UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 2011

Published version | Open Access

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

# La clausula rebus sic stantibus s'applique-t-elle aussi au droit international coutumier?

Kolb, Robert

**How to cite**

KOLB, Robert. La clausula rebus sic stantibus s'applique-t-elle aussi au droit international coutumier? In: Revue générale de droit international public, 2011, vol. 115, n° 3, p. 711–718.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44905

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

*RGDIP*, vol. 115, 2011, p. 711 – 718

# LA *CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS* S'APPLIQUE-T-ELLE AUSSI AU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER ?

par

**Robert KOLB**

*Professeur de droit international public à l'Université de Genève*

1. L'ancien problème de la *clausula* (ou de la doctrine *rebus sic stantibus*) est couramment thématisé dans le seul contexte des traités[1], dans lequel il a toujours eu droit de cité. Jadis, vers la fin du XIX$^{ème}$ siècle, il s'agissait d'un prétendu motif d'extinction de traités, à la fois général et menaçant. Certaine doctrine, notamment en Allemagne, concevait la *clausula* comme une espèce de condition tacite toujours présente, selon laquelle un traité ne liait un Etat qu'aussi longtemps qu'il y avait intérêt. Dès que cet intérêt disparaissait ou dès qu'une modification du droit interne intervenait, le traité devait fléchir devant les nouvelles nécessités de la vie[2]. On trouve une trace de cette conception dans la violation de la neutralité belge lors de la Première guerre mondiale. Nécessités vitales du peuple allemand d'un côté ; traité (chiffon de papier) de l'autre. Depuis lors, la *clausula* a reculé. Le droit international moderne lui a assigné une place étroite. Sa codification très restrictive dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT) de 1969 a achevé de la domestiquer. C'est vrai à tel point que la *clausula* n'a plus jamais pu être invoquée avec succès dans un différend international depuis le temps de l'adoption de la CVDT de 1969.

2. Comme en toute autre matière de droit international public, même dans les plus souvent traitées, subsistent des questions régulièrement laissées dans l'ombre, des *blind spots*. En matière de *clausula*, il en est ainsi par exemple de la question intéressante de son éventuelle applicabilité au droit coutumier.

[1] On pourra consulter à son égard l'excellente thèse de doctorat de C. RABL-BLASER, *Die clausula rebus sic stantibus im Völkerrecht* (thèse, Berne, 2011). La docteur entreprend une analyse exhaustive des fondements de la *clausula* depuis l'Antiquité, évoque toute la pratique internationale accessible et a consulté (dans un grand nombre de langues) toute la littérature accessible.

[2] On trouve des réverbérations de cette doctrine délétère jusqu'à ce jour, par exemple chez le juge (néo)conservateur de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, A. SCALIA : voir *Neue Zürcher Zeitung*, no 58, du 10 mars 2011, p. 9.

*RGDIP*, vol. 115, 2011, p. 711 – 718

# LA *CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS* S'APPLIQUE-T-ELLE AUSSI AU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER ?

par

**Robert KOLB**

*Professeur de droit international public à l'Université de Genève*

1. L'ancien problème de la *clausula* (ou de la doctrine *rebus sic stantibus*) est couramment thématisé dans le seul contexte des traités[1], dans lequel il a toujours eu droit de cité. Jadis, vers la fin du XIX$^{ème}$ siècle, il s'agissait d'un prétendu motif d'extinction de traités, à la fois général et menaçant. Certaine doctrine, notamment en Allemagne, concevait la *clausula* comme une espèce de condition tacite toujours présente, selon laquelle un traité ne liait un Etat qu'aussi longtemps qu'il y avait intérêt. Dès que cet intérêt disparaissait ou dès qu'une modification du droit interne intervenait, le traité devait fléchir devant les nouvelles nécessités de la vie[2]. On trouve une trace de cette conception dans la violation de la neutralité belge lors de la Première guerre mondiale. Nécessités vitales du peuple allemand d'un côté ; traité (chiffon de papier) de l'autre. Depuis lors, la *clausula* a reculé. Le droit international moderne lui a assigné une place étroite. Sa codification très restrictive dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT) de 1969 a achevé de la domestiquer. C'est vrai à tel point que la *clausula* n'a plus jamais pu être invoquée avec succès dans un différend international depuis le temps de l'adoption de la CVDT de 1969.

2. Comme en toute autre matière de droit international public, même dans les plus souvent traitées, subsistent des questions régulièrement laissées dans l'ombre, des *blind spots*. En matière de *clausula*, il en est ainsi par exemple de la question intéressante de son éventuelle applicabilité au droit coutumier.

[1] On pourra consulter à son égard l'excellente thèse de doctorat de C. RABL-BLASER, *Die clausula rebus sic stantibus im Völkerrecht* (thèse, Berne, 2011). La docteur entreprend une analyse exhaustive des fondements de la *clausula* depuis l'Antiquité, évoque toute la pratique internationale accessible et a consulté (dans un grand nombre de langues) toute la littérature accessible.

[2] On trouve des réverbérations de cette doctrine délétère jusqu'à ce jour, par exemple chez le juge (néo)conservateur de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, A. SCALIA : voir *Neue Zürcher Zeitung*, no 58, du 10 mars 2011, p. 9.

