

# **Le phénomène législatif en droit international public**

---

LUCIUS CAFLISCH\*

## **1. Introduction**

Le présente étude a pour but d'examiner si et dans quelle mesure on peut parler de "législation" sur le plan du droit international (ou de "quasi-législation" si l'on veut souligner que l'analogie entre la genèse de règles juridiques sur les plans interne et international ne saurait être totale). Dans une première partie, il s'agira de circonscrire, le plus précisément possible, la notion de législation telle qu'elle est utilisée en droit interne et d'examiner si elle peut être transposée au niveau du droit des gens. Une seconde partie sera consacrée au processus législatif international, c'est-à-dire à la manière dont le législateur international - s'il existe - exerce son activité. Quelques conclusions mettront un terme à l'étude.

## **2. Place à attribuer au phénomène législatif aux niveaux interne et international**

### **2.1 La notion de législation au niveau interne**

Pris dans son acception courante, le terme "législation" désigne le processus de création, dans le cadre d'un ordre juridique, de règles générales prescrivant une certaine conduite à ses sujets. Il peut également désigner l'ensemble des règles générales issues de ce processus. L'acte législatif doit être distingué des autres actes normatifs. Comment opérer cette distinction?

---

\* Les vues dans la présente contribution sont personnelles à son auteur.

Pour circonscrire la notion de législation, on sera bien entendu tenté de se fonder sur la nature de l'auteur des actes en cause. Seraient ainsi qualifiés de législatifs les actes émanant du *pouvoir* législatif, alors que ceux accomplis par les *pouvoirs* exécutif et judiciaire ne tomberaient pas dans cette catégorie. Ce critère paraît peu judicieux, puisqu'il est de nature purement formelle, n'accordant aucune importance au but et au contenu des actes concernés.

On est donc amené à essayer de définir la législation par le but qu'elle poursuit et par son contenu. On pourrait ainsi admettre que, pour pouvoir parler de législation, on doit se trouver en présence d'un processus générant des règles générales et abstraites, produites de façon consciente et délibérée par l'autorité habilitée à cet effet. Les règles créées doivent être "générales et abstraites", c'est-à-dire viser une pluralité d'acteurs et de situations actuelles ou futures. Ainsi le droit des contrats consiste en un ensemble de dispositions régissant un pluralité de personnes et de situations, alors que l'applicabilité des contrats conclus par des particuliers dans le cadre de ces dispositions générales est limitée *ratione personae* et *ratione materiae*: le contrat ne lie que les parties à celui-ci et ne vise que des situations spécifiques, existantes ou futures. Autrement dit, les règles du droit des contrats sont *générales*, alors que les clauses d'un contrat donné sont de caractère *individuel*<sup>1</sup>. Plus individuelle encore est la décision rendue par un tribunal qui interprète une clause contractuelle<sup>2</sup>.

Bien évidemment la distinction entre règles générales et règles individuelles a également cours dans le domaine du droit public. La loi par laquelle un Etat règle l'acquisition et la perte de sa nationalité concerne un vaste nombre d'individus et de nombreuses situations futures, de sorte que le caractère général et abstrait de ses dispositions ne souffre pas de discussion. Il en ira de même, quoiqu'à un moindre degré, pour l'ordonnance relative à l'application de cette loi. A l'opposé, une décision prise par l'autorité compétente et constatant que tel individu a, en application

---

<sup>1</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel. La Baconnière, 1953, p. 44; C. du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 4e éd., Neuchâtel 1967, pp. 99-101.

<sup>2</sup> Kelsen, *ibid.* L'individualisation d'une règle générale et abstraite revient à déterminer que la règle s'applique à une situation et une personne, ou à une série de situations et de personnes. Ainsi elle consiste à interpréter et à appliquer l'acte législatif, sans avoir elle-même le caractère d'un tel acte.

de la loi et de l'ordonnance, perdu la nationalité de l'Etat en cause est une règle individuelle visant la situation concrète d'une seule personne.

Dernière illustration, enfin, certaines lois et ordonnances portent sur le "droit interne" d'organismes étatiques, le fonctionnement de la Banque centrale ou des régies d'Etat, par exemple, sans toucher directement aux droits ou devoirs des particuliers. Ces lois et ordonnances n'en sont pas moins de nature générale et abstraite en ce sens qu'elles règlent de façon uniforme une pluralité d'hypothétiques situations futures.

Les exemples qui précèdent suggèrent que la distinction entre actes législatifs et exécutifs ou judiciaires, entre règles générales et abstraites, d'une part, et règles individuelles, d'autre part, est claire et facile à opérer. En réalité, il en va un peu différemment. On peut se demander, par exemple, si des préceptes en apparence généraux et abstraits, mais appelés, en réalité, à ne régler qu'une seule situation ou une poignée de situations, possèdent véritablement ces caractéristiques. A l'inverse, on peut douter qu'une décision judiciaire prise dans le cadre d'un procès collectif ("class action") ou d'un procès-modèle, c'est-à-dire investie d'une valeur de précédent particulière, soit vraiment une simple règle individuelle. On est donc amené à reconnaître la relativité de la distinction entre actes législatifs et autres en ce sens que les règles juridiques peuvent être *relative-ment* générales (ou individuelles), les deux catégories étant séparées par une sorte de "zone grise".

Il faut également examiner si une règle générale et abstraite, pour être de nature législative, doit obliger ses destinataires à adopter un comportement déterminé. Autrement dit, doit-elle être contraignante? La réalité montre que bien des règles, au lieu d'imposer des devoirs, accordent des droits, facultés ou libertés, sans pour autant perdre leur caractère législatif. D'autres règles, sans donner naissance à des obligations ou droits, entraînent néanmoins des effets juridiques pour leurs destinataires, puisque celui qui s'y conforme n'encourt aucune sanction, bien qu'un comportement contraire à la règle ne soit pas nécessairement illicite non plus. Celui qui remplit une obligation naturelle - en s'acquittant d'une dette de jeu, par exemple - ne se soumet pas à la contrainte juridique, mais il ne peut, par la suite, répéter son versement comme étant indu. Il semble suffire qu'une règle, pour pouvoir être qualifiée de législation, entraîne un effet juridique, contraignant ou non.

En droit interne, seules les autorités étatiques peuvent légiférer. La législation est une activité consciente et délibérée qui doit être exercée conformément aux règles juridiques pertinentes. Ainsi les autorités en question ne "légifèrent", au sens propre du terme, que lorsqu'elles manifestent la volonté de le faire et suivent la voie prescrite à cet effet<sup>3</sup>.

Les particuliers peuvent à leur tour, dans la mesure autorisée par la législation, se doter de règles applicables à leur conduite individuelle, notamment au moyen de clauses contractuelles. Celles-ci n'atteindront toutefois pas un degré suffisant de généralité et d'abstraction pour entrer dans la notion de législation. Il s'ensuit que les autorités étatiques compétentes détiennent le *monopole* législatif. En règle générale, le législateur, organe d'une personne juridique distincte de celle de ses sujets, légifère pour ces derniers; autrement dit, son activité législative est, dans la plupart des cas, de caractère *hétéronormateur*. Ce n'est que dans l'hypothèse plus rare d'un législateur réglant sa propre conduite que cette activité sera de nature *autonormatrice*<sup>4</sup>.

Ces développements mènent à la conclusion que le terme "législation" désigne le processus par lequel l'autorité étatique compétente formule délibérément des règles générales et abstraites ayant pour objet le comportement de particuliers (ou exceptionnellement sa propre conduite) et destinées à produire des effets juridiques. Le terme en question vise également le résultat du processus ainsi défini, c'est-à-dire les règles elles-mêmes.

---

<sup>3</sup> Si cette volonté fait défaut, on est en présence soit d'un acte juridique dépourvu de caractère législatif, soit d'un fait juridique. Lorsque l'autorité compétente, tout en manifestant sa volonté de légiférer, ne suit pas la voie prescrite à cet effet, l'acte législatif peut être nul ou annulable.

<sup>4</sup> Pour les notions d'"autonormativité" et d'"hétéronormativité", voir CH.-A. MORAND, *La législation dans les Communautés Européennes*, Paris 1968, pp. 38-51.

## 2.2 La notion de législation en droit international public

Le droit international public est appelé à régir les rapports entre membres d'une communauté d'Etats indépendants et égaux<sup>5</sup>. L'adjectif "indépendant" signifie que l'Etat n'est assujéti à aucun organisme supérieur, sauf dans la mesure où il lui a transféré des pouvoirs. L'adjectif "égal" précise cette idée: sur le plan juridique, aucun pays n'est subordonné à un autre, même si le poids politique des deux Etats est inégal. Il s'ensuit que le droit international a pour fonction de coordonner les rapports entre sujets indépendants et égaux; pour utiliser un terme qui, en dépit de ses connotations idéologiques, est parfaitement approprié, les règles du droit international sont destinées à assurer la *coexistence* des Etats. De plus, elles doivent, dans un monde de plus en plus interdépendant, favoriser l'harmonie, c'est-à-dire la *coopération* entre les membres de la communauté des Etats. Ainsi le droit international public se divise-t-il en règles de coexistence et de coopération<sup>6</sup>.

