il faut enfin signaler que non seulement le contenu normatif, mais aussi l'*effet* de nombreuses normes du droit international demeure indéterminé. C'est le cas pour des normes individuelles mais aussi pour des branches entières du droit. On peut songer aux règles régissant la délimitation maritime que la Cour internationale de Justice a réduites, mis à part l'accord direct entre les intéressés, à un nuage de considérations d'équité. Abstraction faite de son caractère transactionnel, toute décision de la Cour a ainsi été rendue hautement imprévisible pour les plaideurs. L'indétermination des effets normatifs caractérise aussi cette branche du droit international émergente qu'est l'ordre public. Il est composé de *jus cogens*, d'obligations *erga omnes*, de devoirs absolus, tous prétendant à une place suprême dans la hiérarchie par ailleurs presque inexistante des normes internationales. La confusion est déjà grande quant à la configuration de ces concepts: aspects procéduraux / matériels, questions de validité / licéité, notions générales / spéciales, etc. Elle s'accroît encore quand il s'agit des effets de cette super-légalité internationale. Nullité et criminalité de toute attitude contraire, peut-être. Mais encore : s'il y a un corps de normes "absolues", corps par ailleurs croissant, qu'advient-il de la collision entre normes absolues ? Y a-t-il une hiérarchie dans la hiérarchie ? Si l'obligation est *erga omnes*, quels droit accorder aux tiers non directement lésés : un *jus standi* généralisé, le droit à réclamer réparation, le droit d'adopter des contre-mesures ? Quel rapport entre l'action individuelle et institutionnelle, par exemple à travers le Conseil de

Sécurité ? L'une est-elle subsidiaire à l'autre ? Si ce n'est pas le cas, qu'en sera-t-il en situation de conflit entre les mesures prises à titre individuel et les mesures collectives ? Jusqu'à quel point ces dernières doivent-elles l'emporter ?¹⁹ Toujours en cas d'obligations *omnium*, l'auteur d'une violation du droit peut-il être tenu en réparation par tous les États ? Comment apprécier alors les quotes-parts ? En cas de contre-mesures, comment mesurer la proportionnalité : individuellement ou collectivement ? L'État directement lésé perd-il le droit de libérer l'auteur du fait illicite en renonçant à faire valoir sa responsabilité ? Faut-il une renonciation de tous les États pour arriver à ce résultat, ce qui signifierait prolonger considérablement un état d'incertitude juridique ? Si un État est satisfait avec les réparations offertes *pro toto*, quel est le statut juridique des autres États ? Comment contrer le danger de cumul de mesures punitives ou quasi-punitives ? Les questions sont nombreuses. Il ne s'agit pas ici de récuser des concepts à bien des égards nécessaires, mais de montrer les déficits cinglants d'organisation positive et l'apathie d'une doctrine qui croit avoir épuisé le problème après quelques incantations rituelles des "valeurs fondamentales de la communauté internationale".

d. L'éclatement de la normativité internationale

Le droit international est à la fois polynormatif et fragmenté. L'absence de législateur rend impossible une gestion unitaire et cohérente de la normativité internationale. D'un côté, le droit international connaît une prolifération de normes sur un même objet : normes spontanées (coutume) et normes posées (traités), normes en voie de dépérissement, normes en voie de formation et normes positives, normes juridiques et quasi-juridiques, pluralité de régimes différenciés selon le cercle de parties, etc. Avec ce dernier aspect, la polynormativité aboutit à la fragmentation. Le droit international connaît relativement peu de normes universelles. La

¹⁹ La question s'est déjà posée en matière de légitime défense individuelle en relation avec les prérogatives du Conseil de Sécurité : la Bosnie-Herzégovine fit valoir que l'embargo d'armes décrété par le Conseil mettait en danger sa capacité de se défendre et donc son auto-conservation.

plupart de ses normes ne s'appliquent qu'entre des sujets déterminés, soit bilatéralement ou multilatéralement, par accord, reconnaissance, coutume spéciale, engagement unilatéral, régime particulier (acquiescement, prescription, estoppel, droits historiques), etc. Même quand des normes générales existent, elles restent soumises à des modifications *inter partes* par accords dérogoratoires, pratique subséquente modificative, acquiescement et estoppel, des réserves, l'objection persistante à une coutume en formation, des engagements unilatéraux, des effets permissifs issus du *soft law* que certains États peuvent faire valoir, et ainsi de suite. La normativité située, particulière ou bilatérale, est prolifique en droit international. Elle pousse spontanément et avec densité. Elle tisse en permanence un lierre de rapports spéciaux, au-dessus et au-dessous des sources du droit international général. Dès lors, une vision uniforme du droit est condamnée : en l'absence d'une instance centralisée pourvue d'attributions obligatoires, le droit international se compose de faisceaux d'actes unilatéraux, bilatéraux et multilatéraux d'États souverains qui se croisent et se rencontrent aux fins d'une kaléidoscopique production d'effets de droit. La bilatéralité structurelle des relations juridiques internationales se voit aussi dans le fait que le droit international privilégie le concept de non-opposabilité d'un acte irrégulier plutôt qu'une nullité qui opérerait *erga omnes*. Les solutions relativistes l'emportent en cette matière de loin sur celles objectivistes – le choix des conséquences est largement laissé à l'État lésé. Il peut déterminer les effets d'un acte par voie de reconnaissance ou non-reconnaissance. En cela aussi appert la structure de droit privé plutôt que de droit public propre au droit international.