La *clausula* a été développée pour les traités. Elle y a toujours été confinée. Or, il est admis qu'elle peut s'appliquer dans certains cas par analogie. Il en est ainsi pour des traités entre d'autres entités que des Etats ; ou encore pour d'autres actes juridiques que des traités, comme des actes juridiques unilatéraux[3]. Peut-on également envisager une application analogique au droit international coutumier ? La pratique ne porte pas trace de ce problème. La doctrine ne l'évoque que très rarement. Il est le plus souvent soulevé dans le contexte différent de traités confrontés à du droit coutumier nouveau[4]. La doctrine souligne qu'une modification du droit coutumier, dérogatoire aux normes conventionnelles, pourrait s'analyser comme changement fondamental de nature juridique, susceptible d'induire une application de la *clausula* au traité porteur de dispositions désormais incompatibles avec les nouvelles normes coutumières. Le traité serait terminé et les normes coutumières incompatibles avec lui se verraient ainsi accorder une libre carrière. A cette situation, il est possible d'ajouter l'invocation de la *clausula* visant à induire une extinction concertée du traité ou à le suspendre dans le cas du développement d'une coutume parallèle non dérogatoire au traité. L'opération de la *clausula* serait en tout cas cantonnée au seul traité. Si les normes frappées par l'application de la *clausula* reflètent du droit coutumier (parallèle), ce dernier ne sera pas atteint par l'éventuelle caducité du traité. Le traité et la coutume sont des sources séparés et parallèles[5]. Dans cette dernière situation, contrairement à celle de la coutume dérogatoire, l'invocation de la *clausula* n'aurait donc pas nécessairement l'effet recherché. Libéré le cas échéant de l'obligation conventionnelle, l'Etat invoquant le changement fondamental resterait lié par les normes de même teneur du droit coutumier. Il se serait tout au plus défait des dispositions portant sur la procédure en cas de règlement des différends, celles-ci étant purement conventionnelles. Manifestement, il en irait autrement si l'applicabilité de la *clausula* au droit coutumier pouvait être admise. Les auteurs attaquant de front le problème de l'applicabilité de la *clausula* au droit coutumier sont toutefois des plus rares. L'un d'entre eux – le seul que nous ayons trouvé – est W. Wengler[6]. Dans un court passage il admet l'applicabilité de la *clausula* dans ce contexte. A bien regarder ses explications, il ne distingue toutefois pas nettement entre la modification du droit coutumier suite à des circonstances fondamentalement changées et l'exemption d'une norme coutumière du seul fait d'un tel changement.

[3] Voir par exemple J. D. SICAULT, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *RGDIP*, vol. 83, 1979, p. 654-655.

[4] Voir par exemple N. KONTOU, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, Oxford, 1994, p. 32-35 ; G. DAHM, J. DELBRÜCK, R. WOLFRUM, *Völkerrecht*, vol. I /3, 2ème éd., Berlin, 2002, p. 677-678.

[5] Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)*, CIJ, *Recueil*, 1986, p. 92ss.

[6] *Völkerrecht*, vol. I, Berlin / Göttingen / Heidelberg, 1964, p. 376-377.



3. Il peut paraître incongru de soulever le problème ainsi proposé à l'attention du lecteur, et ce sous au moins quatre angles de vue.

En premier lieu, il n'est pas illégitime de se demander pourquoi il faudrait agiter un problème dont la pratique ne porte pas de trace tangible. Si celle-ci est muette, c'est bien le signe que le problème n'existe pas, qu'il ne correspond pas à une réalité, qu'il ne vise pas un besoin effectif. Dès lors, pourquoi ne pas s'inspirer de la sagesse ancienne : *quieta non movere* ? A cette objection, il est toutefois loisible de répondre que le problème pourrait être soulevé à tout moment. La pratique témoigne d'ailleurs du fait que des changements importants ont souvent été invoqués pour contester des règles coutumières reçues. Il en fut ainsi, par exemple, de celles relatives à l'expropriation avec compensation financière intégrale. Elle a suscité la critique virulente d'une fraction non négligeable d'Etats nouveaux lors de la phase de la décolonisation. Si la *clausula* n'a pas à notre connaissance été invoquée dans de tels contextes jusqu'ici, il n'est pas exclu qu'un cas se présente à l'avenir. L'inventivité des Etats, lorsqu'il s'agit de se libérer d'obligations ressenties comme fâcheuses, n'est jamais à court d'arguments. De plus, il est permis de s'interroger sur des points de droit soulevant des questions théoriquement intéressantes, même à supposer qu'elles ne le soient pratiquement pas.

En second lieu, il est possible d'affirmer que la *clausula* n'est d'emblée pas charpentée de manière à suffire aux exigences et besoins d'une application au droit coutumier. De ce fait, *cadit quaestio*. Ainsi, il faut que certaines circonstances aient été une base essentielle du consentement à être lié par une obligation (en l'occurrence conventionnelle), comme en dispose l'article 62, § 1, lettre a), de la CVDT. Le fait qu'une circonstance soit la *conditio sine qua non* du consentement à être lié par la norme fait partie du code génétique de la *clausula*. Or, dans le droit coutumier, l'obligation ne découle pas d'un consentement donné en vue de certaines circonstances. La coutume n'est pas un acte juridique, soumis à un *do ut des* ; elle est un processus normateur. La coutume lie en fonction d'une pratique et d'une opinion juridique, non en fonction d'un consentement conditionné par une volonté intelligente qui en soupèse les requis. L'objection ainsi décrite n'est toutefois pas décisive. Comme en matière de principes généraux de droit transférés par analogie des ordres juridiques internes vers le droit international, il s'agirait ici d'une application de la *clausula* par analogie. Ce n'est dès lors que l'idée générale de l'extinction / suspension / exonération d'une obligation en fonction d'un changement fondamental de circonstances qui serait appliquée à la coutume, non l'entièreté détaillée du régime de la *clausula* telle qu'il est applicable aux traités.