Autre conséquence, l'ordre juridique international, en raison de l'égalité souveraine de ses sujets, est de caractère décentralisé, qu'il s'agisse des activités législatives, exécutives ou judiciaires. Cela signifie qu'il n'y a pas, dans le domaine législatif, d'autorité centrale qui détient le monopole de la production de règles générales et abstraites entraînant des conséquences juridiques. Ce sont les Etats eux-mêmes qui, par leur comportement ou en concluant des traités, établissent des règles générales et abstraites relatives à leur propre conduite. C'est dire que la promulgation de telles règles sur le plan international est, en principe, un processus *auto-normateur*, ce qui la différencie du phénomène législatif sur le plan national<sup>7</sup>.

Mais il n'en va pas toujours ainsi. Si les Etats demeurent attachés à leur indépendance et leur égalité, ils ont aussi dû reconnaître que la situation

---

<sup>5</sup> Le principe de l'"égalité souveraine" des Etats membres est inscrit à l'article 2, paragraphe premier, de la Charte des Nations Unies.

<sup>6</sup> Cette distinction est empruntée à W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, Londres 1964, pp. 60-63.

<sup>7</sup> Sur le caractère essentiellement décentralisé de l'ordre juridique international, voir par exemple P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, t. I, 1<sup>e</sup> éd., Genève 1953, pp. 3-4; KELSEN, *op. cit.* (note 1), pp. 165-166.

qui vient d'être décrite n'est pas toujours satisfaisante et peut faire obstacle à la coopération interétatique. Sur le plan législatif, cela a pu pousser les Etats à abandonner une partie de leurs pouvoirs à des entités centralisées - des institutions intergouvernementales - destinées à faciliter la coopération entre Etats. Des pouvoirs législatifs sur le plan international sont ainsi transférés à la collectivité interétatique, ce qui rapproche la création des règles de droit international du processus de formation du droit national.

On affirme souvent que le droit des gens règle les rapports entre sujets du droit international, en particulier entre Etats, alors que le droit interne a pour objet les relations entre individus ou entre ceux-ci et l'Etat<sup>8</sup>. D'aucuns en déduisent que le droit international et les droits nationaux sont des ordres juridiques rigoureusement séparés, la conséquence étant que toute règle du droit international destinée à être appliquée sur le plan national doit être préalablement *transformée* en règle interne. Il s'ensuit, selon cette conception, que le droit international est inapplicable au niveau étatique, sauf dans la mesure où il a été repris par le législateur interne. Le seul lien unissant les deux ordres juridiques serait le fait que lorsqu'un Etat, en raison de sa législation interne, ne parvient pas à remplir les obligations imposées par le droit des gens, il en porte la *responsabilité internationale*.

A cette conception dualiste s'oppose une théorie moniste, aujourd'hui dominante sur le plan doctrinal, suivant laquelle les règles du droit des gens s'incorporent automatiquement au droit interne et *l'emportent* en cas de contradiction. Cela ne signifie pas pour autant que toute règle du droit international puisse sans autre s'appliquer sur le plan étatique. Pour pouvoir être directement applicable aux particuliers, la règle internationale doit revêtir le degré de précision nécessaire; si cette condition n'est pas réalisée, la règle doit être concrétisée par la loi nationale<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> DU PASQUIER, *op. cit.* (note 1), pp. 23-24 et 34.

<sup>9</sup> A ce propos, voir à titre d'exemple le passage suivant, emprunté à un récent arrêt du Tribunal fédéral des assurances: "Selon la jurisprudence, une norme est directement applicable si elle est suffisamment déterminée et claire par son contenu pour constituer le fondement d'une décision concrète. Les dispositions directement applicables doivent être distinguées avant tout des dispositions qui énoncent un programme, savoir celles qui se bornent à esquisser la réglementation d'une matière ou qui laissent à l'Etat contractant une liberté d'appréciation ou de décision considérable ou encore qui

### 2.3 Catégories possibles de législation internationale

L'article 38, paragraphe premier, du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>10</sup>, dont la validité est générale, dispose:

*"1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique:*

- a) Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;*
- b) La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit;*
- c) Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;*
- d) Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine de publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit."*

Cette disposition, adoptée en 1920, est toujours en vigueur; elle est censée former un catalogue des sources - ou modes de création<sup>11</sup> - du droit international. Parmi les sources les plus importantes de ce droit, quantitativement aussi bien que du point de vue qualitatif, se trouvent les conventions "soit générales, soit spéciales" et la coutume, "preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit"<sup>12</sup>. Alors que les éléments énoncés aux lettres c et d - les principes généraux de droit ainsi

---

comportent que des idées directrices, de sorte qu'elles s'adressent non pas aux autorités administratives ou judiciaires, mais bien au législateur national (...)."ATF 121 V 246, c. 2b (248).

<sup>10</sup> RS 0.193.501.

<sup>11</sup> "Les sources *formelles* du droit sont les *procédés* d'élaboration du droit...". NYUGEN QUOC DINH, *Droit international public*, 5<sup>e</sup> éd. par P. DAILLIER et A. PELLET, Paris, 1994, p. 111.

<sup>12</sup> Comme on l'a souvent fait remarquer, cette formulation est mauvaise, car elle confond cause et effet. En réalité, c'est la "pratique générale, acceptée comme étant le droit" par les sujets de celui-ci qui est la preuve de la coutume. Cf. Ch. DE VISSCHER, "La codification du droit international", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 6, 1925-I, pp. 329-453 (352 n.1).

que la pratique et la doctrine - ne revêtent qu'un intérêt marginal dans le présent contexte, on doit se poser la question plus générale de savoir si le catalogue figurant à l'article 38, paragraphe premier, est complet ou, plus précisément, s'il correspond à la réalité contemporaine.

A ce propos, on commencera par constater que l'ensemble des sources ou éléments énumérés aux lettres a à d de l'article 38 restent d'actualité, même si les "principes généraux de droit" évoqués à la lettre c ne se sont pas avérés particulièrement productifs<sup>13</sup>.

On relèvera toutefois que la liste de l'article 38, paragraphe premier, du Statut de la Cour internationale de Justice n'est plus complète. A côté de la coutume et des traités, l'essor des organisations intergouvernementales a fait émerger une nouvelle source, les actes législatifs unilatéraux des organisations en question. On pourrait tenter de soutenir, à propos de ces actes, que ceux-ci produisent des règles dont la validité découle en réalité du traité constitutif de l'organisation; il s'agirait ainsi d'actes conventionnels dérivés. Pareille thèse serait peu convaincante. Les actes normatifs en cause ne sont pas régis par le droit des traités. Ils émanent d'une entité dotée d'une personnalité juridique indépendante de celle de ses Etats membres. Ils sont donc de nature unilatérale, non conventionnelle et, dans la mesure où leur auteur a voulu produire et a effectivement produit des règles générales et abstraites entraînant des conséquences juridiques, ils ont indiscutablement un caractère législatif<sup>14</sup>. S'ils portent uniquement sur le fonctionnement interne de l'organisation, ces actes sont autonormateurs; ils sont en revanche hétéronormateurs s'ils produisent des effets juridiques pour les Etats membres.

On peut se demander si ce raisonnement est également valable pour les actes émanant d'organisations intergouvernementales régionales ou sous-régionales. La réponse doit être affirmative, car le champ d'application des règles formulées par de telles entités, bien que limité *ratione perso-*

---

<sup>13</sup> R.Y. JENNINGS, "What Is International Law and How Do We Tell It When We See It?", *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXVII, 1981, pp. 59-88 (71-73).

<sup>14</sup> Sur ce point, voir K. SKUBISZEWSKI, "Enactment of Law by International Organizations", *British Year Book of International Law*, vol. 41, 1965-1966, pp. 198-274 (243) (ci-après: Skubiszewski, "Enactment..."); opinion dissidente commune des juges Fitzmaurice et Spender dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (exceptions préliminaires), CIJ, Recueil 1962, p. 465 (491).

*nae* et *ratione loci* par rapport aux règles qui se veulent universelles, restent suffisamment générales et abstraites pour entrer dans la catégorie des actes législatifs.

La brève exégèse qui précède permet d'identifier deux catégories d'actes normatifs qui semblent mériter le qualificatif de "législation" internationale:

1. Les décisions émanant d'une organisation intergouvernementale dotée d'une personnalité internationale indépendante de celle de ses Etats membres, adoptées habituellement par un organe composé de représentants de tous les Etats membres et produisant délibérément des règles générales et abstraites, auto- ou hétéronormatrices. Ces décisions forment la législation internationale *strictu sensu*.
2. Les traités multilatéraux généraux entrant dans la catégorie des "traités-lois"<sup>15</sup>, en particulier les conventions de codification et de développement progressif du droit international. Il s'agit ici d'accords qui ont été conclus avec la participation d'un large segment de la communauté internationale, qui sont ouverts à tous les membres de celle-ci et qui formulent des règles générales et abstraites confirmant, précisant ou développant des règles coutumières, ou au contraire dérogeant à celles-ci.

On pourrait toutefois objecter que ces textes conventionnels ne sont pas législatifs au sens propre du terme: 1) parce que leurs auteurs en sont en même temps les destinataires, autrement dit en raison de leur caractère autonormateur; et 2) parce qu'ils sont négociés au lieu d'émaner des débats d'une assemblée parlementaire détenant la quasi-exclusivité du pouvoir législatif.