La prédominance d'un droit issu de faits (coutume) sur le droit volontaire (loi, traité), la fragmentarité et les fins politiques du droit international aboutissent à une autre de ces caractéristiques : sa lacunarité. Droit accommodant les relations publiques entre souverains, son développement est toujours resté subordonné aux consonances d'intérêt entre États, à leur volonté commune de poser une règle, ou à leur conviction partagée qu'un certain type de conduite est recommandable parce qu'utile. Dans un tel contexte, il est compréhensible que de très nombreuses lacunes matérielles

soient restées béantes au sein du corps du droit international. Ce peut être le cas soit par absence totale de règles (par exemple au début du XX^{ème} siècle, la question de la prescription libératoire), soit par des divergences trop fortes d'intérêts et de pratiques qui condamnent l'existence d'une règle générale claire (par exemple dans les années 1970 la question de la mesure de compensation pour expropriation), soit enfin par absence de règle commune entre les parties en cause dont la position juridique est déterminée par des sources différentes alors qu'une règle générale fait défaut (par exemple en certaines matières économiques entre les États occidentaux et ex-socialistes d'Europe orientale). La lacune ne touche donc pas exclusivement à l'absence totale de règle juridique mais couvre aussi des cas d'absence de règle applicable aux parties à un litige. A la fragmentarité s'ajoute ainsi l'incomplétude de la normativité internationale. Certains auteurs sont allés tellement loin dans la mise en exergue de cet aspect qu'ils ont préféré le terme de carence à celui de lacune :

“La lacune est comparable à la fissure d'un mur facile à combler, tandis que l'ensemble du droit international fait figure d'un palais inachevé auquel il manquerait des éléments essentiels tels qu'une partie du toit ou un escalier pour qu'il puisse remplir normalement son rôle”.²⁰

Le droit international est ensuite un droit truffé de régimes d'exception et de clauses de sauvegarde utilisées aux fins d'une individualisation de la norme aux exigences politiques particulières des États. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, les sept traités bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne contiennent une série de clauses de sauvegarde, par exemple en matière de libre circulation des personnes. La Suisse a insisté sur ces flexibilités qui lui donnent la possibilité de prendre des mesures dérogatoires unilatérales en cas de “circonstances exceptionnelles”, parce que sans ces soupapes de sûreté, les traités auraient risqué de ne pas passer le seuil de l'approbation populaire.

Mentionnons encore qu'à côté de la polynormativité qui concerne la pluralité de sources sur un aspect donné, le droit international se

²⁰ E. GIRAUD, *RCADI* 110 (1963) III, p. 584.

caractérise aussi par une inflation de normes toutes catégories confondues. Le depositaire de traités des Nations Unies ne publie plus depuis un certain temps l'avalanche d'accords techniques qui se concluent tous les jours. C'est surtout à ce niveau subordonné que la multiplication des normes est imposante. Elle concerne cependant souvent plus le droit interne que le droit international, ces normes ayant vocation à s'appliquer à l'intérieur des États. Toutefois, même sur le plan général, la multiplication normative est importante. Elle est amplifiée par la fragmentation des normes ainsi créées.

Tous les aspects mentionnés conduisent à l'insécurité juridique ou pour le moins la renforcent.

Parfois l'insécurité s'installe à travers des mécanismes à première vue anodins. P. Weil a insisté sur le fait que la tendance prononcée de la prééminence du droit coutumier sur le droit conventionnel peut conduire à réduire à néant la certitude que les parties avaient recherché en concluant la convention.²¹ Il est en effet notable que les opérateurs juridiques et notamment le juge international (la Cour internationale de Justice, les arbitres, les tribunaux pénaux *ad hoc*) cherchent de manière croissante, depuis les années 1980, à contourner les limites inhérentes au droit conventionnel (surtout *ratione personae*) en postulant qu'une norme de même contenu existe aussi sur le plan du droit coutumier. Nombre de normes conventionnelles sont ainsi déclarées exprimer le droit international coutumier sans qu'une analyse réelle de la pratique internationale ne vienne étayer ce constat. Or le droit coutumier impose alors ses propres caractéristiques aux normes conventionnelles ainsi dédoublées. Il altère la signification de la ratification ou de l'entrée en vigueur, le régime des réserves, la distinction entre un projet de traité et le traité lui-même, la réciprocité telle que contenue dans l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), l'effet relatif des normes conventionnelles, la signification des mécanismes de mise en œuvre prévus par la Convention, etc. Les incertitudes sont amplifiées si les normes conventionnelle et coutumière n'ont pas un contenu exactement identique. On peut songer ici à l'affaire du *Nicaragua* (1986) tranchée par la Cour

