

Fondée par
Charles Rousseau
Professeur honoraire
à la Faculté de droit
de Paris

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
INTERNATIONAL
ET DE L'UNION
EUROPÉENNE
TOME 137

Dirigée par
Alain Pellet et
Jean-Marc Thouvenin
Professeurs à l'Université
Paris Nanterre

ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS ET FORMATION DU DROIT INTERNATIONAL

Denys-Sacha Robin

Préface de
Evelyne Lagrange

Prix de thèse de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Fondée par
Charles Rousseau †
Professeur honoraire
à la Faculté de droit
de Paris

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
INTERNATIONAL
ET DE L'UNION
EUROPÉENNE
TOME 137

Dirigée par
Alain Pellet et
Jean-Marc Thouvenin
Professeurs à l'Université
Paris Nanterre

ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS ET FORMATION DU DROIT INTERNATIONAL



Denys-Sacha Robin

Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre

Préface de
Evelyne Lagrange

Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Prix de thèse de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

LGDJ

un savoir-faire de
Lextenso



© 2022, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92 044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
ISBN : 978-2-275-10846-9

REMERCIEMENTS

Heureux qui comme Ulysse a fait un beau voyage... dirait le poète angevin. Il arrive un temps où l'on peut enfin remercier ses guides et toutes les personnes ayant compté durant le parcours aventureux que représentent l'écriture et la publication d'une thèse.

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à Madame la Professeure Evelyne Lagrange. Pour la thèse comme pour d'autres travaux, elle sait formuler de justes remarques ; qu'elles apportent une lumière immédiate ou infusent progressivement, elles finissent toujours par enrichir la réflexion. Plus généralement, sa grande disponibilité (chose précieuse dont on n'oserait abuser) et ses encouragements réguliers ont pesé dans la volonté de mener ce travail à son terme.

J'aimerais par ailleurs remercier les Professeurs Denis Alland, Gérard Cahin, Mathias Forteau et Raphaële Rivier pour avoir accepté de lire mon travail et d'en discuter en siégeant dans le jury de ma soutenance. J'en ai été très honoré et nos échanges, particulièrement stimulants le jour même, ont encore bien après contribué à mes réflexions.

J'ai une pensée pour tous les amis côtoyés durant ces années : les Parisiens, avec qui j'ai adoré besogner comme voyager ; les Angevins, sans qui l'ambiance aurait été à la fois moins sérieuse et moins heureuse ; ou les « Auvergnats » et assimilés, qui m'ont prêté des coins de table pour avancer et, surtout, m'ont nourri !

Je remercie également les membres de ma famille qui, de près ou de loin, m'ont vu travailler et, sans jamais interroger l'intérêt de la chose, m'ont constamment poussé à aller au bout, à faire au mieux tout en y cherchant du plaisir.

Enfin, il y a Émilie, ma relectrice la plus assidue et passionnée, et nos enfants, Elie, Nora et Léon, qui voient dans la rédaction d'un (gros) livre quelque chose de parfaitement héroïque, mais avec qui j'entends surtout savourer bien d'autres choses.

PRÉFACE

Les actes unilatéraux de l'État sont au nombre des oubliés de la nomenclature des sources du droit international sur la base desquelles la Cour permanente de justice internationale puis la Cour internationale de justice sont censées régler les différends qui leur sont soumis aux termes de l'article 38 de leur Statut. Il est pourtant en leur pouvoir de se faire, comme le dit joliment l'auteur du présent ouvrage, « bouches de la règle secondaire » non écrite qui permet et encadre à la fois la formation de normes internationales par le truchement d'actes unilatéraux des États. Cette règle secondaire pourrait-elle s'insérer demain en quelques mots dans une version actualisée de l'article 38 du Statut ? Aux lecteurs de se hasarder à la réduction des riches enseignements de l'ouvrage très personnel que signe Denys-Sacha Robin pour que ces actes puissent prendre place dans ce cadre figé depuis cent ans ! Ce pourrait être : « La Cour (...) applique les normes résultant d'actes unilatéraux d'un État remplissant les conditions d'opposabilité aux tiers ».

L'auteur, lui, n'a pas choisi d'orienter sa thèse soutenue le 3 décembre 2018 à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et publiée ici dans une version retravaillée vers une hypothétique révision du Statut. Son approche est doctrinale, aussi strictement que noblement, et le fait dialoguer pied à pied avec les auteurs qui ont nourri les grandes controverses sur les actes unilatéraux, entamées dans les années 1960 puis relancées par l'affaire des *Essais nucléaires*, comme avec Alexis Marie qui ne l'a précédé que de quelques années sur ce terrain escarpé avec une thèse intitulée *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté* (Pedone, 2018). La publication bienvenue de ce travail de longue haleine le rendra accessible aux juges et aux diplomates qui décideront, selon leurs propres critères, s'il convient de s'y référer soit en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, soit en tant que guide de la pratique d'un État qui s'apprête ou à émettre un acte unilatéral ou à considérer l'opportunité de réagir à l'acte unilatéral d'un pair.