---

<sup>15</sup> Notion qui doit son origine à H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899, pp. 27 et ss, et qui a été utilisée, initialement, pour illustrer la différence fondamentale que l'école dualiste croit pouvoir percevoir entre les origines du droit international et celles du droit interne: le "traité-loi" ("Vertrag") serait le produit de la volonté de l'ensemble de la communauté internationale, distincte des *volontés des Etats individuels* qui, elles, aboutissent à la conclusion de "traités-contrats" ("Vereinbarungen"). Aujourd'hui cette notion sert surtout à désigner les traités multilatéraux énonçant des règles de comportement générales et abstraites identiques pour les membres de la communauté internationale ou pour une partie de ceux-ci. Voir CH. ROUSSEAU, *Droit international public*, t.I: *Introduction et sources*, Paris 1970, no 45, pp. 68-69.

En ce qui concerne la première objection, on rappellera que l'hétéronormativité n'est pas un élément constitutif de la notion de législation et que, même sur le plan étatique, il existe des règles autonormatrices qui, malgré cette caractéristique, sont de nature législative.

La seconde objection est plus difficile à réfuter. Tout dépend du point de savoir si le recours à l'analogie permet de transposer la notion de législation sur le plan international. Technique permettant d'appliquer des concepts d'un ordre juridique à un autre, l'instrument de l'analogie repose sur l'idée qu'on ne peut et ne doit comparer que ce qui est comparable. Comparable mais non identique, ce qui signifie que l'analogie est permise entre deux notions ou concepts même si ceux-ci diffèrent sur certains points; on peut même affirmer qu'à défaut de différence, la notion d'analogie n'aurait pas de sens. Quel peut être l'importance des différences pour que l'analogie reste légitime? Ou, à l'inverse, quelle doit être l'importance des caractéristiques communes? Les appréciations faites sur ces points sont essentiellement subjectives, ce qui peut expliquer les controverses interminables, dans le domaine juridique comme dans d'autres, sur la validité de telle analogie ou telle autre.

Pour définir la notion de législation, la présente étude a mis l'accent sur la production consciente et délibérée de règles générales et abstraites. On a fait abstraction, en revanche, de la nature de l'organe qui produit la règle, de même que du caractère hétéronormateur de la législation nationale, qui ne peut apparaître sur le plan international que dans la mesure où il s'agit d'actes unilatéraux émanant d'institutions dotées d'une personnalité juridique internationale distincte de celle de leurs Etats membres. On a aussi relégué à l'arrière-plan l'idée que la règle produite doit être contraignante pour ses destinataires; il suffit qu'elle emporte des conséquences juridiques pour eux<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Un point de vue très différent est celui exprimé par K. SKUBISZEWSKI, "International Legislation", in: R. BERNHARDT (éd.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (E-I), Amsterdam 1995, pp. 1255-1262 (ci-après: SKUBISZEWSKI, "Legislation"), pour qui seuls les actes législatifs unilatéraux des organisations internationales ainsi que certains types d'amendements aux traités entrent dans le concept de législation. Cette manière de voir revient essentiellement à faire dépendre la notion de législation, au niveau du droit des gens, de l'existence d'un pouvoir réglementaire au profit de l'organisme régulateur. Ce pouvoir ferait défaut soit si la prétendue règle générale et

Cette conception est à la fois plus large et plus étroite que celle dégagée par MANLEY O. HUDSON dans son introduction à la collection de textes intitulée "International Legislation"<sup>17</sup>. Plus large du fait qu'elle englobe le phénomène des actes unilatéraux des organisations intergouvernementales, qui étaient rares à l'époque de la publication de la collection; plus étroite en ce sens que HUDSON inclut dans la notion de législation les règles conventionnelles particulières, même bilatérales<sup>18</sup>, ce qui paraît excessif.

Ainsi, s'il faut bien entendu reconnaître que les processus de création de règles générales et abstraites sur les plans nationaux et international comportent des différences, celles-ci ne paraissent pas suffisamment importantes pour refuser la qualité de législation *lato sensu* aux traités multilatéraux de caractère général<sup>19</sup>. Même les puristes qui trouveraient insuffisants les arguments qui viennent d'être développés ne pourraient du reste nier qu'il s'agit, pour le moins, de "quasi-législation".

Si l'on peut ainsi admettre que les règles générales et abstraites figurant dans les décisions prises par des organisations intergouvernementales ou dans les traités multilatéraux généraux relèvent du phénomène de la législation *stricto* ou *lato sensu*, il faut encore examiner si d'autres actes juridiques internationaux méritent également cette qualification.

On s'interrogera en premier lieu si tel est le cas des comportements contribuant à l'émergence de règles coutumières. Ici une réponse négative s'impose. Même sur le plan interne, la formation de la coutume n'est pas considérée comme relevant du phénomène de la législation, car cette dernière, comme on l'a dit, est le fruit d'actes conscients et délibérés, alors que la règle coutumière, à quelques exceptions près, résulte d'un

---

abstraite est, en fait, conventionnelle, soit si son effet n'est pas contraignant pour ses destinataires. Voir également SKUBISZEWSKI, "Enactment...", pp. 201-204.

<sup>17</sup> M. O. HUDSON, *International Legislation*, 7 vol., New York, Oceana (réimpression), 1970. L'idée que se fait l'auteur de la notion de législation internationale est exposée dans l'"Introduction" figurant aux pp. xiii-ix du premier volume. Voir également l'opinion dissidente du juge Tanaka dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, CIJ, Recueil 1966, p. 248 (292), qui parle de "législation par voie conventionnelle".

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. xvi.

<sup>19</sup> Sur ce point, voir également *ibid.*, pp. xiv et xv.

long processus de gestation fondé sur les comportements effectifs des sujets de droit et sur les motifs de ces comportements. Qui plus est, les comportements en cause n'entraînent pas, en tant que tels, d'effet juridique pour leurs auteurs ou pour d'autres sujets du droit des gens. Ce n'est que l'accumulation de tels comportements, accompagnée de l'émergence d'une conviction que ces comportements sont de droit, qui produisent cet effet. On notera que ces arguments valent sur le plan interne autant que sur celui du droit international.

Autre question: Peut-on qualifier de législation les accords bilatéraux et multilatéraux qui ne sont pas de nature générale, c'est-à-dire les traités qui, à l'instar des contrats entre particuliers sur le plan interne, créent des droits ou obligations pour les Parties contractantes, les accords bilatéraux prévoyant des échanges de territoires par exemple? On peut estimer que ce genre de règles, qui ne relèvent pas de la législation au niveau interne, n'entrent pas davantage dans cette catégorie en droit international. Il en va ainsi, non pas parce que les règles en question sont autonormatrices, mais parce qu'elles ne sont pas suffisamment générales et abstraites, surtout *ratione personae*, sauf lorsqu'il s'agit de conventions multilatérales régionales ou sous-régionales.

La même conclusion s'impose pour la même raison - absence de caractère général et abstrait des règles produites - à propos de deux autres catégories: les actes unilatéraux accomplis par des Etats individuels (promesses, reconnaissance, renonciations)<sup>20</sup> et les décisions d'organisations intergouvernementales portant sur des questions ou situations spécifiques, par exemple les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies visant une situation précise qui relève du chapitre VII de la Charte ou les résolutions de l'Assemblée générale relatives au budget de l'Organisation.

Au terme de cette première partie de la présente étude, on parvient ainsi à la conclusion que la notion de législation (ou, si l'on préfère, quasi-législation) peut être utilisée, en droit international, pour désigner les décisions d'organisations intergouvernementales, universelles, régionales ou sous-régionales, qui énoncent des règles générales et abstraites.

---

<sup>20</sup> E.SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*. Paris 1962; F. PFLÜGER, *Einseitige Rechtsgeschäfte im Völkerrecht*, Zurich 1936.

La notion de législation englobe ainsi les actes normatifs des organisations intergouvernementales, ainsi que les conventions multilatérales générales ou régionales qui renferment des règles générales et abstraites, y compris les instruments qui amendent ce genre de conventions. La notion de législation (ou de quasi-législation) n'est pas susceptible de s'appliquer à la coutume, aux actes unilatéraux des Etats ou aux décisions prises par des organisations intergouvernementales sur des points ou situations spécifiques.

Ayant ainsi circonscrit la place que peut revendiquer le phénomène législatif en droit international, il convient d'examiner de plus près les deux catégories de législation internationale, qui viennent d'être identifiées les actes législatifs des organisations intergouvernementales et les traités multilatéraux généraux, régionaux ou sous-régionaux. A ces deux types de textes viendra s'ajouter une catégorie "mixte", à savoir les amendements aux traités internationaux effectués au moyen d'actes législatifs.

### **3. Les actes législatifs des organisations intergouvernementales**

#### **3.1 Généralités**

Les actes des organisations intergouvernementales donnent lieu à une confusion terminologique considérable: on parle de décisions, résolutions, recommandations ou déclarations et, parfois, de directives ou mesures. Face à cette profusion d'expressions, il semble essentiel d'opérer une distinction entre l'*adoption* même d'un texte, qui fait forcément l'objet d'une décision de l'organisation d'approuver et d'endosser ce texte, même si cette décision est dénommée "résolution", et le *contenu* du texte adopté, qui peut être général ou individualisé, générateur d'effets juridiques ou non. Ainsi ces actes, quelle que soit leur dénomination, doivent être examinés un à un, en appliquant les critères dégagés plus haut - nature délibérée de l'acte, caractère général et abstrait des règles énoncées, effet juridique de celles-ci -, afin d'établir s'ils reflètent une activité législative. Un examen aussi poussé est bien entendu impossible dans le cadre restreint de la présente étude; il faudra donc se contenter de quelques exemples.