²¹ Cf. P. WEIL, *RCADI* 237 (1992) VI, pp. 179ss.

internationale de Justice. Tous ces facteurs concourent à remettre en cause la sécurité relative que les parties avaient cherché à créer par le traité. Le chevauchement des sources introduit dans la matière une série d'incertitudes et d'incongruences, aboutissant à une complexité plus grande de la situation juridique. Souvent, cet état des choses est inévitable et s'identifie à la polynormativité du droit international. La sécurité juridique en tant que sécurité de l'accord commande toutefois de tenir compte de ses exigences propres quand l'opérateur est tenté de conclure au caractère coutumier de normes conventionnelles avec trop de facilité.

e. L'individualisation de la normativité internationale

En droit international, la très nette prédominance des situations particulières sur les situations générales conduit à des normes plus situées, plus proches des circonstances spécifiques des espèces. C'est des normes moins typiques, moins abstraites et moins générales qu'ailleurs. Cette caractéristique du droit international y accuse l'insécurité juridique. A mesure qu'une norme se rapproche des circonstances infiniment variables des espèces elle perd de sa force directrice. Ses applications se font moins prévisibles. Elle s'irise comme une goutte d'eau au soleil sous la lumière des particularités auxquelles elle s'ouvre.

Il y a ici un double mouvement, micro- et macroscopique.

(1) D'abord, sur le plan microscopique, toute norme juridique (ou tout complexe de normes) se situe à une place précise dans le spectre dont les pôles extrêmes, anti-juridiques dans leur pureté, sont les suivants :

- (a) abstraction complète de la règle par rapport aux circonstances particulières de l'espèce, formalisme rigoureux (normes complètement fermées) ;
- (b) individualisation de la norme aux circonstances uniques des espèces aboutissant à des considérations d'*unicum* (norme complètement ouverte).

Dans les deux cas, la norme perd de sa normativité : elle se réduit à un automatisme dans le premier cas, à une décision dans le

second. En réalité les normes juridiques se situent toujours quelque part entre les deux pôles. L'écart entre la norme et les activités sociales spontanées, inhérent à la règle juridique qui vise à la simplification, à la réciprocité et à la sécurité, varie selon les matières. Le caractère typique et impersonnel des règles imprègne le droit civil tandis que le caractère circonstanciel prédomine en droit constitutionnel. La sécurité juridique qui y va de pair s'accroît dans le premier cas, alors qu'elle diminue dans le second.

(2) Sur le plan macroscopique, c'est l'ordre juridique entier qui est l'objet de l'analyse. Tout ordre juridique oscille en permanence entre valeurs au respect égal desquelles il se prépose :

- (a) entre généralité, typicité, sécurité juridique, égalité, normativité d'un côté, et
- (b) individualité, équité, prise en compte des différences, factualité de l'autre.

A chaque instant chaque ordre juridique les réalise de manière et à des degrés différents. Moins un ordre juridique est évolué, plus l'emprise du politique y est grande et les rapports qu'il régit irréguliers ou fortement particularisés, et plus il tendra vers le spectre de l'individualisation. Le droit international sacrifie plus que d'autres la sécurité et la certitude à des exigences d'individualisation normative.

f. L'unilatéralité de la normativité internationale

Ce qui est visé ici, c'est le pouvoir laissé aux États de déterminer unilatéralement le contenu des obligations assumées. La modalité ordinaire de la mise en œuvre du droit international est l'*auto-détermination* sans possibilité régulière de contrôle par un juge. Dès lors, à la fragmentation des règles internationales sur le plan normatif s'ajoute la fragmentation par des interprétations subjectives multiples et centrifuges. L'intérêt de bien respecter les normes convenues, qui peut exister, ainsi que les contraintes de la réciprocité tempèrent quelque peu l'exercice de ce pouvoir

unilatéral. Il n'en demeure pas moins qu'il influe sur le droit comme facteur d'insécurité et d'incohérence. L'insécurité provoquée par l'auto-interprétation ne se limite pas à la multiplication des significations attachées à une norme, mais bien au-delà dans les différends auxquels elle ne manque pas de donner lieu. Ainsi, divers litiges, comme le statut territorial de Gibraltar ou des Falkland / Malouines, controversés depuis parfois des siècles, demeurent incertains à la lumière du droit international, chaque partie s'accrochant à son interprétation des faits et du droit, tout en résistant à une solution judiciaire ou arbitrale du litige.