En troisième lieu, il serait possible d'avancer l'argument selon lequel l'application analogique de la *clausula* est superflue, étant donné que les circonstances excluant l'illicéité codifiées aux articles 20 et suivants des Articles sur la Responsabilité de 2001 préparés par la CDI et entérinées par l'AGNU sont

La *clausula* a été développée pour les traités. Elle y a toujours été confinée. Or, il est admis qu'elle peut s'appliquer dans certains cas par analogie. Il en est ainsi pour des traités entre d'autres entités que des Etats ; ou encore pour d'autres actes juridiques que des traités, comme des actes juridiques unilatéraux[3]. Peut-on également envisager une application analogique au droit international coutumier ? La pratique ne porte pas trace de ce problème. La doctrine ne l'évoque que très rarement. Il est le plus souvent soulevé dans le contexte différent de traités confrontés à du droit coutumier nouveau[4]. La doctrine souligne qu'une modification du droit coutumier, dérogatoire aux normes conventionnelles, pourrait s'analyser comme changement fondamental de nature juridique, susceptible d'induire une application de la *clausula* au traité porteur de dispositions désormais incompatibles avec les nouvelles normes coutumières. Le traité serait terminé et les normes coutumières incompatibles avec lui se verraient ainsi accorder une libre carrière. A cette situation, il est possible d'ajouter l'invocation de la *clausula* visant à induire une extinction concertée du traité ou à le suspendre dans le cas du développement d'une coutume parallèle non dérogatoire au traité. L'opération de la *clausula* serait en tout cas cantonnée au seul traité. Si les normes frappées par l'application de la *clausula* reflètent du droit coutumier (parallèle), ce dernier ne sera pas atteint par l'éventuelle caducité du traité. Le traité et la coutume sont des sources séparés et parallèles[5]. Dans cette dernière situation, contrairement à celle de la coutume dérogatoire, l'invocation de la *clausula* n'aurait donc pas nécessairement l'effet recherché. Libéré le cas échéant de l'obligation conventionnelle, l'Etat invoquant le changement fondamental resterait lié par les normes de même teneur du droit coutumier. Il se serait tout au plus défait des dispositions portant sur la procédure en cas de règlement des différends, celles-ci étant purement conventionnelles. Manifestement, il en irait autrement si l'applicabilité de la *clausula* au droit coutumier pouvait être admise. Les auteurs attaquant de front le problème de l'applicabilité de la *clausula* au droit coutumier sont toutefois des plus rares. L'un d'entre eux – le seul que nous ayons trouvé – est W. Wengler[6]. Dans un court passage il admet l'applicabilité de la *clausula* dans ce contexte. A bien regarder ses explications, il ne distingue toutefois pas nettement entre la modification du droit coutumier suite à des circonstances fondamentalement changées et l'exemption d'une norme coutumière du seul fait d'un tel changement.

[3] Voir par exemple J. D. SICAULT, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *RGDIP*, vol. 83, 1979, p. 654-655.

[4] Voir par exemple N. KONTOU, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, Oxford, 1994, p. 32-35 ; G. DAHM, J. DELBRÜCK, R. WOLFRUM, *Völkerrecht*, vol. I /3, 2ème éd., Berlin, 2002, p. 677-678.

[5] Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)*, CIJ, *Recueil*, 1986, p. 92ss.

[6] *Völkerrecht*, vol. I, Berlin / Göttingen / Heidelberg, 1964, p. 376-377.



3. Il peut paraître incongru de soulever le problème ainsi proposé à l'attention du lecteur, et ce sous au moins quatre angles de vue.

En premier lieu, il n'est pas illégitime de se demander pourquoi il faudrait agiter un problème dont la pratique ne porte pas de trace tangible. Si celle-ci est muette, c'est bien le signe que le problème n'existe pas, qu'il ne correspond pas à une réalité, qu'il ne vise pas un besoin effectif. Dès lors, pourquoi ne pas s'inspirer de la sagesse ancienne : *quieta non movere* ? A cette objection, il est toutefois loisible de répondre que le problème pourrait être soulevé à tout moment. La pratique témoigne d'ailleurs du fait que des changements importants ont souvent été invoqués pour contester des règles coutumières reçues. Il en fut ainsi, par exemple, de celles relatives à l'expropriation avec compensation financière intégrale. Elle a suscité la critique virulente d'une fraction non négligeable d'Etats nouveaux lors de la phase de la décolonisation. Si la *clausula* n'a pas à notre connaissance été invoquée dans de tels contextes jusqu'ici, il n'est pas exclu qu'un cas se présente à l'avenir. L'inventivité des Etats, lorsqu'il s'agit de se libérer d'obligations ressenties comme fâcheuses, n'est jamais à court d'arguments. De plus, il est permis de s'interroger sur des points de droit soulevant des questions théoriquement intéressantes, même à supposer qu'elles ne le soient pratiquement pas.