Avant d'aborder les activités concrètes de quelques organisations intergouvernementales susceptibles de produire des règles juridiques générales et abstraites, il convient de préciser que la présente étude ne s'arrêtera pas aux activités normatives de l'Union Européenne. Bien que cette dernière puisse avoir l'apparence, pour les pays non membres, d'une entité intergouvernementale, elle revêt, aux yeux de ses Etats membres, la qualité d'organisation supranationale, titulaire de compétences souveraines qui lui ont été transférées par ces Etats, si bien que les activités normatives de l'Union sont considérés par eux comme étant *sui generis* et ne relevant plus du droit international public.

### 3.2 Organisation des Nations Unies

On se limitera ici aux textes adoptés par l'Assemblée générale, organe quasi parlementaire des Nations Unies puisque chaque Etat membre y est représenté et y dispose d'une voix. Lors de chacune de ses sessions, l'Assemblée adopte un nombre considérable de décisions en guise de "résolutions", généralement par consensus plutôt que par un vote. La plupart de ces résolutions ont trait à des questions ou situations spécifiques et, partant, ne relèvent pas de la législation: adoption du budget, mesures dans le cadre d'un conflit, fonctionnement concret de l'Organisation, etc., pour n'en citer que quelques catégories.

Dans certains cas, l'Assemblée générale adopte toutefois des résolutions énonçant des principes ou règles généraux, fréquemment sous l'étiquette de "déclarations": Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), Déclaration relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (1962), Principes juridiques régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique (1963), Déclaration sur les relations amicales et la coopération entre Etats (1970), Charte des droits et devoirs économiques des Etats (1974), Résolution définissant l'agression (1974) et Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends (1982)<sup>21</sup>, pour ne citer que quelques-

---

<sup>21</sup> Résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948; Résolution 1803 (XVIII) du 14 décembre 1962; Résolution 1962 (XVIII) du 13 décembre 1963; Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970; Résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974; et Résolution 37/10 du 15 novembre 1982.

uns parmi les textes les plus importants. Il s'agit de résolutions qui ont soit été préparées en suivant les canaux habituels - propositions faites par des Etats membres, discussion de ces propositions, négociation et adoption au sein de la commission compétente et, enfin, approbation par l'Assemblée - , soit été élaborées au sein d'organes spéciaux, le Comité de l'Assemblée pour l'utilisation pacifique de l'espace dans le cas de la Déclaration y relative, par exemple, ou le Comité spécial de la Charte et du raffermissement du rôle de l'Organisation pour la Déclaration de Manille.

Les textes ainsi approuvés peuvent renfermer des éléments de codification du droit existant - comme c'est le cas pour la Déclaration sur les relations amicales<sup>22</sup> - et, dans cette mesure, relèvent certainement de la législation. Ils peuvent aussi contribuer au "développement progressif" du droit international ou chercher à créer du droit coutumier "instantané", comme le prétendait faire la Déclaration sur l'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique<sup>23</sup>. Certains textes, enfin, consacrent des règles entièrement nouvelles de nature générale et abstraite, comme le font certaines dispositions de la Déclaration sur les relations amicales ou de la Charte sur les droits et les devoirs économiques, et comme cela avait été le cas, en 1948, de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Si l'Assemblée générale est habilitée à prendre des décisions concrètes, obligatoires pour les autres organes des Nations Unies et les Etats membres, en matière budgétaire par exemple<sup>24</sup>, on ne lui reconnaît en revanche aucun "pouvoir réglementaire", c'est-à-dire aucune faculté de formu-

---

<sup>22</sup> Tel est indubitablement le cas, par exemple, des principes de l'interdiction de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, du règlement pacifique des différends et de l'égalité souveraine des Etats, de même que de nombreux préceptes subordonnés à ces règles.

<sup>23</sup> A ce propos, voir le célèbre article de BIN CHENG, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law", *Indian Journal of International Law*, vol. 5, 1965, pp. 23-48.

<sup>24</sup> Voir l'article 17, paragraphe premier, de la Charte. Le paragraphe 2 de ce même article précise que "les dépenses de l'Organisation sont supportées par les membres selon la répartition fixée par l'Assemblée générale". Pour l'interprétation de cette dernière phrase, on se référera à l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies*, CIJ, Recueil 1962, p. 151 (167-168).

ler des règles générales et abstraites qui s'imposent aux Etats membres, sauf lorsqu'il s'agit pour elle de régler sa propre conduite, c'est-à-dire d'arrêter le "droit interne" de l'Organisation<sup>25</sup>.

Incontestablement les textes ici visés ont été adoptés, consciemment et délibérément, en vue d'énoncer des règles générales et abstraites. Dès lors, la seule question qu'il s'agit d'éclaircir est le point de savoir si ces textes entraînent des conséquences juridiques. Cette question, on l'a déjà dit, ne doit pas être confondue avec celle de savoir si les textes en cause produisent, en tant que tels, des effets juridiques pour leurs destinataires.

Certaines résolutions de l'Assemblée générale codifient des règles coutumières existantes. Cela ne veut pas dire que les Etats membres soient liés par elles. Cela signifie en revanche qu'ils ont avalisé la coutume dans sa forme codifiée; de ce fait, il est devenu difficile de contester la règle coutumière sous-jacente. C'est là sans doute une conséquence juridique non négligeable. L'existence d'un effet juridique doit être reconnue, *a fortiori*, lorsque le texte dont il s'agit entend créer du droit coutumier "instantané".

Plus difficile est le point de savoir si les règles générales et abstraites énoncées dans un texte de ce genre entraînent des conséquences juridiques lorsqu'elles tendent au développement progressif du droit existant, voire à la formulation d'une règle entièrement nouvelle. La règle en question n'est pas contraignante pour les Etats membres, puisque la résolution qui l'énonce n'entraîne pas cette conséquence et qu'elle n'a pas de cause de validité indépendante, comme c'est le cas de la règle coutumière codifiée. On peut néanmoins soutenir que la résolution et la règle qui en résulte produisent un effet juridique: l'Etat membre qui s'y conforme ne saurait guère être accusé par un autre Etat membre d'avoir *violé* le droit international.

Il s'ensuit - et c'est là la conclusion à laquelle on peut aboutir concernant l'Assemblée générale - que malgré, l'absence de pouvoir réglementaire, cet organe peut formuler des règles générales et abstraites qui, si elles ne sont pas contraignantes, n'en entraînent pas moins des effets juridiques. De ce fait, l'Assemblée exerce une sorte d'activité législative.

---

<sup>25</sup> PH. CAHIER, "Le droit interne des organisations internationales", *Revue générale de droit international public*, vol. 67, 1963, pp. 563-602.

### 3.3 Institutions spécialisées des Nations Unies

#### 3.3.1 Organisation mondiale de la santé (OMS)<sup>26</sup>

Abstraction faite du pouvoir d'arrêter le "droit interne" de l'OMS (articles 17 et 18 de la Constitution de l'OMS du 22 juin 1946<sup>27</sup>), l'Assemblée de l'Organisation est habilitée à adopter des règlements relatifs à la santé publique (article 21 de la Constitution), probablement à une majorité des deux tiers des Etats membres présents et votants puisqu'il s'agit d'une question importante (article 60, lettre a). Un tel règlement entre en vigueur, pour tous les Etats membres de l'OMS, dès que ces Etats auront été notifiés de son adoption, à moins d'avoir prévenu le Directeur général de l'Organisation, dans le délai prévu par la notification, qu'ils rejettent le règlement ou formulent des réserves à l'encontre de celui-ci (article 22). Aux termes du Règlement sanitaire international, la validité d'une réserve dépend toutefois de son acceptation par l'Assemblée; si celle-ci rejette la réserve et si l'Etat réservataire ne la retire pas, cet Etat ne devient pas Partie au Règlement<sup>28</sup>.

On peut ainsi constater que l'Assemblée de l'OMS est investie d'un pouvoir réglementaire. Les textes adoptés par elle engagent les Etats membres de l'Organisation, à moins que ceux-ci ne les rejettent au moyen d'une procédure de "opting out". Cela signifie que, contrairement à ce qui se passe dans le cadre d'une procédure de "opting in", où il faut donner son *accord* explicite pour être lié, on ne saurait ici parler d'un processus quasi conventionnel. Malgré les limites *ratione materiae* tracées à l'article 21 de la Constitution de l'OMS, les textes dont il s'agit énoncent des règles générales et abstraites. Enfin, puisque l'Assemblée jouit d'un authentique pouvoir réglementaire produisant des dispositions contraignantes, l'effet juridique de ces textes ne saurait être nié. L'Assemblée de l'OMS est donc habilitée à légiférer.

---

<sup>26</sup> SKUBISZEWSKI, "Enactment...", pp. 218-219; "Legislation", p. 1258.

<sup>27</sup> RO 1948, p. 1002.

<sup>28</sup> Règlement sanitaire international du 25 juillet 1969, article 101, RO 1971, p. 1207; SKUBISZEWSKI, "Legislation", p. 1258.