g. Les espaces de discrétion dans la normativité internationale

Dans nombre de domaines, le droit international fait déférence à la souveraineté de l'État en ne prévoyant que des normes-cadre qui confèrent des droits discrétionnaires. Les États se voient gratifier d'un pouvoir ou d'une faculté sans être grevés d'un devoir. Les conditions de l'exercice de cette faculté sont formulées de manière assez générale, afin de laisser de l'espace aux motivations politiques des États. Tout au plus y aura-t-il certaines conditions négatives, précisant dans quels cas le pouvoir conféré ne peut *pas* être exercé. Les conditions de l'exercice de ces compétences restent largement indéterminées. Dans un droit qui contient un nombre important de normes d'habilitation de ce genre et moins de normes fixant des obligations substantielles, la sécurité juridique pâtit.

Les actes dont il s'agit peuvent avoir une grande importance juridique. Un exemple en est la *reconnaissance* de nouveaux États. Le droit de reconnaître reste largement discrétionnaire, l'ordre juridique se bornant à encadrer la politique et à limiter l'espace laissé à la libre appréciation par quelques normes négatives sur la reconnaissance prématurée, le devoir de non-reconnaissance en cas de violation de normes fondamentales du droit international, peut-être l'interdiction de l'abus de droit. Or la reconnaissance a des conséquences juridiques importantes, notamment dans certains droits internes :

(1) les tribunaux peuvent être liés par la reconnaissance ou la non-reconnaissance de l'exécutif, ce dont dépend si les actes publics de

l'État étranger s'imposeront comme tels ou pourront être pris en compte ;²²

(2) des traités suspendus peuvent à nouveau être appliqués ;

(3) l'État reconnu acquiert le *jus standi* devant les tribunaux internes, droit qu'auparavant il pouvait ne pas posséder ;

(4) l'État reconnu acquiert l'immunité juridictionnelle qui selon le droit interne pouvait lui faire défaut auparavant.²³

Toutes ces conséquences restent suspendues à un acte discrétionnaire, teinté de motivations politiques et qui peut se faire attendre pendant des décennies.

h. La normativité internationale en tant que normativité menacée

La menace à la normativité internationale est double : l'une vient du droit interne, l'autre existe au sein du droit international.

(a) Il a déjà été dit que le droit international est un droit essentiellement incomplet qui, comme nul autre, a besoin d'un ordre juridique complémentaire, le droit interne, pour sa mise en œuvre. Le droit international est normatif, non organique. Il établit des standards de conduite, mais doit très largement s'en remettre aux organes de l'État pour les mettre en pratique. Ce dualisme comporte des dangers pour le droit international. Le fonctionnaire et le juge internes sont des organes de l'État. Ils agissent au nom de l'État et du peuple dont ils ressortissent. Ils sont à la fois liés par la constitution ou les lois internes, souvent même quand elles s'opposent au droit international, et plus sensibles aux intérêts particuliers de la collectivité au service de

²² Cf. la décision du House of Lords britannique en l'affaire *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner and Keeler, Ltd. (no. 2)* (1966) : "It is a firmly established principle that the question whether a foreign state, ruler or government is or is not sovereign is one on which our courts accept as conclusive information that provided by Her Majesty's Government". Il peut donc s'ensuivre une non-prise en compte des actes publics de l'État non-reconnu ; cf. par exemple l'affaire *Luther c. Sagor* (1921), 1 KB, 456. Pour les États baltes et les tribunaux américains après leur annexion à l'URSS, cf. *AJIL* 37 (1943), pp. 585ss.

²³ Cf. pour le Royaume-Uni, L. OPPENHEIM, *International Law*, London, 9^{ème} édition, 1992, p. 159.

laquelle ils opèrent. D'où une menace constante de déséquilibres au détriment du droit international.

En premier lieu, le droit international peut être subordonné au droit interne dans le système des sources étatiques. Dans les systèmes dualistes, l'exécution interne d'un traité requiert un acte formel du législateur transformant la source internationale (traité) en source interne (loi), seule applicable par le juge. Tant que le Parlement n'aura pas agi, l'application interne du traité sera mise en échec. Il y a ensuite la question du rang de la source internationale une fois incorporée dans le droit interne. Ainsi, dans nombre d'États, notamment anglo-saxons, la loi interne, voire le précédent judiciaire, l'emportent en cas de conflit évident sur la norme de droit international.²⁴ Dans d'autres cas, la source internationale obtient le rang d'une loi en droit interne avec la conséquence qu'elle sera dérogée par la Constitution et même, le cas échéant, par toute législation postérieure dans le temps en vertu du principe de la *lex posterior*.²⁵ Beaucoup peut dépendre aussi de la volonté affichée du législateur. Les tribunaux choisiront une interprétation conforme au droit international pour autant qu'une intention claire du législateur de se départir de celui-ci n'ait pas été manifestée. S'il y a une telle intention, le juge interne se pliera à la volonté du législateur au détriment du droit international, car ce juge est d'abord un organe étatique, non un organe de la société internationale.²⁶

En second lieu, les organes internes tendront souvent à une interprétation "biaisée" des obligations internationales de l'État en déférence à des intérêts particuliers au service desquels ils sont tout d'abord préposés. Les exemples abondent en cette matière, que ce soit dans le droit des

²⁴ Cf. OPPENHEIM, *op. cit.*, pp. 58 et 61.