Toute réflexion sur les actes unilatéraux des États engage une représentation de l'ordre juridique international dans son ensemble. Denys-Sacha Robin ne s'y dérobe pas.

Le point d'orgue de l'ouvrage – l'acte unilatéral de l'État qui n'est pas manifestement irrégulier produit un « effet de sommation » à l'égard des tiers qui doivent réagir sauf à ce que le piège de l'opposabilité se referme sur eux – pourrait suggérer que l'auteur ne rejette une approche strictement volontariste de l'acte unilatéral de l'État que pour mieux mettre en relief le rôle du rapport de forces dans la formation du droit international, et donc la part léonine qu'y prennent certains États. En effet, si la sommation a un sens juridique commun et précis qui s'insère dans le formalisme propre à l'ordre juridique interne, elle rime aussi

avec l'intimidation et la menace de l'exécution forcée, lorsqu'elle se combine avec le tir par exemple. Il est vrai que l'auteur ne s'intéresse qu'à des « actes de langage » qui ne sont assortis d'aucune menace et sont appréhendables avec tout le sérieux requis comme les vecteurs de « prétentions normatives ». Des prétentions complexes au demeurant puisqu'elles combinent à la fois la défense ou la promotion d'un intérêt plus souvent particulier qu'altruiste, la recherche d'un certain effet de droit circonscrit à la défense ponctuelle d'un intérêt et, parfois, la remise en cause de normes primaires, voire de la « norme d'habilitation » à laquelle elles s'adosent. L'empreinte de l'inégalité réelle entre les États, pourtant, ne s'efface pas si vite : en deçà du rapport de forces, le rapport de puissances opère. De toute évidence, le pouvoir prêté à l'État de sommer ses pairs de réagir à un acte qui vise par ricochet des effets normatifs proches ou lointains est inégalement distribué dans la société internationale. Dit autrement, il est probable que peu d'États puissants se sentent sommés de réagir à toutes les prétentions que des États qui ne le sont pas pourraient émettre en ordre dispersé, *a fortiori* lorsqu'elles recèlent des ferments de contestation de règles qu'ils jugent particulièrement utiles à la défense de leurs propres intérêts. De là, l'opportunité pour ces derniers d'agir plutôt en se coalisant, voire en tirant parti des règles majoritaires qui ont cours dans les organes intergouvernementaux pléniers des organisations internationales. Inversement, la capacité de réagir à toutes les sommations décelables dans les actes unilatéraux des pairs se concentre *a priori* entre les mains d'États pourvus d'appareils diplomatiques et d'administrations bien dotés en ressources de toutes natures, aptes à traiter l'information et à réagir rapidement. Denys-Sacha Robin ne nie pas ces différentiels politiques qui entretiennent des dynamiques politico-juridiques. Sa première partie en témoigne à suffisance. L'essentiel de son propos est cependant ailleurs.

Cette « sommation » est en effet à replacer dans un système dense de normes qui conditionne la contribution des actes unilatéraux des États (fût-ce surtout la contribution active de certains États) à la formation du droit international et, ce faisant, départage les actes qui ne dépasseront pas le stade de la prétention, les actes qui produiront les effets normatifs recherchés, les actes qui tomberont dans la catégorie des faits internationalement illicites. Dans ces conditions, si on les admet, la « sommation » peut être dégagée de ses connotations primitives : il s'agit d'un moment dans le commerce juridique qu'entretiennent les États, d'un temps dans le mouvement ininterrompu de création normative au sein d'un « ordre houleux », d'un signal auquel chaque État doit prêter une oreille fine.