### 3.3.2 Organisation météorologique mondiale (OMM)<sup>29</sup>

En plus du pouvoir que lui confère l'article 8, lettre d, de la Convention de l'OMM du 11 octobre 1947<sup>30</sup> d'arrêter le droit interne de cette dernière, le Congrès météorologique mondial, organe plénier de l'Organisation, est habilité, par cette même disposition et l'article 9, lettre b, à adopter des "résolutions techniques". Ces résolutions, lorsqu'elles sont censées avoir un effet obligatoire (article 11, lettre b) doivent être approuvées à la majorité des deux tiers des membres présents et votants (article 11, lettre b), et être appliquées par les membres dans toute la mesure du possible (article 9, lettre a). Si un membre ne peut se conformer aux exigences d'une résolution, il doit préciser au Secrétaire général de l'Organisation si cette incapacité est temporaire ou permanente et lui en indiquer les raisons (article 8, lettre b).

Les règles qui se dégagent de la Convention de l'OMM sont essentiellement les mêmes que celles qui résultent de la Constitution de l'OMS. Les "résolutions techniques" adoptées par le Congrès et destinées à produire un effet obligatoire pour les Etats membres de l'Organisation ont cet effet sans que ces Etats aient à y consentir explicitement. Toute déviation éventuelle d'une telle résolution doit, en revanche, faire l'objet d'un rejet explicite, de sorte que ni la question de la nature quasi conventionnelle des règlements ni celle de leur effet juridique ne se pose. Le fait que les résolutions adoptées soient de nature "technique", enfin, n'enlève pas aux dispositions de ceux-ci de leur caractère général et abstrait. On peut ainsi affirmer qu'à l'image de l'OMS, l'OMM dispose de compétences réglementaires et, partant, législatives.

---

<sup>29</sup> SKUBISZEWSKI, "Enactment...", pp. 218-219; "Legislation", p. 1258.

<sup>30</sup> RS 0.429.01.

### 3.3.3 Organisation de l'aviation civile internationale (OACI)<sup>31</sup>

Autre institution spécialisée des Nations Unies édictant des règlements techniques, l'OACI a été établie par la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 sur l'aviation civile internationale<sup>32</sup>. Réserve faite, ici encore, de son "droit interne" (articles 49, lettre d, et 54, lettre c, de la Convention), l'Organisation est habilitée, par l'article 37 de ce même instrument, à adopter des standards internationaux et des pratiques recommandées en matière de sécurité, de régularité et d'efficacité de l'aviation civile internationale. Comme leur dénomination le suggère, les standards sont destinés à être contraignants, alors que les pratiques recommandées ne le sont pas<sup>33</sup>. Cependant, contrairement à la solution admise pour l'OMS et l'OMM, ces règles n'émanent pas de l'Assemblée plénière de l'OACI, mais de son Conseil (article 54, lettre l), organe exécutif à composition restreinte (33 membres élus par l'Assemblée article 50, lettre a) qui les adopte à la majorité de deux tiers de ses membres (article 90, lettre a).

Lorsqu'il adopte des standards ou pratiques recommandées, le Conseil leur donne la forme d'annexes à la Convention et les notifie à tous les Etats Parties (article 54, lettre l). Les textes ainsi notifiés "prennent effet" dans les trois mois, une période plus longue pouvant être fixée par le Conseil, à moins que la majorité des Etats membres n'informent le Conseil de leur désapprobation (article 90, lettre l).

Les "standards internationaux" approuvés obligent les Etats membres. Ceux-ci peuvent toutefois, dans le délai précité, informer l'Organisation de l'impossibilité de s'y conformer sur certains points (article 38), ce qui revient à autoriser les Etats à formuler des réserves à ces actes unilatéraux<sup>34</sup>. Si ces points se rapportent à la navigabilité des aéronefs ou aux

---

<sup>31</sup> TH. BUERGENTHAL, *Law-Making in the International Civil Aviation Organization*, Syracuse, Syracuse University Press, 1969; SKUBISZEWSKI, "Enactment...", pp. 211-215, et "Legislation", pp. 1257-1258.

<sup>32</sup> RO 1971, p.1300.

<sup>33</sup> SKUBISZEWSKI, "Enactment...", pp. 211-212.

<sup>34</sup> Comme le note SKUBISZEWSKI, *ibid.*, p. 213, de telles réserves ont en fait été rares et n'ont pas touché à l'essence des standards en question.

qualifications des membres de l'équipage, ils doivent être signalés dans le certificat de navigabilité ou la licence (article 39). Qui plus est, et c'est par là qu'on assure l'application des standards, les aéronefs et l'équipage titulaires des certificats visés sont exclus de la navigation aérienne internationale dans la mesure déterminée par l'Etat ou les Etats survolés (article 40).

Les standards qui ont été approuvés à la majorité des deux tiers des membres du Conseil de l'OACI et qui n'ont pas été rejetés par la majorité des Etats membres s'imposent à ceux-ci, qui ne disposent même pas du droit de s'en dégager totalement ("opting out"). Bien qu'étant de nature technique, les textes ici examinés renferment indubitablement des "règles générales et abstraites". Leur effet juridique ne saurait dès lors être nié. Ainsi l'OACI dispose elle aussi d'un véritable pouvoir réglementaire dont l'aspect essentiel, cependant, ne relève pas de l'organe plénier de l'Organisation, mais de son organe exécutif à participation restreinte.

### **3.3.4 Les pouvoirs législatifs de l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM)<sup>35</sup>**

Entrée en vigueur le 16 novembre 1994 et comptant à l'heure actuelle 116 Etats Parties, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ouverte à la signature le 10 décembre 1982<sup>36</sup>, comporte une partie XI qui régit l'exploration et l'exploitation des ressources minérales de la Zone internationale des fonds marins, c'est-à-dire du sol et du sous-sol marins situés au-delà de la limite extérieure du plateau continental des Etats. Les dispositions de la partie XI de la Convention de 1982 ont été complétées

---

<sup>35</sup> F. H. PAOLILLO, "The Institutional Arrangements for the International Sea-bed and Their Impact on the Evolution of International Organizations", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t.188, 1984-V, pp. 135-338; L. CAFLISCH, "A New Type of Intergovernmental Organization: The International Sea-bed Authority", *Philippine Yearbook of International Law*, vol. IX, 1983, pp. 1-46 (30-34).

<sup>36</sup> Nations Unies, document A/CONF.62/122 du 7 octobre 1982.

par l'Accord du 28 juillet 1994 qui, pour la question précise qui intéresse ici, n'apporte toutefois que peu d'éléments supplémentaires<sup>37</sup>.

La gestion des ressources visées par la partie XI de la Convention de 1982 incombe à l'AIFM, dont les organes concernés sont l'Assemblée, organe plénier, et le Conseil, organe de direction à composition restreinte. Aux termes de l'article 153, paragraphe 4, de la Convention, l'Autorité est habilitée à édicter des "règles, règlements et procédures" sur l'exploration et l'exploitation de la Zone, de même que sur le partage équitable des avantages financiers et autres tirés de l'exploitation de la partie des plateaux continentaux sise au large de la limite des 200 milles marins. Ces textes doivent d'abord être approuvés par le Conseil agissant par voie de consensus (article 161, paragraphe 5, lettre d), puis être soumis à l'Assemblée (article 160, paragraphe 2, lettre f), qui les adopte à la majorité des deux tiers de ses membres présents et votants (article 159, paragraphe 8). Une fois approuvés par le Conseil, les règles, règlements et procédures de l'Autorité s'appliquent "provisoirement, en attendant l'approbation de l'Assemblée" (article 162, paragraphe 2, lettre o, ii). Ce membre de phrase porte à croire que les textes en cause cesseront de s'appliquer si et quand l'Assemblée les aura rejetés. Cette lecture est toutefois contredite par un passage, figurant à la fin de la même disposition, qui précise que

*"les règles, règlements et procédures adoptés par le Conseil demeurent tous en vigueur à titre provisoire jusqu'à leur approbation par l'Assemblée ou jusqu'à leur modification par le Conseil, à la lumière des vues exprimées par l'Assemblée."*

Ce passage est suffisamment flexible voire vague pour autoriser la conclusion qu'en pratique les textes normatifs adoptés par le Conseil deviendront immédiatement applicables et qu'ils le demeureront tant que le Conseil ne les aura ni révoqués ni modifiés<sup>38</sup>.

Les règles, règlements et procédures de l'AIFM sont appelés à régir une multitude de questions relatives à l'exploration ou l'exploitation des

---

<sup>37</sup> Nations Unies, Bureau des Affaires juridiques, Division du droit de la mer et des affaires maritimes, Bulletin du droit de la mer, no spécial IV du 16 novembre 1994, p. 14.

<sup>38</sup> PAOLILLO, *op. cit.* (note 35), p. 249; CAFLISCH, *op. cit. ibid.*, p. 31.

grands fonds marins et elles s'appliqueront à l'ensemble des opérateurs identifiés à l'article 153, paragraphe 2, y compris l'Entreprise, bras opérationnel de l'Autorité, les Etats et les personnes physiques et morales du droit national.

Envisagées sous l'angle spécifique de l'activité législative internationale, les compétences de l'Autorité peuvent être qualifiées de relativement importantes, bien plus substantielles en tout cas que celles attribuées aux institutions internationales spécialisées dont il vient d'être question. Des règles, règlements ou procédures de l'AIFM peuvent être adoptés avec l'approbation d'une fraction seulement des Etats membres, bien qu'ils s'imposent à l'ensemble de ces Etats, de même qu'à l'Entreprise et, sur le plan national, aux individus et aux personnes morales. Cela signifie que, dans le contexte de l'Autorité, le phénomène législatif prend une ampleur jamais atteinte auparavant dans le cadre d'une organisation intergouvernementale universelle et que ce phénomène entraîne des effets au niveau étatique.