²⁵ Cf. pour la Suisse l'affaire *Schubert* (1973), *ASDI* 30 (1974), p. 110.

²⁶ Cf. *South African Airways c. Dole* (1987), US Court of Appeals, Columbia Circuit, *ILR* 82 (1990), pp. 319ss; *National Corn Growers Association c. Canada* (1988), Federal Court of Appeals (Canada), *ILR* 90 (1992), pp. 330ss; *Mississippi Poultry Association c. Michigan* (1993), US Court of Appeals, *ILR* 96 (1994), pp. 125ss; etc.

étrangers, en matière d'expropriation et de compensation adéquate ou dans la régularisation de projections extraterritoriales de lois internes. L'affaire *Hartford Fire Insurance Co. v. Californie* (1993) tranchée par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique en est un exemple.²⁷ La Cour suprême eut à se pencher sur la question de savoir si la législation d'*antitrust* américaine (c'est-à-dire le '*Sherman Act*') pouvait s'appliquer à un marché d'assurances étranger, régulé par du droit étranger. La Cour trancha la question par l'affirmative, affirmant en même temps que cette application extraterritoriale du droit américain suffisait au critère du "lien raisonnable" car le comportement visé avait des effets sur le marché américain et les entreprises britanniques concernées pouvaient pleinement s'y conformer sans violer le droit local (anglais). Que ce lien fût cependant ténu a été reconnu par le juge de la minorité, Scalia :

"rarely would these factors [les critères retenus pour le test du raisonnable] point more clearly against application of United States law. The activity relevant to counts at issue here took place primarily in the United Kingdom, and the defendants in these counts are British corporations and British subjects having their principal place of business or residence outside the United States. Great Britain has established a comprehensive regulatory scheme governing the London reinsurance markets, and clearly has a heavy interest in regulating the activity".²⁸

Encore plus massive était l'interférence extraterritoriale en l'affaire *Marc Rich* (1984). Des tribunaux américains²⁹ soumièrent une entreprise suisse domiciliée en Suisse (et ayant une filiale aux États-Unis) au devoir de présenter des documents contenant des secrets de fabrication, intransmissibles selon le droit suisse à tout organe étranger, sous astreinte de 50'000 dollars par jour. Le Conseil fédéral suisse se plaignit de ce qu'il s'agissait là d'une violation de la

²⁷ Cf. *ILR* 100, pp. 566ss.

²⁸ *Op. cit.*, p. 600.

²⁹ Dans le cadre d'une procédure pénale pour délits fiscaux.

souveraineté territoriale suisse. Il fit aussi valoir que les intérêts nationaux américains se voient régulièrement assigner la prépondérance sur les intérêts publics étrangers quand il s'agit de décider, aux États-Unis, du caractère raisonnable d'une application extraterritoriale de lois ou d'actes juridictionnels.³⁰

Il faut ajouter que la pression sur l'organe interne de respecter certains choix politiques fondamentaux de la collectivité étatique, fût-ce au détriment du droit international, peut être massive. Ce fut le cas, en Suisse, dans le contexte de la *lex Friedrich*. Certains cercles politiques s'étaient émus du fait qu'une proportion non négligeable du territoire national, notamment dans certaines régions du pays, fût possédée par des étrangers. S'ensuivit un débat politique important aboutissant à une loi restreignant l'accès aux biens immobiliers pour des étrangers. Cette loi fut approuvée par le peuple. Toutefois, le législateur avait oublié une série d'anciens traités d'établissement, datant du siècle dernier, et conclus avec des pays voisins, dont l'Autriche. Ces traités prévoyaient le libre droit d'établissement mutuel, avec la possibilité d'acquérir sans restrictions des biens-fonds. C'est ainsi qu'un citoyen autrichien, M. Schubert, contesta le refus des autorités de lui accorder le droit d'acquisition d'un immeuble. Il porta l'affaire devant les tribunaux en se fondant sur le Traité d'établissement entre la Suisse et l'Autriche du 7 décembre 1875. La position des tribunaux était délicate. La priorité du droit international, techniquement correcte, aurait de fait abouti à faire sauter la *lex Friedrich* issue d'une volonté politique claire, sanctionnée par le peuple. En effet, vu le nombre de tels anciens traités, la substance de la loi restrictive aurait largement été privée d'emprise effective. Finalement, le Tribunal fédéral, placé devant le dilemme, hésita à annuler de fait une loi votée en se fondant sur la priorité du droit international. Par une argumentation d'ailleurs formellement défailante³¹ et par trois

³⁰ Cf. ASDI 40 (1984), pp. 160ss.