Le présent ouvrage s'attache à décortiquer la nature et le régime de ces actes unilatéraux étatiques qui ne sont ni sertis dans le processus de formation conventionnelle des normes *stricto sensu*, ni entraînés dans le processus continu de formation-déformation des normes coutumières. Il propose de contempler et ordonner les actes unilatéraux de l'État qui, en eux-mêmes, sont susceptibles de produire un effet normatif propre. En cela, l'entreprise est audacieuse puisqu'elle conduit au rejet tant de la dichotomie entre les actes autonomes et les actes non autonomes que de l'approche retenue par la Commission du droit international dans ses Principes directeurs (2006), étroitement resserrée autour des actes unilatéraux autonomes. L'effet normatif produit par ces actes unilatéraux, soutient l'auteur, n'est pas tout entier contenu dans la volonté de l'État auteur. Subissant au contraire l'attraction conventionnelle, ces actes de langage ne sont d'ailleurs

que très exceptionnellement performatifs. Dit autrement, l'effet normatif des actes unilatéraux de l'État procède de ce que l'on serait tentée d'appeler une « diplomatie normative ». On entend par là l'art d'accommoder les tentatives sans cesse répétées des États d'ajuster les limites de leurs domaines de compétence, de leurs droits et de leurs obligations. Il s'agit d'une diplomatie différente de celle qui s'escrime sur le détail des textes dans les processus de négociation. Cette diplomatie-ci, nous dit l'auteur, est régulée côté émetteur, par des normes « d'habilitation » générales ou spécifiques qui conditionnent plus ou moins sévèrement le pouvoir légal de l'État d'émettre des prétentions normatives jouissant d'une présomption d'opposabilité et, côté récepteurs, par d'autres normes qui encadrent le cas échéant la faculté de rejeter, non moins unilatéralement, lesdites prétentions normatives. La trame de ces normes secondaires – qui semblent remplir une fonction de type constitutionnel dans la représentation de l'ordre juridique international que propose l'auteur, bien qu'il préfère les dépeindre comme du droit objectif – est à la fois suffisamment résistante et suffisamment élastique pour que la « sécurité juridique » soit garantie, sans que les velléités d'adaptation voire de subversion des normes primaires ou des règles de compétence soient complètement inhibées.

Si toute diplomatie bien comprise procède d'ajustements, certains ajustements normatifs sont négociés et consignés dans des instruments conventionnels mais d'autres non, parce que leur nature ne s'y prête pas ou que l'ajustement se réalise ou est refusé au terme d'un échange assez sommaire qui, du moins au moment *t* où la prétention normative reçoit une première réponse, ne garantit pas la prise en considération fine de tous les intérêts en jeu. Dans cette mesure, les rouages que Denys-Sacha Robin décrit avec subtilité demeurent encore très éloignés d'une « diplomatie des interdépendances », conçue comme « une théorie et pratique des égards ajustés »¹ entre États, et *a fortiori* entre États prenant dûment en considération les intérêts d'autres entités.

Avant de s'adresser un jour à des juges ou à d'autres praticiens, cet ouvrage est destiné, avec grande finesse et force typologies, à enrichir la compréhension et la didactique des actes unilatéraux en tant que vecteurs d'effets normatifs. Le premier cercle des lecteurs appartenant au monde académique ne manquera pas d'être sensible aux scrupules méthodologiques de Denys-Sacha Robin qui, dans une remarquable introduction, fait toute la transparence sur la construction de son objet d'étude et la sélection de ses outils d'analyse. Elle doit se lire comme une invitation au dialogue avec les auteurs qui l'ont précédé et ceux qui le suivront. Élégante, assurée mais... diplomatique, elle est bien dans les manières d'un auteur au sens le plus noble du terme qui signe avec cette thèse de haute ambition son entrée dans une carrière universitaire que l'on souhaite féconde, et pour lui et pour ceux qui suivront ses réflexions.

Evelyne LAGRANGE
Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

1. Notions empruntées à B. Morizot, auteur de *Diplomates. Cohabiter avec les loups sur une autre carte du vivant* (Wildproject, 2016) et *Manières d'être vivant*, Mondes sauvages, Actes Sud, 2020. Faut-il le préciser ? La référence à ce philosophe n'est sûrement pas dictée par l'idée vaine que les États seraient nécessairement entre eux dans un état de nature mais par la confiance dans la puissance de la diplomatie et son potentiel d'expansion, partagée amicalement avec l'auteur du présent ouvrage.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Add.	Addendum
ACDI	<i>Annuaire de la Commission du droit international</i>
AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
AIDI	<i>Annuaire de l'Institut de droit international</i>
AJDA	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
APD	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Bull.	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>
BYIL	<i>British Yearbook of International Law</i>
C. Cass	Cour de cassation
CDI	Commission du droit international
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CUP	Cambridge University Press
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
IDI	Institut de droit international
IHEI	Institut des hautes études internationales (Paris II)
ILM	<i>International Legal Materials</i>
ILR	<i>International Law Reports</i>
JDI	<i>Journal du droit international (Chnet)</i>
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations Unies
op. cit.	<i>Œuvre précitée</i>
ORD	Organe de règlement des différends de l'OMC
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
OUP	Oxford University Press
p. pp.	page(s)
préc.	Document précité
RBDI	<i>Revue belge de droit international</i>
RDP	<i>Revue de droit public</i>
RCADI	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international</i>