Sous cet angle particulier, on se rapproche ici du modèle établi par l'Union Européenne, bien que les matières couvertes soient, bien évidemment, beaucoup moins étendues que celles susceptibles de faire l'objet d'actes législatifs communautaires. Quoi qu'il en soit, la Convention de 1982 a indubitablement doté l'AIFM de pouvoirs législatifs authentiques, et leur exercice comporte des effets contraignants sur les plans interétatique et même national. On pourrait s'étonner de ce qu'une solution aussi "progressiste" ait pu trouver grâce devant une conférence rassemblant la quasi-totalité des membres de la communauté internationale. L'explication du phénomène est probablement à rechercher dans le fait que les règles juridiques résultant de cette activité s'appliqueront principalement à un espace soustrait à la juridiction nationale. Il n'en est pas moins vrai que les règles en cause pourront avoir des répercussions à l'intérieur de cette juridiction.

### **3.3.5 Législation par voie d'interprétation dans le cadre des institutions internationales en matière de finance et de commerce**

Les Statuts de la Banque internationale de reconstruction et de développement (BIRD), du 22 juillet 1944<sup>39</sup>, disposent, à leur article V, section 2, lettre b, que le Conseil des Gouverneurs a la compétence exclusive de se prononcer sur des recours contre les interprétations des Statuts données par les Administrateurs de la Banque. Cela permet d'inférer l'existence d'un pouvoir des Administrateurs d'interpréter les dispositions des Statuts de la Banque, pouvoir confirmé à l'article IX qui prévoit également une procédure arbitrale en cas de litige entre la Banque et un Etat membre. Des dispositions très semblables, mais encore plus précises, figurent à l'article XXIX des Statuts du Fonds monétaire du 22 juillet 1944<sup>40</sup>.

La question que l'on doit se poser à propos des dispositions précitées est celle de savoir si, s'agissant de l'interprétation des Statuts, donc de *règles existantes*, il est possible de parler de "législation". D'une manière générale, on répondra par la négative, tout en relevant que, là où les règles à interpréter sont particulièrement générales ou lacunaires, l'interprétation donnée, si elle a valeur obligatoire pour les Etats Parties, peut prendre des allures de législation.

Un problème semblable se pose dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) du 30 octobre 1947<sup>41</sup> et de l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC)<sup>42</sup>. Ce problème comporte deux aspects.

Le premier est celui du "droit dérivé" du GATT. Comme l'explique TH. FLORY,

*"[à] tous les niveaux du GATT, les règles de l'Accord général et des Codes ont été précisées, complétées et interprétées par des décisions*

---

<sup>39</sup> RO 1992, p. 2646.

<sup>40</sup> RO 1992, p. 2571.

<sup>41</sup> RS 0.632.21.

<sup>42</sup> RS 0.632.20.

*prises par les organes institutionnels habilités (Parties contractantes, Conseil, Comités des signataires de chaque code). ... le doit 'dérivé' que le GATT a ainsi peu à peu élaboré dans le cadre de ses organes institutionnels permanents -- et notamment depuis 1979 -- représente aujourd'hui un ensemble considérable<sup>43</sup>.*

Il est certainement permis, dans le contexte du "droit dérivé" du GATT, fondé sur l'article XXV de celui-ci, de parler d'un effet législatif.

On a également prétendu - c'est là le second aspect du problème - que les résultats du système de règlement pacifique des différends que les Parties contractantes ont développé à partir de l'article XXIII du GATT ("groupes spéciaux", "panels") sont des interprétations qui forment une jurisprudence ayant valeur de précédent et qui revêtent une certaine qualité "législative" si elles ont été acceptées par l'ensemble des Parties contractantes. Quoique l'on puisse penser de la première affirmation, la seconde est certainement inexacte puisqu'il s'agissait de décisions concernant des cas particuliers, donc de règles individuelles.

La situation a évolué avec l'avènement de l'OMC. Suivant en cela le modèle établi par la BIRD et le FMI, l'article IX, paragraphe 2, de l'Accord de Marrakech donne à la Conférence ministérielle et au Conseil général le pouvoir exclusif d'adopter, à la majorité des trois quarts des membres, des "interprétations" obligatoires pour tous les Etats Parties. Il s'agit, en somme, d'une fonction permettant de préciser des pouvoirs qui, en fait, existaient déjà dans le cadre du GATT et qui, on l'a dit, déploient un certain effet législatif.

L'émergence de l'OMC a, comme on vient de le dire, apporté d'importants changements dans le domaine du règlement pacifique des différends. Le texte pertinent<sup>44</sup> accentue en effet le caractère juridictionnel de la procédure de règlement, notamment en précisant le droit applicable, en instituant une procédure d'appel et en établissant une présomption d'ac-

---

<sup>43</sup> TH. FLORY, "L'évolution des régimes juridiques du GATT depuis les Accords du Tokyo Round de 1979", *Journal du droit international*, t. 113, 1986, pp. 329-345(342).

<sup>44</sup> Annexe 2 de l'Accord de Marrakech, intitulée "Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends", RS 0.632.20, p. 403.

ception de la décision par l'Autorité de règlement des différends<sup>45</sup>. Malgré ces changements, une décision agréée dans le cadre de cette procédure n'équivaut en aucune manière à une "interprétation" au sens de l'article IX, paragraphe 2, de l'Accord de Marrakech<sup>46</sup>. La décision reste ainsi au niveau d'une règle individuelle et ne saurait prétendre à une qualité législative quelconque.

### **3.4 Organismes régionaux ou sous-régionaux**

#### **3.4.1 Généralités**

Comme on a déjà pu le constater, le fait que sa sphère d'action soit limitée à une région ou sous-région n'empêche pas une organisation intergouvernementale d'exercer des fonctions législatives dans le sens qui a été attribué à cette expression. On ne mentionnera ici, très brièvement, que les activités de la Commission centrale pour la navigation du Rhin, une des plus anciennes organisations gouvernementales, mais d'autres organismes sont eux aussi dotés de fonctions législatives<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Voir les articles 3, 17 et 16 du Mémoire cité.

<sup>46</sup> Cf. à ce sujet la décision de l'Organe d'appel, du 4 octobre 1996, en l'affaire *Japon-Taxes sur les boissons alcooliques*, document WT/DS 8/ AB/ R., ainsi que G. SACERDOTI, "Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review", in: E.-U. PETERSMANN (éd.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Londres 1997, pp. 245-280 (279-280) (Studies in Transnational Economic Law, vol. 11).

<sup>47</sup> On pourrait mentionner ici, comme autre exemple, la Commission établie par l'article XI de la Convention du 24 octobre 1980 sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l'Atlantique Nord-Ouest (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1135, p. 389) qui, à la majorité de ses membres, peut légiférer sur des questions de gestion et de conservation des ressources halieutiques. Tout membre a cependant le droit de se soustraire à une mesure adoptée en y présentant une objection, ou de la dénoncer au bout d'une année (article XII).

### 3.4.2 Commission centrale pour la navigation du Rhin (CCR)<sup>48</sup>

Cette institution vénérable - peut-on parler d'"organisation", puisqu'il y a doute sur le point de savoir si elle est dotée de la personnalité juridique internationale? - est régie par la Convention de Mannheim relative à la navigation du Rhin, dans sa teneur modifiée du 20 novembre 1963<sup>49</sup>, ainsi que par quelques dispositions du Traité de paix de Versailles qui sont restées en vigueur. Cet organisme, actuellement composé de représentants de quatre Etats membres de l'Union Européenne (Allemagne, Belgique, France, Pays-Bas) et de la Suisse, s'occupe essentiellement de la navigation rhénane. Il a notamment pour tâche de promulguer des règlements dans ce domaine, en particulier en matière de pilotage et de police fluviale (article 356 du Traité de Versailles). La CCR prend ses décisions à l'unanimité de tous ses membres (article 46 de la Convention de Mannheim), chaque membre disposant ensuite d'un mois pour retirer son vote affirmatif ou pour annoncer son intention de saisir ses organes législatifs nationaux. Si la décision relative à l'adoption d'un règlement n'obtient qu'une majorité, ou si un membre change son vote affirmatif dans le délai prescrit, la "décision" se transforme en simple "recommandation" (article 46 de la Convention de Mannheim), cela pour tous les membres de la CCR et non seulement pour celui qui vient de modifier son vote.

Il est douteux que l'on puisse parler, ici, d'un authentique pouvoir réglementaire, car la voie suivie par la Commission pour l'adoption de ses règlements se rapproche beaucoup du processus de conclusion des traités. On ne saurait en revanche nier que la CCR édicte des règles générales et abstraites, puisque celles-ci s'étendent à tous les bateaux sillonnant le Rhin et s'appliquent à une pluralité de situations. L'objection la plus sérieuse est celle que l'on pourrait déduire du fait que la procédure suivie permet à un Etat rhénan de se dessolidariser *ex post* d'une décision unanime, une telle attitude ayant pour effet de transformer un règlement contraignant en recommandation. Toujours est-il que l'on se trouve en

---

<sup>48</sup> Pour ce qui est de l'activité législative de la CCR, voir aussi L. CAFLISCH, "The Law of International Waterways in Its Institutional Aspects", in: *Im Dienst an der Gemeinschaft. Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Bâle 1989, pp. 21-46 (30-33).