En second lieu, il est possible d'affirmer que la *clausula* n'est d'emblée pas charpentée de manière à suffire aux exigences et besoins d'une application au droit coutumier. De ce fait, *cadit quaestio*. Ainsi, il faut que certaines circonstances aient été une base essentielle du consentement à être lié par une obligation (en l'occurrence conventionnelle), comme en dispose l'article 62, § 1, lettre a), de la CVDT. Le fait qu'une circonstance soit la *conditio sine qua non* du consentement à être lié par la norme fait partie du code génétique de la *clausula*. Or, dans le droit coutumier, l'obligation ne découle pas d'un consentement donné en vue de certaines circonstances. La coutume n'est pas un acte juridique, soumis à un *do ut des* ; elle est un processus normateur. La coutume lie en fonction d'une pratique et d'une opinion juridique, non en fonction d'un consentement conditionné par une volonté intelligente qui en soupèse les requis. L'objection ainsi décrite n'est toutefois pas décisive. Comme en matière de principes généraux de droit transférés par analogie des ordres juridiques internes vers le droit international, il s'agirait ici d'une application de la *clausula* par analogie. Ce n'est dès lors que l'idée générale de l'extinction / suspension / exonération d'une obligation en fonction d'un changement fondamental de circonstances qui serait appliquée à la coutume, non l'entièreté détaillée du régime de la *clausula* telle qu'il est applicable aux traités.

En troisième lieu, il serait possible d'avancer l'argument selon lequel l'application analogique de la *clausula* est superflue, étant donné que les circonstances excluant l'illicéité codifiées aux articles 20 et suivants des Articles sur la Responsabilité de 2001 préparés par la CDI et entérinées par l'AGNU sont

applicables. Aucune de ces dispositions ne fait place à un changement fondamental de circonstances. Il est permis d'interpréter ce fait comme un silence qualifié. Or, il faut souligner que les circonstances excluant l'illicéité représentent un corps de normes secondaires. Il s'agit d'une greffe normative sur les normes primaires du droit international, déterminant dans quels cas un Etat ne doit pas répondre par les conséquences ordinaires de la responsabilité d'un fait illicite qu'il aurait commis. En l'espèce, il s'agit en revanche d'un problème d'extinction ou de suspension de la norme primaire elle-même. La *clausula* opère à cet égard plus radicalement : elle atteint directement la norme primaire dans ses conditions d'existence. Il est dès lors possible de dire que le silence des Articles sur la responsabilité n'exclut pas automatiquement l'application de la *clausula* à la coutume. Il en est ainsi parce que le problème ne relève simplement pas du champ d'application des règles secondaires en matière de responsabilité.

En quatrième lieu, il est possible de souligner que la doctrine admet la *clausula* surtout vis-à-vis de conventions incorporant des transactions, régissant des droits particuliers, territoriaux (sauf frontaliers) et autres, etc. Elle est plus réticente de lui assigner une place dans le cadre des grands traités multilatéraux normateurs[7]. Si elle n'exclut pas l'application de la *clausua* à leur égard, elle estime en tout cas que ses conditions d'application sont encore plus difficiles à se réaliser dans ce contexte. Le consentement des Etats aux règles de la convention normative n'est pas donnée au regard d'avantages particuliers et transitoires. Il est dès lors plus difficile que des changements intervenus *post hoc* puissent remplir les conditions strictes posées à l'article 62 de la CVDT pour vicier le consentement donné. Dans une certaine mesure, cet argument s'appuie sur l'ancienne distinction, abandonnée à maints égards, des traités-loi et des traités-contrat. L'argumentation examinée peut être prolongée vers la coutume en affirmant que celle-ci règle le plus souvent des questions générales, qu'elle pose des règles à ambitus large, nécessaires pour le bon fonctionnement de la communauté internationale : diplomatie, guerre, traités, océans, environnement, etc. Leur extinction par la *clausula* serait impensable. Cette objection n'est pas dépourvue de poids et de bon sens. Il faut toutefois admettre qu'elle ne dispose pas radicalement de la question, mais se borne à indiquer une tendance, une probabilité. Il existe des coutumes fondamentalement normatives et générales ; mais il existe aussi des règles coutumières particulières, par exemple des droits de passage sur territoire étranger. Celles-ci semblent accessibles à la logique de la *clausula*. Même au plan général, certaines coutumes pourraient se voir affecter dans leur raison d'être par un changement fondamental de circonstances, par exemple des catastrophes écologiques d'une ampleur jusqu'ici inconnue. Il faut donc chercher à compléter la réponse pragmatique esquissée par une réponse de principe.

[7] Voir les références dans la thèse mentionnée à la note 1.



4. Considérons à ce stade quelques aspects du problème, sans tenter de l'épuiser. En premier lieu, il faut souligner le fait que la coutume, comme processus social plutôt qu'acte juridique, accuse une distance nettement moins grande par rapport aux faits sociaux que le traité. Le traité est fait pour durer. La sécurité et la stabilité des relations conventionnelles, centrées autour du roc *pacta sunt servanda* (et *pacta servanda sint !*, que les pactes soient observés !), sont une orientation essentielle du droit conventionnel. Les parties cherchent à stabiliser un segment de leurs relations réciproques en les extrayant des fluctuations de la vie et des pétitions de la politique de puissance. Elles tentent de les revêtir d'un acte juridique assurant une certaine inamovibilité, sauf les modifications obtenues par action concertée des contractants. Ainsi, le traité, acte juridique, a pour mission de creuser un distance entre son injonction et l'environnement social. C'est dire que les changements de celui-ci ne doivent en principe pas atteindre le traité, fait pour résister aux vents et aux marées. En contre-jour de cette rigidité et résistance au changement, il a été nécessaire de concéder équitablement une doctrine de la *clausula*. Celle-ci porte exception à la règle *pacta sunt servanda*. Elle aménage cette exception de manière très stricte.