<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RQDI</i>	<i>Revue québécoise de droit international</i>
<i>RSA</i>	<i>Recueil des sentences arbitrales</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
SA	Sentence arbitrale
SFDI	Société française pour le droit international
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
UE	Union européenne
ZEE	Zone économique exclusive

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I LES CAUSES DES PRÉTENTIONS NORMATIVES

Titre I : Les causes subjectives des prétentions normatives

Chapitre 1. La poursuite d'intérêts endogènes

Chapitre 2. La poursuite d'intérêts exogènes

Titre II : Les causes objectives des prétentions normatives

Chapitre 1. Les prétentions visant l'interprétation ou la modification de leurs fondements

Chapitre 2. Les prétentions visant la création ou l'extinction de droits

PARTIE II LES CONDITIONS D'OPPOSABILITÉ OBJECTIVES DES PRÉTENTIONS NORMATIVES

Chapitre 1. Les conditions relatives à l'acteur et à l'action

Chapitre 2. Les conditions relatives aux champs d'application et des effets

PARTIE III LES CONDITIONS D'OPPOSABILITÉ RELATIVES DES PRÉTENTIONS NORMATIVES

Titre I : L'opposabilité des prétentions normatives comme instruments

Chapitre 1. Une opposabilité présumée : constat et conditions

Chapitre 2. L'effet de sommation des prétentions normatives

XIV ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS ET FORMATION DU DROIT INTERNATIONAL

Titre II : L'opposabilité des prétentions normatives comme produits

Chapitre 1. Les actes de protestation

Chapitre 2. Les actes d'acceptation

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

« (...) tout ici passe et s'écoule, le mouvement est l'essence de cette architecture, un mouvement concentré et orienté vers un but précis. Nous n'observons qu'un fragment du processus (...). Pour voir réellement quelque chose, il faudrait s'éloigner, prendre un recul considérable ; mais tout se passe à l'intérieur de la symétriade – matrice colossale et proliférante, où la création est incessante, où le créé devient aussitôt créateur, où des « jumeaux » parfaitement identiques naissent aux antipodes, séparés par des échafaudages babéliens et des milles de distances. Ici, chaque construction monumentale, avec une beauté dont l'accomplissement échappe à notre vue, est l'exécutant et le chef, les formes collaborent entre elles et influent à tour de rôle les unes sur les autres »¹.

« From the perspective of realistic description, the international law of the sea is not a mere static body of rules but is rather a whole decision-making process, a public order which includes a structure of authorized decision-makers as well as a body of highly flexible, inherited prescriptions. It is, in other words, a process of continuous interaction, of continuous demand and response, in which the decision-makers of particular nation states unilaterally put forward claims of the most diverse and conflicting character to the use of the world's seas, and in which other decision-makers, external to the demanding state and including both national and international officials, weigh and appraise these competing claims in terms of the interests of the world community and of the rival claimants, and ultimately accept or reject them. As such a process, it is a living, growing law (...) »².

1. Le droit international se présente à l'observateur comme un ordre houleux. Ses manifestations révèlent une sorte de perpétuel mouvement, difforme et intelligemment structuré à la fois. On ne se lasse pas de considérer cette étrangeté et cet arbitraire voulant que les choses soient ainsi ; « étonnement devant le droit », pour reprendre l'expression de P. Amselek, invitant à « réactiver résolument cette conscience léthargique que nous avons du monde et de nous-mêmes dans notre expérience ordinaire »³.

1. S. Lem, *Solaris*, 1961, trad. J.-M. Jasienko, Paris, Gallimard, 2002, pp. 89-90.

2. M. S. McDougal, « The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea », *AJIL*, vol. 49, 1955, n° 3, pp. 356-357.