<sup>49</sup> RO 1967, p. 1639.

présence d'un ensemble de règles recommandées. Ainsi un effet juridique se produit.

### **3.5 Conclusions**

L'activité législative, telle qu'elle a été définie dans la présente étude, ne présuppose pas nécessairement que l'auteur de la règle produite dispose d'un véritable pouvoir réglementaire. De ce fait, le cercle des "législateurs" sur le plan international est plus étendu que celui des organismes disposant d'un pouvoir réglementaire proprement dit. Même l'Assemblée générale des Nations Unies déploie parfois des activités législatives, et l'on peut ajouter que certaines institutions spécialisées de l'Organisation - et plus encore l'AIFM - ont une vocation caractérisée dans ce domaine. La décentralisation de la fonction législative sur le plan international n'a pas pour autant été battue en brèche de façon décisive. Le processus conventionnel multilatéral général ou régional reste le mode privilégié d'élaboration de règles du droit des gens.

## **4. Traités multilatéraux généraux, régionaux ou sous-régionaux**

### **4.1 Généralités**

Comme cela a été expliqué plus haut, une des principales sources du droit international public est la conclusion de traités. Etant donné que le caractère législatif d'une activité dépend de la nature générale et abstraite des règles produites plutôt que de l'identité de leurs auteurs, l'élaboration de traités multilatéraux généraux, régionaux ou sous-régionaux peut venir se ranger parmi les activités législatives (ou, si l'on préfère, quasi législatives), notamment lorsque ces instruments ont pour objets la codification et le développement progressif du droit international.

## 4.2 Les conventions pour la codification et le développement progressif du droit international

Aux termes de l'article 13, paragraphe 2, de la Charte, le développement progressif du droit des gens et sa codification relèvent de l'Assemblée générale des Nations Unies. En 1947, celle-ci a établi la Commission du droit international (CDI), organe subsidiaire qui a commencé ses activités en 1949 et qui est composé, à l'heure actuelle, de 34 experts indépendants, élus tous les quatre ans par l'Assemblée générale compte tenu de la nécessité d'une répartition géographique équitable<sup>50</sup>. La CDI a pour tâche de préparer des projets de traités de codification et de développement progressif du droit international. A cet effet, elle se réunit en général chaque année, à Genève, pour une session de trois mois.

L'oeuvre de la CDI est riche et couvre une gamme étendue de domaines: droit de la mer et des cours d'eau, arbitrage interétatique, droit diplomatique et consulaire, droit des traités, succession d'Etats, responsabilité des Etats et protection diplomatique, immunités des Etats et responsabilité pénale internationale des individus<sup>51</sup>, pour n'en citer que les principaux.

D'une manière générale, la CDI nomme un rapporteur spécial pour chaque sujet qu'elle aborde. Au fil des sessions, le Rapporteur élabore des rapports compilant la pratique existante, souvent très volumineuse, analysant la pratique et proposant des dispositions qui reflètent cette pratique ou, s'il l'estime opportun, vont au-delà de celle-ci. Ces rapports, et surtout les règles proposées, sont ensuite débattus au sein de la Commission plénière, puis acheminés vers le Comité de rédaction de la CDI, qui finalise le projet d'articles. Lorsque le projet accompagné de commentaires sur chaque disposition est prêt, la CDI l'adopte en première lecture et le transmet, pour avis, à la Sixième Commission (juridique) de l'Assemblée générale et aux Etats individuels. Munie de ces avis, dont elle ne tient pas toujours compte, la CDI procède alors à un second examen du projet, modifie celui-ci s'il y a lieu et le présente de nouveau à la Sixième Commission.

---

<sup>50</sup> Sur ces points, on consultera les articles premier, 2 et 3 du Statut de la Commission, reproduits in: Nations Unies, *La Commission du droit international et son oeuvre*, 4<sup>e</sup> éd., New York 1989, p. 125.

<sup>51</sup> Voir les pp. 135 et ss de la même publication.

Il appartient alors à cette dernière de suggérer à l'Assemblée générale la voie qu'il conviendrait de suivre. Par le passé, l'Assemblée a eu recours à plusieurs moyens. Lorsqu'elle estime que le projet élaboré par la CDI n'est pas de nature à provoquer des controverses trop importantes, comme cela était le cas dans le domaine du droit diplomatique et consulaire, ou dans celui du droit des traités, elle convoque une conférence diplomatique ou demande à la Sixième Commission de conduire les négociations nécessaires avant de faire adopter le texte par l'Assemblée. Dans le cas contraire, elle peut demander à cette Commission de se constituer en groupe de travail officieux *ad hoc* pour évaluer les chances de trouver des solutions transactionnelles sur les points controversés; c'est ce qui s'est produit à propos du projet récent de la CDI relatif à l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats. Au vu du résultat de ces tractations, l'Assemblée peut d'alors décider si elle veut réunir une conférence diplomatique<sup>52</sup>. Il arrive aussi - c'est là une troisième voie - qu'un groupe de travail officieux *ad hoc* constitué par la Sixième Commission parvienne à la conclusion que des travaux supplémentaires sont requis avant de passer au stade de la conférence diplomatique. Dans cette éventualité, le groupe de travail suggérera à la Sixième Commission et à l'Assemblée l'établissement d'une commission préparatoire avant la convocation de la conférence diplomatique. C'est là la démarche qui a été suivie pour le projet de statut d'une cour criminelle internationale de caractère permanent<sup>53</sup>. L'Assemblée générale peut enfin estimer, en se fondant sur les réactions des Etats, que le projet d'articles peut être adopté tel quel et ouvert à la signature - dans la réalité cette situation ne semble jamais s'être produite - ou, au contraire, lorsqu'un dénouement par la négociation d'un traité paraît peu probable, ou pour d'autres raisons, se borner à "prendre acte" du texte par la CDI, comme elle l'a fait pour le Modèle de règles sur la procédure arbitrale (1958)<sup>54</sup>.

S'il est décidé de convoquer une conférence diplomatique ou de continuer l'étude d'un projet d'articles au sein de l'Organisation des Nations Unies, des négociations s'engagent. Lors de ces pourparlers, ce n'est pas

---

<sup>52</sup> Nations Unies, Assemblée générale, Résolutions A/52/151 du 19 novembre 1997 et 49/61 du 9 décembre 1994.

<sup>53</sup> Nations Unies Assemblée générale, Résolution A/51/207 du 3 décembre 1996.

<sup>54</sup> Nations Unies, Assemblée générale, Résolution 1262 (XIII) du 14 novembre 1958.

toujours la codification du droit international ni même son développement progressif qui forme l'objectif principal à atteindre, mais une solution commandant un consensus ou du moins une très large majorité, afin que la convention, une fois adoptée, soit ratifiée par un nombre maximum d'Etats. Ainsi la convention qui se dégage des négociations renferme souvent des transactions de nature politique qui n'épousent pas nécessairement la pratique existante. Cela pourra s'avérer gênant lorsqu'il s'agira de déterminer ultérieurement si une règle contenue dans la convention reflète ou non le droit coutumier, cela d'autant plus que les instruments en question, souvent, omettent d'identifier les dispositions qui relèvent de la codification et celles qui ressortissent au développement progressif du droit des gens<sup>55</sup>. Mais ce n'est pas là le problème essentiel pour la présente étude. La question principale est celle de savoir si les Etats participant à la négociation arrêtent d'un commun accord, consciemment et délibérément, des règles générales et abstraites qui, au surplus, entraînent des effets juridiques pour les Etats participants et, le cas échéant, pour des Etats tiers.

Les procédures qui viennent d'être décrites ont permis d'apporter d'importantes retouches au droit international tel qu'il existait à l'aube de la décolonisation. Il n'est donc nullement exagéré de parler d'un important effort de législation entrepris par la communauté internationale. La participation de la CDI, organe composé d'experts et non de représentants d'Etats, a permis de réduire l'influence des grandes puissances sur le processus législatif.

Cela ne signifie pas pour autant que tous les Etats pèsent d'un poids égal. Ainsi la Suisse, pays non membre des Nations Unies, s'est trouvée dans une situation particulièrement précaire. Bien qu'il ne soit pas juridiquement exclu qu'un ressortissant suisse puisse être élu membre de la CDI, cela est invraisemblable sur le plan politique. Ainsi la Suisse, Etat hôte de la CDI, est privée en permanence de la possibilité de se faire entendre

---

<sup>55</sup> Dans ce contexte, on a souvent mentionné comme exemples les quatre Conventions de Genève sur le droit de la mer, du 29 mai 1958, RO 1966, pp. 1003, 1013, 1023 et 1031. Le deuxième de ces instruments, relatif à la haute mer, est seul à revendiquer expressément, dans son préambule, le statut de codification du droit coutumier existant. Les Conventions sur la mer territoriale et sur le plateau continental demeurent silencieuses, alors que celle sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer suggère qu'elle vise à développer, donc à altérer le droit existant.

au sein de cet organe. Elle peut en revanche formuler, comme tout autre Etat, des commentaires sur les projets d'articles préparés par la Commission; elle peut également participer comme observateur aux débats de la Sixième Commission. Il ne lui est pas loisible, en revanche, de prendre part au processus de prise de décisions de la Sixième Commission ou de l'Assemblée générale concernant le sort à réserver aux projets de la CDI. Elle sera toutefois invitée à participer aux conférences diplomatiques qui peuvent être consacrées à ces projets. Lorsque les travaux commencés par la CDI se poursuivent à l'intérieur des Nations Unies - au sein d'un groupe de travail officieux *ad hoc* formé par la Sixième Commission ou d'une commission préparatoire - la Suisse devra, chaque fois, solliciter la permission d'y prendre part et de présenter des propositions, ce qu'elle a fait pour les travaux récents sur l'immunité des Etats, sur la création d'une cour criminelle permanente et sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Comme le montrent les travaux portant sur ce dernier sujet, lorsque l'adoption de la convention et son ouverture à la signature relèvent d'une décision de l'Assemblée générale, la Suisse ne peut pas participer au processus décisionnel<sup>56</sup>, ce qui, dans le cas du régime des cours d'eau, vital pour notre pays, était très regrettable. Ainsi la procédure de législation internationale par l'adoption de conventions pour le développement progressif du droit international et pour sa codification se présente comme un des domaines où l'absence de la Suisse des Nations Unies se fait le plus sentir, en dépit des efforts de la diplomatie suisse tendant à en atténuer les conséquences.