Le droit coutumier n'est pas constitutionnellement orienté de la même manière à la stabilité et à la « distanciation » par rapport aux faits sociaux spontanés. Au contraire, il en vit et s'en nourrit. En ce sens, la coutume se caractérise par la flexibilité et la malléabilité. De surcroît, nombre de ses règles se situent à un certain niveau de généralité et doivent être concrétisées au cas d'espèce. D'autres, plus précises, connaissent des exceptions équitables et celles-ci à leur tour des sous-exceptions correctrices. Au regard de ce qui précède, on comprend qu'en principe la coutume est beaucoup plus directement réceptive aux changements fondamentaux de circonstances. Ceux-ci tendant à rétroagir directement sur le droit coutumier. Si un changement fondamental intervient, celui-ci aura immédiatement tendance à influencer la pratique des Etats en lui donnant une impulsion dans un nouveau sens. Dès lors, l'ancienne pratique et *opinio juris* disparaissent ; des nouvelles prennent leur place ; la coutume est du coup modifiée. Dans le monde moderne, le processus peut être des plus rapides. Au contraire, si la pratique des Etats ne change pas, il faut conclure qu'à leurs yeux le changement n'est pas fondamental. En quelque sorte, la *clausula* agit ici automatiquement et sans invocation, c'est-à-dire de manière endogène : si le changement est perçu comme fondamental, la pratique et l'*opinio juris* évoluent et la coutume est modifiée ; si tel n'est pas le cas, la pratique et l'*opinio juris* ne s'altéreront pas. La *clausula* est ainsi une partie intégrante du processus de formation et de modification de la coutume. Il y a ici un 'monisme processuel', là où il y a un 'dualisme formel' entre l'acte juridique et les causes de son extinction en matière conventionnelle. A cet égard, la *clausula* paraît comme un corps déjà digéré dans la coutume. Le plus souvent,

applicables. Aucune de ces dispositions ne fait place à un changement fondamental de circonstances. Il est permis d'interpréter ce fait comme un silence qualifié. Or, il faut souligner que les circonstances excluant l'illicéité représentent un corps de normes secondaires. Il s'agit d'une greffe normative sur les normes primaires du droit international, déterminant dans quels cas un Etat ne doit pas répondre par les conséquences ordinaires de la responsabilité d'un fait illicite qu'il aurait commis. En l'espèce, il s'agit en revanche d'un problème d'extinction ou de suspension de la norme primaire elle-même. La *clausula* opère à cet égard plus radicalement : elle atteint directement la norme primaire dans ses conditions d'existence. Il est dès lors possible de dire que le silence des Articles sur la responsabilité n'exclut pas automatiquement l'application de la *clausula* à la coutume. Il en est ainsi parce que le problème ne relève simplement pas du champ d'application des règles secondaires en matière de responsabilité.

En quatrième lieu, il est possible de souligner que la doctrine admet la *clausula* surtout vis-à-vis de conventions incorporant des transactions, régissant des droits particuliers, territoriaux (sauf frontaliers) et autres, etc. Elle est plus réticente de lui assigner une place dans le cadre des grands traités multilatéraux normateurs[7]. Si elle n'exclut pas l'application de la *clausua* à leur égard, elle estime en tout cas que ses conditions d'application sont encore plus difficiles à se réaliser dans ce contexte. Le consentement des Etats aux règles de la convention normative n'est pas donnée au regard d'avantages particuliers et transitoires. Il est dès lors plus difficile que des changements intervenus *post hoc* puissent remplir les conditions strictes posées à l'article 62 de la CVDT pour vicier le consentement donné. Dans une certaine mesure, cet argument s'appuie sur l'ancienne distinction, abandonnée à maints égards, des traités-loi et des traités-contrat. L'argumentation examinée peut être prolongée vers la coutume en affirmant que celle-ci règle le plus souvent des questions générales, qu'elle pose des règles à ambitus large, nécessaires pour le bon fonctionnement de la communauté internationale : diplomatie, guerre, traités, océans, environnement, etc. Leur extinction par la *clausula* serait impensable. Cette objection n'est pas dépourvue de poids et de bon sens. Il faut toutefois admettre qu'elle ne dispose pas radicalement de la question, mais se borne à indiquer une tendance, une probabilité. Il existe des coutumes fondamentalement normatives et générales ; mais il existe aussi des règles coutumières particulières, par exemple des droits de passage sur territoire étranger. Celles-ci semblent accessibles à la logique de la *clausula*. Même au plan général, certaines coutumes pourraient se voir affecter dans leur raison d'être par un changement fondamental de circonstances, par exemple des catastrophes écologiques d'une ampleur jusqu'ici inconnue. Il faut donc chercher à compléter la réponse pragmatique esquissée par une réponse de principe.