3. P. Amselek, « L'étonnement devant le droit », *APD*, vol. 13, 1968, p. 167.

Cette vitalité du droit international repose en grande partie sur les comportements unilatéraux des États. Ils constituent des particules omniprésentes de la vie sociale internationale et contribuent de bien des manières à établir ce qui fait droit entre eux et avec d'autres sujets. Or, l'influence de ces comportements sur la définition et l'évolution du droit international est si présente que l'on tend soit à oublier les interrogations que le phénomène soulève, par l'effet d'une sorte d'accoutumance à l'incertitude, soit à ne prêter attention qu'à quelques cas patents. Les tentatives de conceptualisation de cette banalité insaisissable du droit international se sont fixées sur le point de savoir si et comment il convient de qualifier ces comportements d'actes juridiques unilatéraux, de « sources formelles »⁴ ou non et sur l'identification de leur(s) régime(s) juridique(s). Il ne semble pas inutile, cependant, d'interroger la méthode consistant à les rattacher à des catégories juridiques prédéterminées. Un tour d'horizon des enjeux soulevés par une étude des comportements unilatéraux étatiques (§1) invite à déterminer rigoureusement le cadre théorique dans lequel elle doit s'inscrire (§2). Ce n'est qu'à cette condition que l'on pourra prétendre poser et délimiter le problème lié au rôle de ces comportements dans leurs rapports avec le processus normatif international (§3) et, enfin, exposer la thèse soutenue et la structure du raisonnement proposé (§4).

§1. LES ENJEUX DE L'ÉTUDE

2. Un aperçu du phénomène dans la pratique permet de souligner les intérêts renouvelés d'une telle étude (A). D'un point de vue théorique, l'appréhension des comportements unilatéraux des États par la doctrine a permis l'élaboration et la confrontation de différentes approches systématiques (B). Toutefois, ces dernières se heurtent à d'importantes difficultés (C).

A. LES COMPORTEMENTS UNILATÉRAUX DES ÉTATS ET LES RAPPORTS DE DROIT EN PRATIQUE

3. Rares sont les internationalistes qui ne se sont pas intéressés d'une façon ou d'une autre aux comportements unilatéraux des États, juridiquement pertinents dans bon nombre d'hypothèses. En matière coutumière et conventionnelle, ils le sont à un double titre : celui des processus de formation des coutumes et traités en tant qu'ils constituent des procédés de production de normes d'une part (*i.e.* des sources formelles du droit international), et celui de la mise en œuvre de leurs contenus d'autre part, c'est-à-dire des normes qu'ils ont générées (1). À cela s'ajoutent

4. L'expression « sources formelles » du droit international peut éventuellement apparaître problématique car elle renvoie tantôt à un processus de formation du droit, tantôt à un acte juridique, tantôt aux normes qui en résultent, v. J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 12^e éd., 2016, pp. 42-43. V. aussi sur le rejet de l'expression « sources du droit », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, 1962, réédition, Paris, Bruylant, LGDJ, 1999, pp. 234-235. Pour ce qui concerne cette étude, sans en contester l'intérêt mais afin d'éviter toute confusion, l'expression décrit les procédés techniques reconnus de formalisation et consécration des règles de droit (assez classiquement, il en va ainsi, dans l'ordre international, des traités, coutumes, principes généraux de droit ou encore de certains actes d'organisations internationales). Sur ce thème, parmi les études à la fois d'ampleur et récentes, il est possible de citer les quatre volumes relatifs aux sources du droit revisités, en particulier le premier : I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), *Les sources du droit revisités, Volume 1. Normes internationales et constitutionnelles*, Limal, Anthémis, 2012, xiv-687 p.

des situations toujours plus nombreuses dans lesquelles des comportements unilatéraux déploient des effets en dehors des rapports de droit manifestement conventionnels ou coutumiers, et ce en raison du caractère non formaliste du droit international (2). Par ailleurs, que ce soit dans le premier cadre ou le second, les évolutions de la société internationale contemporaine tendent à accentuer les effets des comportements unilatéraux sur la formation et l'évolution du droit (3).

1. La double fonction des comportements unilatéraux dans le cadre du droit coutumier et conventionnel

4. Naissance et évolution des règles coutumières et conventionnelles – En premier lieu, les comportements unilatéraux étatiques contribuent directement au processus, parfois séculaire, de formation et transformation des règles coutumières. Il s'agit certainement de l'expression la plus ancienne et la plus éloquente de leurs effets dans l'ordre juridique international⁵. Il en va ainsi, par exemple, en droit de la mer et notamment des règles relatives à la délimitation de la mer territoriale qui sont le fruit des revendications et reconnaissances émises entre les puissances maritimes ; depuis le XI^e siècle où Venise prétendait exercer sa juridiction et lever des taxes sur l'intégralité de l'Adriatique, jusqu'à la formulation d'une règle plus répandue établissant la limite des délimitations unilatérales à 3 milles marins (la portée d'un coup de canon) à partir de la fin du XVIII^e siècle, puis 12 milles marins durant la seconde moitié du XX^e siècle⁶.