³¹ L'aspect défailant est l'identification des traités internationaux à la loi pour échapper au contrôle de constitutionnalité au termes de l'article 113 (3) de la

voix contre deux, le Tribunal rejeta le recours de Schubert. Il ajouta ceci :

“Le législateur (la plus haute autorité étatique) peut toujours se départir volontairement de normes internationales afin d’adoucir des rigueurs ou de protéger des intérêts importants en pratique”.³²

(b) La deuxième menace à la normativité concerne la *continuité* du droit international sur le plan international. Les incertitudes qui accompagnent la succession d’actes juridiques sur le même objet et souvent entre parties différentes, succession qui pose le problème de conflits de normes et de priorité, ont déjà été évoquées (voir *supra*, b.). Il faut ajouter à cela les incertitudes qui naissent de la succession d’États, fréquentes ces dernières années. Pour ne parler que des traités et non des biens, dettes et archives d’État,³³ les cas de continuité automatique sont concurrencés par de très larges poches de rupture, où le choix est laissé à l’État successeur. D’autres fois encore l’accord entre les parties concernées s’avère nécessaire pour clarifier la situation juridique. Il en est ainsi tout d’abord pour déterminer s’il s’agit d’un cas de succession ou s’il y a plutôt une continuité de l’ancien État à travers l’un des États nouveaux. Dans ce domaine, les critères objectifs sont nombreux et incertains: taille de l’État “continueur”, maintien de symboles et de l’ordre juridique de l’ancien État, historique du “démembrement”, etc. Dès lors, la reconnaissance par des États tiers ou des organes internationaux joue un rôle essentiel. Aussi, il peut y avoir continuité pour certains États tiers qui l’admettent, alors que pour d’autres, qui ne l’admettent pas, la situation juridique sera différente. De même,

Constitution de 1874. Or l’article 113 (3) ne concerne que le rapport Constitution / loi, non celui loi / traité. Il ne préjuge donc en rien la question de la priorité du traité sur la loi. Tout au plus, l’article 113 (3) aurait pu fournir une base d’analogie pour affirmer la “non-contrôlabilité” totale de la loi par les tribunaux.

³² Cf. J. P. MÜLLER / L. WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, Berne, 2^{ème} édition, 1982, pp. 108-110 et *ASDI* 30 (1974), pp. 195ss.

³³ Où les incertitudes sont encore plus notables. Cf. à ce propos le Rapport de G. Ress à l’Institut de droit international, à paraître dans l’Annuaire de l’année 2001.

notamment dans le cas d'États nouvellement indépendants (ex-colonies) ou de sécessions, la pratique n'a pas admis la continuité automatique des engagements conventionnels. Dans ce contexte, les règles du *clean slate*, de l'accord *ad hoc*, de l'*opting in* par une déclaration unilatérale de succession ou de l'*opting out* par une déclaration de volonté après une phase d'application provisoire des traités ont trouvé application. Cette pratique signifie que pendant le laps de temps, parfois long, entre le moment de la succession et ces actes dispositifs ultérieurs, la situation juridique reste incertaine, car elle est en suspens. C'est vrai dans une certaine mesure aussi pour les cas où la succession automatique aux traités est appliquée. Cette règle n'était pas encore bien assise dans de nombreux contextes jusqu'à la décennie 1990. Dès lors, les États l'ont confirmée par des accords *ad hoc* bilatéraux comme devant être retenue entre eux pour une situation donnée. Tant que ces accords n'ont pas eu lieu, il demeure ici aussi une incertitude juridique.³⁴

i. La normativité internationale en tant que normativité controversée

Nulle part ailleurs qu'en droit international autant de controverses demeurent sur la vie de ses normes. Ces incertitudes ne concernent pas des questions marginales ou purement spéculatives. Il s'agit de questions pratiques : par exemple, la manière dont un traité peut donner vie à une coutume, ce qui pose une série d'interrogations, notamment à propos de l'*opinio juris*.