[7] Voir les références dans la thèse mentionnée à la note 1.



4. Considérons à ce stade quelques aspects du problème, sans tenter de l'épuiser. En premier lieu, il faut souligner le fait que la coutume, comme processus social plutôt qu'acte juridique, accuse une distance nettement moins grande par rapport aux faits sociaux que le traité. Le traité est fait pour durer. La sécurité et la stabilité des relations conventionnelles, centrées autour du roc *pacta sunt servanda* (et *pacta servanda sint !*, que les pactes soient observés !), sont une orientation essentielle du droit conventionnel. Les parties cherchent à stabiliser un segment de leurs relations réciproques en les extrayant des fluctuations de la vie et des pétitions de la politique de puissance. Elles tentent de les revêtir d'un acte juridique assurant une certaine inamovibilité, sauf les modifications obtenues par action concertée des contractants. Ainsi, le traité, acte juridique, a pour mission de creuser un distance entre son injonction et l'environnement social. C'est dire que les changements de celui-ci ne doivent en principe pas atteindre le traité, fait pour résister aux vents et aux marées. En contre-jour de cette rigidité et résistance au changement, il a été nécessaire de concéder équitablement une doctrine de la *clausula*. Celle-ci porte exception à la règle *pacta sunt servanda*. Elle aménage cette exception de manière très stricte.

Le droit coutumier n'est pas constitutionnellement orienté de la même manière à la stabilité et à la « distanciation » par rapport aux faits sociaux spontanés. Au contraire, il en vit et s'en nourrit. En ce sens, la coutume se caractérise par la flexibilité et la malléabilité. De surcroît, nombre de ses règles se situent à un certain niveau de généralité et doivent être concrétisées au cas d'espèce. D'autres, plus précises, connaissent des exceptions équitables et celles-ci à leur tour des sous-exceptions correctrices. Au regard de ce qui précède, on comprend qu'en principe la coutume est beaucoup plus directement réceptive aux changements fondamentaux de circonstances. Ceux-ci tendant à rétroagir directement sur le droit coutumier. Si un changement fondamental intervient, celui-ci aura immédiatement tendance à influencer la pratique des Etats en lui donnant une impulsion dans un nouveau sens. Dès lors, l'ancienne pratique et *opinio juris* disparaissent ; des nouvelles prennent leur place ; la coutume est du coup modifiée. Dans le monde moderne, le processus peut être des plus rapides. Au contraire, si la pratique des Etats ne change pas, il faut conclure qu'à leurs yeux le changement n'est pas fondamental. En quelque sorte, la *clausula* agit ici automatiquement et sans invocation, c'est-à-dire de manière endogène : si le changement est perçu comme fondamental, la pratique et l'*opinio juris* évoluent et la coutume est modifiée ; si tel n'est pas le cas, la pratique et l'*opinio juris* ne s'altéreront pas. La *clausula* est ainsi une partie intégrante du processus de formation et de modification de la coutume. Il y a ici un 'monisme processuel', là où il y a un 'dualisme formel' entre l'acte juridique et les causes de son extinction en matière conventionnelle. A cet égard, la *clausula* paraît comme un corps déjà digéré dans la coutume. Le plus souvent,

il ne serait ni nécessaire ni admissible de l'invoquer séparément. Il se fond dans les règles « primaires » de production du droit.

5. Au sein de la coutume, existent des règles universelles ou générales pour lesquelles une modulation de l'application n'est pas imaginable. Il en est ainsi à plus forte raison des normes encore renforcées par le caractère de *jus cogens*. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles la coutume (en plus du fait qu'elle n'est pas un acte juridique) ne fait pas l'objet d'une ratification, ne supporte pas de réserves, ne saurait être dénoncée ou que la doctrine de l'objecteur persistant continue à y être contestée et discutée. A l'égard de ces normes universelles, une application de la *clausula* au-delà du processus implicite mentionné dans le point 4 est difficilement imaginable, tant une logique d'exemption est incompatible avec les fondements normatifs de la communauté juridique internationale moderne que ces normes reflètent.

6. La situation se présenterait-elle autrement dans le cas de règles coutumières régissant des situations très clairsemées dans la vie des Etats, si bien que ces règles ne sont appliquées qu'à des grandes distances temporelles et somme toute très rarement ? Il peut s'écouler 30, 40, 70 années entre un cas d'application et le prochain. La pratique a ici moins d'occasions d'opérer directement la transformation de la règle selon le métabolisme indiqué au point 4. On peut penser à une institution juridique comme celle de l'angarie, qu'elle opère classiquement sur mer (navires) ou par analogie sur terre (aéronefs). Un Etat, confronté à l'application de cette règle dans un contexte entièrement nouveau, pourrait-il faire valoir un changement fondamental de circonstances, qu'il soit de fait ou de droit ? Le changement fondamental des circonstances peut-il ici opérer objectivement, en permettant d'écarter la règle ou de l'adapter peut-être ?