5. En second lieu, les effets des comportements unilatéraux des États s'illustrent dans le cadre de la création et de l'évolution des règles conventionnelles, à propos desquelles il convient de distinguer deux situations typiques. La première concerne la formation du traité sous un angle strictement formel, en tant qu'instrument adopté suivant une certaine procédure. En ce sens, les comportements directement liés à la vie et à la mort des traités envisagés comme des actes juridiques déterminés peuvent être vus comme unilatéraux : la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, la ratification et enfin la dénonciation ou le retrait⁷. Cependant, ils ne sont traités comme tels ni par la doctrine, ni en pratique, dès lors qu'ils sont les éléments d'une procédure complexe et pluripartite de formation d'un acte collectif, dont la condition essentielle d'existence réside dans un échange de volontés.

5. Pour une vue d'ensemble sur les problèmes posés par le processus coutumier, v. par ex. P. Hagenmacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, vol. 90, 1986, pp. 5-125 ; M. H. Mendelson, « The Formation of Customary International Law », *RCADI*, vol. 272, 1998, pp. 155-410 ; J. Kammerhofer, « Uncertainty in the Formal Sources of International Law : Customary International Law and Some of its Problems », *EJIL*, vol. 15, 2004, n° 3, pp. 523-553 ; R. Baker, « Customary International Law in the 21st Century : Old Challenges and New Debates », *EJIL*, vol. 21, 2010, n° 1, pp. 173-204.

6. Pour un résumé de l'évolution de la règle, v. par ex., M.-H. Renaut, *Histoire du droit international public*, Paris, Ellipses, 2007, pp. 39-40 ; M. Lafourcade (dir.), *La frontière des origines à nos jours*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1997, pp. 30-42 ; J.-P. Pancraccio, *Droit de la mer*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 150-155 ; F. Latty, « Du droit coutumier aux premières tentatives de codification », in M. Forteau, J.-M. Thouvenin (dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, spéc. pp. 37-39.

7. Les modes d'expression du consentement à être lié sont énumérés à l'article 11 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui évoque aussi, *in fine*, « tout autre moyen convenu ». La dénonciation ou le retrait sont évoqués aux articles 54 et 56. Ils sont possibles si le traité les prévoit ou peut être interprété comme tel. Mais l'article 54 précise également que l'extinction peut être convenue « par consentement de toutes les parties ».

À ce titre, leur régime dépend directement du droit conventionnel. À côté de ces comportements, d'autres sont également rattachés aux traités en ce qu'ils conditionnent la portée de leur contenu matériel. Ceux-ci constituent néanmoins des actes considérés comme unilatéraux, par le droit conventionnel lui-même, leur fonction consistant à tisser dans le cadre du traité dont ils relèvent des rapports normatifs individualisés entre ses différentes parties. Il s'agit des réserves et des déclarations interprétatives ainsi que des acceptations ou objections dont les premières font l'objet en retour⁸. La seconde situation illustrant les effets des comportements unilatéraux dans le cadre spécifique du droit des traités a trait au fait qu'ils sont susceptibles, selon un processus analogue à celui de l'évolution des coutumes, d'en préciser sinon d'en transformer le contenu. Comme l'a souligné D. Alland, « la conclusion définitive du traité ne signe pas la fin de l'histoire mais son début : son application et son interprétation unilatérales sont, sous certaines conditions, appelées à le modifier au cours du temps »⁹. La pratique subséquente à l'adoption d'un traité peut ainsi devenir par la force des choses une pratique dérogatoire consacrant une règle nouvelle et détruisant l'ancienne. L'exemple le plus célèbre est certainement celui de la modification de l'article 27, §3 de la Charte des Nations Unies, la Cour internationale de Justice (CIJ) ayant reconnu qu'en pratique, contrairement aux indications du texte, l'abstention d'un membre permanent du Conseil de sécurité ne pouvait faire obstacle à l'adoption d'une résolution¹⁰.