On peut songer aussi aux *principes généraux de droit* qui sont produits en tant que source principale du droit international dans l'article 38, paragraphe 1, lettre c, du Statut de la Cour internationale de Justice. Les controverses les plus vives et les constructions les plus diverses ont été avancées à propos de la nature et du rôle des principes généraux. Il a déjà été impossible de se mettre d'accord sur le fait de savoir si l'article mentionné épuise les principes généraux ou si en dehors de lui, il peut y avoir d'autres types de principes

³⁴ Pour une somme sur la pratique récente en la matière, cf. A. ZIMMERMANN, *Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge*, Berlin, 2000.

généraux ; si les principes généraux visés par l'article 38 sont exclusivement ceux du droit interne transférés au droit international par voie d'analogie ou aussi ceux existant déjà sur le plan international (par exemple le non-recours à la force) ; si les principes généraux constituent une coutume spéciale et doivent s'incorporer dès lors à la lettre b de l'article 38 (Scelle), voire même s'ils constituent uniquement des préceptes d'équité, glissant dès lors vers le paragraphe 2 dudit article (Kopelmanas) ; si les principes généraux constituent uniquement des règles d'interprétation (Makowski), voire même uniquement des sources matérielles, susceptibles de pousser vers une évolution du droit (Weil) ; si les principes généraux doivent être entendus comme principes matériels ou uniquement comme principes de technique juridique (par exemple *lex posterior*) (Tunkin, Sereni) ; si les principes généraux sont toujours d'application subsidiaire comme semble l'impliquer l'économie de l'article 38, ou s'il y a aussi des principes généraux suprêmes, applicables prioritairement ou au même titre que des normes conventionnelles ou coutumières (Verdross) ; si les principes généraux se bornent à être des normes applicables uniquement par la Cour internationale de Justice en vertu de l'autorisation spéciale contenue dans son Statut, ou s'ils sont une source de droit plus générale (Anzilotti, Morelli) ; etc.

2. L'insécurité structurelle

L'absence d'autorité supérieure capable d'imposer la légalité internationale, la tendance à l'instabilité qui en résulte et l'action permanente du pouvoir sur le droit, accusent en droit international le poids des *effectivités*. Le droit international cherche dans la consolidation normative du fait un élément d'ordre et de repos : *quieta non movere*. Cependant, le monde des faits est chaotique. Les faits se dressent de manière désordonnée avec toutes les échancrures, anfractuosités et reliefs d'une terre tourmentée. Leur consolidation en droit signifie que, malgré tout le lissage entrepris par l'ordre juridique, on importe dans celui-ci une série non-coordonnée de reliefs assez individualisés qui nuisent à sa cohérence et à son fonctionnement. La surface plate des eaux du droit se trouve

traversée de récifs sortis de l'eau et qui rendent l'espace incertain, difficile à la navigation. C'est d'ailleurs l'un des vecteurs du caractère individualisé du droit international. Ce facteur accroît l'insécurité juridique parce qu'il accuse la complexité et l'asymétrie du droit.

3. L'insécurité organique

Cet aspect concerne surtout la *securitas*, c'est-à-dire l'application et la sanction du droit. C'est le domaine de faiblesse traditionnel du droit international, parce que la mise en œuvre et la sanction du droit dépendent directement de l'existence d'organes centralisés, dotés de pouvoirs contraignants. Le droit international n'a pas d'exécutif propre, capable de veiller aux intérêts de la communauté internationale. Il doit s'en remettre aux organes internes qui, comme on l'a vu, sont d'abord les gardiens des intérêts et de la légalité étatiques. Le droit international ne possède pas non plus de juge régulier, contenant en dernier ressort l'auto-interprétation. Cet état des choses conduit à l'auto-protection et à l'auto-réaction des États, notamment par voie de contre-mesures. Elles accroissent considérablement l'insécurité juridique sous l'aspect de la *securitas*. Le droit international reste en fait assez largement tributaire d'un système de justice privée dont les graves insuffisances sur le plan du droit ont été vérifiées tout au long du moyen âge.

Les nombreux facteurs mentionnés contribuent à renforcer l'insécurité du droit international, droit faible quant à sa cohérence, à sa systématité, à sa "visibilité", à sa prévisibilité, à sa stabilité, à sa mise en œuvre. C'est la raison pour laquelle K. Zemanek a pu dire que la sécurité juridique internationale constitue en dernière analyse une chimère.³⁵

³⁵ RCADI 266 (1997), p. 288.

C. La sécurité juridique *inter partes*

Contrairement à la sécurité juridique générale, la sécurité de rapports bilatéraux est très prononcée en droit international. Elle correspond à des besoins particuliers d'un ordre juridique largement relativiste et interactif. La sécurité juridique s'attache ici à protéger l'attente légitime, la confiance, l'apparence, créées par un certain comportement extérieur, indépendamment d'une volonté non intelligibles pour le tiers.³⁶