7. Dans le cas d'une règle générale de droit coutumier, il se peut que son extinction ne soit nullement en cause, mais qu'un Etat ou quelques Etats soient frappées particulièrement durement par un changement des circonstances. L'application de cette norme du droit international général leur est rendue particulièrement onéreuse et devient dès lors inéquitable. Dans ce cas, la norme est maintenue par la grande majorité des Etats, parce qu'elle continue à leur convenir. Sa modification n'est donc pas en cause. Peut-on imaginer que dans ce cas la *clausula* tienne une certaine place par analogie, par exemple en exemptant le cas échéant ces Etats particulièrement affectés de l'application rigide de la règle pendant un laps de temps donné ? Peut-elle opérer pour adapter la règle à leur égard, soit temporairement, soit définitivement (analogie avec l'article 69, § 4, de la CVDT, envisageant des relations bilatérales au sein de la norme coutumière générale) ? Il est évident que des règles impératives de droit international ne sauraient être sujettes à un tel régime. Comme cas potentiels d'application, on peut songer à des coutumes telles que celles sur l'expropriation contre *full prompt and effective* compensation « adaptées » à l'égard de quelques Etats décolonisés n'en ayant nullement les moyens, avant que leur nombre ne



devienne tel que la règle s'en est trouvée directement modifiée. Le changement fondamental de circonstances pourrait éventuellement être perçu ici dans l'indépendance d'Etats anciennement colonisés.

8. Les réflexions précédentes nous ont amené à identifier trois situations dans lesquelles la *clausula* pourrait avoir quelque rôle à jouer dans le cadre de normes coutumières. *Primo* (§3) : une coutume particulière, régissant des situations concrètes. *Secundo* (§6) : une coutume visant des situations très rares. *Tertio* (§7) : la situation de certains Etats face à une norme générale, s'ils sont particulièrement affectés par des changements radicaux qui ne touchent pas de la même manière le grand nombre des autres Etats concernés. Or, l'ancienne doctrine du XIX$^{ème}$ siècle, selon laquelle la *clausula* portait automatiquement extinction du traité ou que cette conséquence juridique s'ensuivait d'une simple notification unilatérale, a été expressément répudiée au XX$^{ème}$ siècle. La *clausula* ne donne plus droit qu'à une procédure dans laquelle les Etats parties à une convention peuvent et doivent s'accorder. Si l'un d'entre eux se refuse à toute procédure de règlement, en vertu du principe de la bonne foi et en tenant compte de l'effet utile, l'autre pourra en dernière analyse être autorisé à adopter des actes unilatéraux de terminaison ou de suspension. En dehors de cette hypothèse, tout unilatéralisme est exclu. Transposé par analogie à nos trois situations coutumières, cela signifie que les Etats affectés n'ont que la possibilité d'invoquer un argument de *clausula* par analogie pour tenter d'induire les autres Etats concernés à conclure avec eux un accord dérogatoire à, ou éventuellement « abrogatoire »[8] de, la règle coutumière en cause. Cet accord de dérogation ou « d'abrogation » peut être exprès ou tacite.

En somme, la *clausula* n'est pas une norme directement applicable au droit coutumier. Dans la majorité de cas, elle opère de manière endogène comme un moteur ou une source matérielle, induisant ou expliquant une transformation de la règle par une modification de la pratique et de l'*opinio juris*. Dans quelques autres cas où l'application de la *clausula* pourrait être équitablement envisagée, elle opère comme un motif de politique (juridique) tentant de motiver les autres Etats concernés de conclure avec des Etats spécialement affectés des régimes dérogatoires par voie d'accord. A défaut de tels accords, l'Etat affecté ne peut pas s'exempter de la règle coutumière. Une règle de droit coutumier qui le lui permettrait n'est en effet pas établie, à défaut de toute pratique concluante. Il lui reste évidemment loisible d'invoquer – si possible – des circonstances excluant l'illicéité ou de faire valoir d'autres arguments, par exemple la désuétude de la coutume portant sur des situations rares ou l'incompatibilité d'une coutume régionale avec de nouvelles normes impératives du droit international général.

[8] Les guillemets viennent du fait qu'une abrogation au sens formel du terme ne porte que sur un acte juridique, non sur une norme coutumière issue quant à elle d'un processus normateur. Mais il ne fait pas de doute que la coutume peut être portée à extinction par un acte juridique manifestant une *opinio juris* claire.

il ne serait ni nécessaire ni admissible de l'invoquer séparément. Il se fond dans les règles « primaires » de production du droit.

5. Au sein de la coutume, existent des règles universelles ou générales pour lesquelles une modulation de l'application n'est pas imaginable. Il en est ainsi à plus forte raison des normes encore renforcées par le caractère de *jus cogens*. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles la coutume (en plus du fait qu'elle n'est pas un acte juridique) ne fait pas l'objet d'une ratification, ne supporte pas de réserves, ne saurait être dénoncée ou que la doctrine de l'objecteur persistant continue à y être contestée et discutée. A l'égard de ces normes universelles, une application de la *clausula* au-delà du processus implicite mentionné dans le point 4 est difficilement imaginable, tant une logique d'exemption est incompatible avec les fondements normatifs de la communauté juridique internationale moderne que ces normes reflètent.

6. La situation se présenterait-elle autrement dans le cas de règles coutumières régissant des situations très clairsemées dans la vie des Etats, si bien que ces règles ne sont appliquées qu'à des grandes distances temporelles et somme toute très rarement ? Il peut s'écouler 30, 40, 70 années entre un cas d'application et le prochain. La pratique a ici moins d'occasions d'opérer directement la transformation de la règle selon le métabolisme indiqué au point 4. On peut penser à une institution juridique comme celle de l'angarie, qu'elle opère classiquement sur mer (navires) ou par analogie sur terre (aéronefs). Un Etat, confronté à l'application de cette règle dans un contexte entièrement nouveau, pourrait-il faire valoir un changement fondamental de circonstances, qu'il soit de fait ou de droit ? Le changement fondamental des circonstances peut-il ici opérer objectivement, en permettant d'écarter la règle ou de l'adapter peut-être ?