6. Application du droit coutumier et conventionnel – Pertinents pour l'élaboration et l'évolution des règles coutumières et conventionnelles, les comportements unilatéraux le sont également lorsqu'ils sont adoptés sur leur fondement. En ce sens, ils constituent des actes d'application du droit international. En pratique, soit les États se reconnaissent mutuellement le droit de réaliser certaines actions. C'est le cas lorsqu'ils délimitent en vertu des règles en vigueur du droit de la mer les différentes zones maritimes au sein desquelles s'exerceront leurs compétences ou encore lorsqu'ils interviennent exceptionnellement sur des navires étrangers situés en haute mer¹¹. Soit le droit coutumier ou conventionnel

8. Aux termes de l'article 2, §1 d) de la Convention de Vienne, « l'expression « réserve » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ». Leur régime ainsi que celui des acceptations et objections dont elles font l'objet est prévu aux articles 19 à 23. Le phénomène des déclarations interprétatives fut ignoré à l'époque de la rédaction de la Convention. Toutefois, la lacune a été récemment comblée par le « Guide de la pratique sur les réserves aux traités » adopté par la CDI en 2011, qui y consacre de nombreuses dispositions. Selon la directive 1.2, la déclaration interprétative se définit comme « une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions ». Le texte du Guide et ses commentaires sont reproduits dans le « Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session, 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011 », doc. A/66/10/add.1.

9. D. Alland, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 5^e éd., 2018, pp. 181-182.

10. CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec., §22.

11. Les exceptions coutumières à la compétence exclusive de l'État du pavillon sont : le droit de poursuite par l'État côtier (article 111 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982), le droit de visite sur des navires marchands par tout navire ou aéronef d'État en cas de soupçon de certaines infractions (article 110), la répression de la piraterie (article 100), l'intervention en cas d'abordage ou tout autre incident de navigation maritime (article 97). D'autres conventions

érige leurs comportements en actes-conditions dont l'objet est de déclencher l'application d'un régime prédéterminé. Il en va ainsi lorsqu'un État décide d'octroyer sa nationalité, d'immatriculer un navire, un aéronef ou un engin spatial, lorsqu'il occupe une terre sans maître dans le but de rendre son acquisition opposable aux autres États ou encore lorsqu'il émet une demande d'extradition sur le fondement d'un traité en vertu duquel l'État requis, si les conditions prévues sont satisfaites, sera tenu d'y procéder. Dans tous ces cas, les comportements unilatéraux des États s'analysent sous l'angle et selon les problématiques des compétences que le droit international leur reconnaît. Toutefois, chaque comportement fondé sur une règle peut également être considéré sous l'angle des effets générés pour la confirmation, l'interprétation ou la modification de celle-ci, selon le schéma précédemment évoqué. C'est donc leur valeur en tant qu'actes d'application *et* comme actes influençant les rapports normatifs qui permet d'illustrer leurs effets juridiques potentiels.

2. *Les effets des comportements unilatéraux dans les rapports de droit ni manifestement coutumiers ni manifestement conventionnels*

7. Caractère non formaliste du droit international – Dans le cadre d'une analyse de ses procédés de production, il est reconnu que le droit international n'est pas formaliste. Les États peuvent s'engager mutuellement sans nécessairement établir entre eux de traités qui seraient qualifiés comme tels uniquement au terme d'un parcours procédural normalisé dont on trouve l'expression la plus aboutie dans la Convention de Vienne de 1969. Ils n'ont pas non plus à attendre ni à invoquer formellement la cristallisation d'une coutume, dont la valeur découle d'un processus indéterminé. C'est dans cet interstice flou, situé entre le traité comme acte juridique type et la coutume, que les comportements unilatéraux étatiques jouent depuis longtemps un rôle aussi remarqué qu'incertain.

8. Vigilance historique des États dans leur pratique diplomatique – La pratique étatique en livre des illustrations relativement anciennes. Celles-ci démontrent l'attention traditionnellement portée par les autorités étatiques aux conséquences potentielles que leurs conduites pourraient entraîner sur le plan du droit. Sans nécessairement aller jusqu'à considérer qu'elles se sentaient tenues par des règles, leurs actions étaient à tout le moins dirigées par une détermination à s'assurer de la consistance et de la clarté de leurs positions juridiques, en accord avec leurs intérêts. Il en existe des traces variées dans le *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*. D'un côté, les documents reproduits révèlent une certaine frilosité de la part de certains États dont la France au moment de reconnaître la valeur des promesses formulées par d'autres¹². De l'autre, les actes de reconnaissance

peuvent prévoir un droit d'intervention visant à assurer les finalités spécifiques prévues par chacune d'elles (contrôle des stocks de pêche, répression de certains trafics, *etc.*). V. H. J. Kim, « La haute mer », in M. Forteau, J.-M. Thouvenin (dir.), *Traité de droit international de la mer*, *op. cit.*, spéc. pp. 428-430.