a) L'idée de cette protection de la sécurité relative n'est pas nouvelle. Le droit romain s'y rattachait à travers les *bonae fidei iudicia* et la *publica fides*. Le concept *pacta sunt servanda*, développé à l'époque des lumières notamment par des internationalistes comme Grotius, repose sur la même idée. La nécessité de protéger la confiance légitime suscitée par l'apparence a été reconnue en droit international déjà par des anciennes sentences. Dans l'affaire du *port de Portendick* (1843) le ministre français de la marine et des colonies avait informé l'ambassadeur britannique à Paris qu'il n'existait aucune intention du Gouvernement français de fermer le port en question. Suite à des troubles survenus sur place dix mois après cette déclaration, le port fut soumis à un blocus. Le Royaume-Uni ne contesta pas la licéité de la fermeture mais se plaignit de l'absence de notification préalable. Cette notification semblait s'imposer avec davantage de force eu égard aux assurances données précédemment. Dans l'ignorance de la fermeture, plusieurs navires britanniques avaient appareillé pour Portendick et, ne pouvant mouiller le port, avaient subi des dommages. L'arbitre accorda une indemnité au Royaume-Uni pour cette absence de notification. La notification était due au regard de la confiance créée par les assurances antérieures.³⁷ Dans l'affaire

³⁶ Cf. R. KOLB, "La bonne foi en droit international public", *RBDI* 34 (1998), pp. 661ss, particulièrement p. 684 et R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, pp. 143ss.

³⁷ Cf. A. DE LA PRADELLE / N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Tome I (1798-1855), Paris, 1905, p. 526.

Schufeldt (1930) l'arbitre n'accepta pas qu'une concession pût être retirée en raison de certains défauts lors de son octroi lorsqu'elle a été appliquée pour longtemps, suscité des investissements importants du concessionnaire et créé dès lors une confiance légitime en sa validité.³⁸ De même, il a été rappelé qu'une législation longtemps restée inappliquée ne peut pas soudainement être invoquée pour sanctionner un ressortissant étranger, confiant en une abrogation de fait de la loi. Il faut d'abord prévenir de l'intention de changer de conduite.³⁹

b) Cette doctrine de la confiance légitime a été appliquée dans nombre de domaines. C'est le cas par exemple pour ce qui est des obligations préconventionnelles (article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) où les parties confient en une attitude loyale qui ne vise pas à vider la transaction envisagée de son objet et de son but par des mesures détournées. C'est la même idée qui demande à ce que des mesures conservatoires prises pour protéger l'utilité d'une instance judiciaire soient respectées. La doctrine a ensuite été appliquée à la ratification de traités par actes conclusants⁴⁰ ou dans le domaine des ratifications imparfaites, pour protéger la compétence apparente de l'organe concluant le traité, ou pour écarter une violation du droit interne, dans le processus de ratification, non apparente pour le tiers.⁴¹ Un traité peut être modifié de manière informelle par la pratique subséquente quand celle-ci crée des attentes légitimes.⁴² C'est toujours sur le besoin de confiance mutuelle que repose l'obligatorité des actes unilatéraux.⁴³ Il n'en va pas autrement

³⁸ Cf. *RSA*, II, p. 1094.

³⁹ Cf. l'affaire *D. J. Adams* (1921), *Annual Digest of Public International Law Cases* 1 (1919-1922), pp. 237-238, *obiter*.

⁴⁰ Par exemple en l'affaire *Textron* (1981), *Iran/U.S. Claims Tribunal Reports* 6, pp. 345-346 ; ou en l'affaire *Union of India c. Sukumar Sengupta* (1990), Cour suprême de l'Inde, *ILR* 92, p. 570.

⁴¹ Par exemple encore l'affaire *Textron* précitée, p. 345, l'affaire *Kamiar* (1966-1968), Cour suprême d'Israël, *ILR* 44, pp. 262-263 ou l'affaire *Guinée-Bissau c. Sénégal* (1989), *RGDIP* 94 (1990), pp. 246-247.

⁴² Par exemple en l'affaire de *l'interprétation de l'accord aérien franco-américain* (1963), *RGDIP* 69 (1965), pp. 249-250.

⁴³ Affaire des *Essais nucléaires*, CII, *Recueil* 1974, pp. 268 et 473.

pour les concepts très importants d'acquiescement normatif (doctrine du silence qualifié : *qui tacet consentire videtur si loqui potuisset ac debuisset*) et d'estoppel, applicables dans de nombreux contextes du droit international et notamment dans des litiges territoriaux ou à propos de titres historiques.⁴⁴

IV. CONCLUSION

De tout ce qui précède, on peut tirer au moins la conclusion que la sécurité juridique possède en droit international une tête de Janus : faible en tant que sécurité juridique générale, elle trouve tout son poids dans les rapports spécifiques qu'elle stabilise au bénéfice de la sécurité inter-subjective. La sécurité juridique en droit international est essentiellement une sécurité des rapports bilatéraux ou pour le moins spécifiques. C'est une sécurité davantage *ratione personae* que *materiae*. En cela réside la différence la plus marquante entre le droit international et le droit interne.

⁴⁴ Cf. par exemple l'affaire des *pêcheries norvégiennes*, C.I.J., *Recueil* 1951, pp. 138-139 ou l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, C.I.J., *Recueil* 1962, pp. 23, 27-28.