7. Dans le cas d'une règle générale de droit coutumier, il se peut que son extinction ne soit nullement en cause, mais qu'un Etat ou quelques Etats soient frappées particulièrement durement par un changement des circonstances. L'application de cette norme du droit international général leur est rendue particulièrement onéreuse et devient dès lors inéquitable. Dans ce cas, la norme est maintenue par la grande majorité des Etats, parce qu'elle continue à leur convenir. Sa modification n'est donc pas en cause. Peut-on imaginer que dans ce cas la *clausula* tienne une certaine place par analogie, par exemple en exemptant le cas échéant ces Etats particulièrement affectés de l'application rigide de la règle pendant un laps de temps donné ? Peut-elle opérer pour adapter la règle à leur égard, soit temporairement, soit définitivement (analogie avec l'article 69, § 4, de la CVDT, envisageant des relations bilatérales au sein de la norme coutumière générale) ? Il est évident que des règles impératives de droit international ne sauraient être sujettes à un tel régime. Comme cas potentiels d'application, on peut songer à des coutumes telles que celles sur l'expropriation contre *full prompt and effective* compensation « adaptées » à l'égard de quelques Etats décolonisés n'en ayant nullement les moyens, avant que leur nombre ne



devienne tel que la règle s'en est trouvée directement modifiée. Le changement fondamental de circonstances pourrait éventuellement être perçu ici dans l'indépendance d'Etats anciennement colonisés.

8. Les réflexions précédentes nous ont amené à identifier trois situations dans lesquelles la *clausula* pourrait avoir quelque rôle à jouer dans le cadre de normes coutumières. *Primo* (§3) : une coutume particulière, régissant des situations concrètes. *Secundo* (§6) : une coutume visant des situations très rares. *Tertio* (§7) : la situation de certains Etats face à une norme générale, s'ils sont particulièrement affectés par des changements radicaux qui ne touchent pas de la même manière le grand nombre des autres Etats concernés. Or, l'ancienne doctrine du XIX$^{ème}$ siècle, selon laquelle la *clausula* portait automatiquement extinction du traité ou que cette conséquence juridique s'ensuivait d'une simple notification unilatérale, a été expressément répudiée au XX$^{ème}$ siècle. La *clausula* ne donne plus droit qu'à une procédure dans laquelle les Etats parties à une convention peuvent et doivent s'accorder. Si l'un d'entre eux se refuse à toute procédure de règlement, en vertu du principe de la bonne foi et en tenant compte de l'effet utile, l'autre pourra en dernière analyse être autorisé à adopter des actes unilatéraux de terminaison ou de suspension. En dehors de cette hypothèse, tout unilatéralisme est exclu. Transposé par analogie à nos trois situations coutumières, cela signifie que les Etats affectés n'ont que la possibilité d'invoquer un argument de *clausula* par analogie pour tenter d'induire les autres Etats concernés à conclure avec eux un accord dérogatoire à, ou éventuellement « abrogatoire »[8] de, la règle coutumière en cause. Cet accord de dérogation ou « d'abrogation » peut être exprès ou tacite.

En somme, la *clausula* n'est pas une norme directement applicable au droit coutumier. Dans la majorité de cas, elle opère de manière endogène comme un moteur ou une source matérielle, induisant ou expliquant une transformation de la règle par une modification de la pratique et de l'*opinio juris*. Dans quelques autres cas où l'application de la *clausula* pourrait être équitablement envisagée, elle opère comme un motif de politique (juridique) tentant de motiver les autres Etats concernés de conclure avec des Etats spécialement affectés des régimes dérogatoires par voie d'accord. A défaut de tels accords, l'Etat affecté ne peut pas s'exempter de la règle coutumière. Une règle de droit coutumier qui le lui permettrait n'est en effet pas établie, à défaut de toute pratique concluante. Il lui reste évidemment loisible d'invoquer – si possible – des circonstances excluant l'illicéité ou de faire valoir d'autres arguments, par exemple la désuétude de la coutume portant sur des situations rares ou l'incompatibilité d'une coutume régionale avec de nouvelles normes impératives du droit international général.

[8] Les guillemets viennent du fait qu'une abrogation au sens formel du terme ne porte que sur un acte juridique, non sur une norme coutumière issue quant à elle d'un processus normateur. Mais il ne fait pas de doute que la coutume peut être portée à extinction par un acte juridique manifestant une *opinio juris* claire.

Ainsi, du point de vue juridique, la *clausula* ne joue qu'un rôle indirect dans la coutume. En un certain sens, elle y est encore plus effacée que dans les traités ; dans un autre sens, elle y est implicitement davantage présente. A bien regarder, elle n'en est en tout cas certainement pas complètement absente.

Ainsi, du point de vue juridique, la *clausula* ne joue qu'un rôle indirect dans la coutume. En un certain sens, elle y est encore plus effacée que dans les traités ; dans un autre sens, elle y est implicitement davantage présente. A bien regarder, elle n'en est en tout cas certainement pas complètement absente.