12. Par ex., à propos de la déclaration égyptienne du 24 avril 1957 relative au canal de Suez, M. Georges-Picot, représentant de la France au Nations Unies, déclarait lors de la séance du 26 avril 1957 du Conseil de sécurité : « [o]n nous dit qu'elle constitue un instrument international qui sera déposé et enregistré au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies. Mais une déclaration unilatérale, même enregistrée, ne peut très évidemment avoir d'autre portée que celle d'un acte unilatéral, (...) décrétée unilatéralement, la déclaration peut être modifiée ou annulée de la même façon », A.-C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, Éditions CNRS, 1962, tome 1, pp. 617-618, n° 1181.

semblaient ne soulever aucun débat quant à leur valeur juridique¹³. Entre ces deux extrêmes, il fut néanmoins admis que des comportements tels que les acquiescements, les protestations ou les renonciations étaient susceptibles d'emporter de véritables conséquences juridiques. Ainsi, les autorités françaises ont pu considérer que les Puissances parties au Traité de Berlin de 1878 et ayant par la suite pris part à la rédaction de la Constitution de la Bulgarie avaient donné leur consentement silencieux à la remise en cause de l'une de ses dispositions¹⁴. S'agissant de la protestation, les États présents au Congrès de Vienne de 1815, notamment la France et le Royaume-Uni, considéraient qu'un tel comportement leur permettait d'assurer la conservation de leurs droits face aux violations des traités par la Russie¹⁵. Enfin, la possibilité de renoncer unilatéralement à un droit fut envisagée de façon tout aussi explicite. Par exemple, trois des puissances victorieuses de la Seconde guerre mondiale (les États-Unis d'Amérique, la France et le Royaume-Uni) ont déclaré abandonner le bénéfice de certaines des dispositions du Traité de paix de Paris de 1947 qui soumettaient l'Italie à diverses sanctions et restrictions militaires¹⁶.

9. Positions incertaines des gouvernements sur la valeur juridique des comportements unilatéraux – Plus récemment, dans le cadre des travaux de la Commission du droit international (CDI) relatifs aux actes unilatéraux des États, certains gouvernements ont formulé des opinions générales¹⁷. Ceux-ci reconnaissent la valeur juridique des actes unilatéraux dans les hypothèses où la volonté des États auteurs apparaît suffisamment claire. Cependant, il en ressort surtout de grandes difficultés à déterminer la logique de leur fonctionnement. Ces difficultés sont manifestes sur au moins trois points. D'abord, la diversité des comportements concernés entraîne des interrogations relatives à l'homogénéité de leur(s) régime(s) et à la possibilité d'en proposer une systématisation. En ce sens, les Pays-Bas ont déclaré qu'ils :

« reconnaissent l'importance des actes unilatéraux à l'échelle internationale, mais constatent dans le même temps qu'il est difficile, en raison de la grande diversité des types d'actes unilatéraux, d'identifier les effets juridiques communs et de donner des réponses précises aux questions posées »¹⁸.

13. V. la multitude d'exemples évoqués sous cette appellation au troisième tome du même *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, Éditions CNRS, 1972, pp. 3-118.

14. « M. Decrais, ambassadeur de France à Vienne, à M. Develle, ministre des Affaires étrangères, le 21 mars 1893 », in A.-C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, op. cit., t. 1, p. 634, n° 1211. Plus généralement, sur le silence étatique, v. A. Marie, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Paris, Pedone, 2018, 720 p.

15. « Le Comte Walewski, ambassadeur de Sa Majesté à Londres, au ministre des Affaires étrangères, le 28 mars 1855 », A.-C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, op. cit., t. 1, p. 640, n° 1219. Dans le même ordre d'idée, on peut se référer à la protestation britannique du 9 décembre 1912 dirigée contre l'adoption par les États-Unis d'Amérique du *Panama Canal Act* de la même année. Le Secrétaire aux relations extérieures au Royaume-Uni, Sir Edward Frey, justifiait cette réaction dans la mesure où son gouvernement était « *unwilling to give ground for an assertion that their silence had been taken for consent* », cité par I. C. MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *BYIL*, vol. 30, 1953, p. 299.

16. « Déclaration des Gouvernements américain, britannique et français au sujet des relations avec l'Italie, le 26 septembre 1951 », A.-C. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, op. cit., p. 357, n° 719.

17. V. CDI, « Actes unilatéraux – Réponses des gouvernements au questionnaire », 6 juillet 2000, doc. A/CN.4/511, 22 p. et « Actes unilatéraux – Réponses des gouvernements au questionnaire », 18 avril 2002, doc. A/CN.4/524, 7 p. Pour une présentation des travaux de la CDI et les références associées, v. *infra*, §§ 17-20.

18. CDI, « Actes unilatéraux – Réponses des gouvernements au questionnaire », 6 juillet 2000, op. cit., p. 18.