### 4.3 Autres traités multilatéraux généraux

A côté des instruments conventionnels visant spécifiquement la codification et le développement progressif du droit international (coutumier), il existe un grand nombre d'accords internationaux à vocation universelle

---

<sup>56</sup> A ce propos, on se référera, par exemple, à la Résolution 49/52 du 9 décembre 1994, qui permit à la Suisse de prendre part, de plein pied, aux travaux du Groupe de travail *ad hoc* de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Ce texte disposait en effet, à son point 3, que pouvaient participer pleinement aux travaux du Groupe *ad hoc*, à côté des pays membres de l'Organisation, les Etats membres d'institutions spécialisées. En revanche, la Suisse n'a pas pu participer à l'adoption de la Résolution du 21 mai 1997, Nations Unies, document A/51/229.

qui établissent des régimes internationaux, soit en formulant des règles de fond, soit en créant des institutions, soit en faisant l'un et l'autre. De tels régimes existent dans de nombreux domaines de la vie internationale: relations économiques, limitation des armements, droit humanitaire, ressources naturelles, communications, droit de la mer, de l'air et de l'espace, pour n'en citer que quelques-uns. Ces accords, s'ils comportent souvent des aspects de codification et de développement du droit existant, vont bien au-delà de celui-ci en formulant des règles entièrement nouvelles.

Le long processus de gestation aboutissant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, conclue en 1982 et entrée en vigueur en 1994, en est un excellent mais non le seul exemple. Lorsque la mise à jour des quatre Conventions de Genève sur le droit de la mer de 1958 fut débattue à l'Assemblée générale des Nations Unies, dans les années 1967 et 1968, la grande majorité des Etats membres, pays en développement qui se sentaient prétérités par les conventions existantes, oeuvre de la CDI, refusaient de faire appel à celle-ci. A l'appui de leur attitude, ils expliquaient qu'il ne leur fallait ni une codification ni un développement progressif des règles existantes, seuls domaines où la CDI était compétente, mais un régime radicalement nouveau. C'est pourquoi la préparation des textes fut confiée à un organe *ad hoc* de l'Assemblée - le Comité des fonds marins - qui, vers la fin de ses travaux, ne comptait pas moins de 91 membres et qui, de l'avis de ses promoteurs, était mieux à même que la CDI de concrétiser les aspirations de l'ensemble de la communauté des Etats. Les membres de cet organisme ayant eu beaucoup de peine à s'entendre, c'est la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer qui a fini par y parvenir au bout de neuf ans de travaux à l'aide de méthodes assez originales. Ne disposant d'aucun projet d'articles préparé par la CDI, un comité *ad hoc* ou un secrétariat, la tâche d'en préparer un fut confiée à des membres individuels du Bureau de la Conférence<sup>57</sup>. Par la suite, il échet à un organe créé *ad hoc* et formé par le Président de la Conférence, les Présidents des grandes Commissions, le Rapporteur spécial de la Conférence et le Président du Comité de rédaction de préparer les moutures successives d'un projet de convention qui devait former

---

<sup>57</sup> Pour l'évolution antérieure à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, voir A. DE MARFFY. *La genèse du nouveau droit de la mer. Le Comité des fonds marins*, Paris 1980.

un "package deal" et, comme tel, être adopté par consensus si possible<sup>58</sup>. Il ne fait aucun doute que la Convention issue de cette Conférence, qui a recueilli entre-temps 116 ratifications et adhésions<sup>59</sup>, énonce des règles générales et abstraites, dont certaines relèvent de la codification (mer territoriale) ou du développement progressif (plateau continental, zone contiguë, transit des Etats sans littoral) du droit existant, alors que d'autres (passage en transit dans les détroits, eaux archipélagiques, grands fonds marins) s'écartent complètement de ce droit ou revêtent un caractère institutionnel ou procédural (Autorité internationale des fonds marins, mécanisme de règlement pacifique des différends). Il s'agit ainsi d'un traité établissant un régime juridique à vocation universelle au moyen de règles générales et abstraites qui relèvent indubitablement de la législation internationale.

#### 4.4 Conventions régionales et sous-régionales

Il sied de rappeler ici qu'une règle qui est suffisamment abstraite, c'est-à-dire susceptible de couvrir une pluralité de situations hypothétiques, peut être qualifiée de générale même si son champ d'application est limité, *ratione personae*, à une région, voire une sous-région.

Certaines régions ou sous-régions, unies par des liens économiques, politiques, sociaux et culturels, connaissent des mécanismes pour la conclusion de traités codifiant des règles propres à la région ou sous-région - la Convention de La Havane du 20 février 1928 sur l'asile<sup>60</sup> peut être mentionnée à titre d'exemple - ou pour l'élaboration de régimes conventionnels qui dérogent au droit existant - on citera en exemple la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957<sup>61</sup>. Parmi ces méca-

---

<sup>58</sup> Pour les travaux de la Conférence elle-même, cf. JEAN-PIERRE LEVY, *La Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Histoire d'une négociation singulière*, Paris 1983.

<sup>59</sup> Nations Unies, Bureau des affaires juridiques, Division des affaires maritimes et du droit de la mer, Bulletin du droit de la mer no 34, 1997, p. 5.

<sup>60</sup> *American Journal of International Law*, vol. 22, 1928, documents officiels, p. 158.

<sup>61</sup> Conseil de l'Europe, Série des traités européens, no 24.

nismes on mentionnera, sans les analyser en détail, le système panaméricain et le Conseil de l'Europe.

L'hémisphère américain peut se targuer d'une riche et longue tradition en matière de codification et de développement du droit international, public et privé. Commencées au XIXe siècle, ces activités s'étendirent à l'ensemble de l'hémisphère au début du XXe siècle. Elles prirent la forme de textes conventionnels préparés par la Commission internationale de juristes, organe d'experts représentant les gouvernements des Etats participants, et adoptés ensuite par la Conférence internationale de Etats américains. Du début de ce siècle à la Seconde Guerre mondiale, cette source a produit une quarantaine de traités multilatéraux sur les aspects les plus divers du droit international public et privé. A ces traités sont venus s'ajouter une série d'accords préparés au sein de conférences spéciales<sup>62</sup>.

Au cours de la réorganisation des institutions du continent américain postérieurement à la Seconde Guerre mondiale, le processus législatif lui aussi fut revu. Au centre de ce processus se situe aujourd'hui le Comité juridique interaméricain, dont l'origine remonte à la Commission internationale de juristes précitée, sauf que ses membres, à l'image de ceux de la CDI, ne "représentent" pas leurs Etats nationaux. Ce Comité est composé de onze experts juristes élus par l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains (OAS), pour des mandats de quatre ans et conformément au principe d'une représentation géographique équitable, sur des listes de trois candidats présentées par chaque Etat membre de l'Organisation<sup>63</sup>. Le Comité, dont le siège se trouve à Rio de Janeiro, a notamment pour tâches "le développement progressif et la codification du droit international" - formule empruntée à l'article 13, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies - ainsi que l'étude de la possibilité d'unifier les législations des Etats membres<sup>64</sup>. Dans le cadre ainsi défini, le Comité exécute des études et travaux préparatoires, conformément aux

---

<sup>62</sup> Pour l'évolution de la coopération juridique sur le continent américain, l'on consultera, faute de textes récents, les ouvrages de A. V.W. THOMAS et A.J. THOMAS, *The Organisation of American States*, Dallas, 1963, pp. 398-404, et de F.V. GARCIA-AMADOR, *The Inter-American System*, Dobbs Ferry, N.Y., 1966, pp. 25-38.

<sup>63</sup> Article 107 de la Charte de l'Organisation des Etats américains révisée à Buenos Aires le 27 février 1967.

<sup>64</sup> *Ibid.*, article 105.

mandats que lui ont confiés l'Assemblée générale et certains autres organes de l'OAS; il peut également agir à sa propre initiative. Les résultats de ces travaux sont susceptibles d'aboutir devant l'Assemblée, qui peut les adopter sous la forme de conventions interaméricaines, ou devant des conférences spécialisées.

L'activité ainsi déployée au sein de l'OAS a produit une importante série d'accords multilatéraux de codification ou autres. Le caractère abstrait et relativement général des règles qu'ils renferment paraissant incontestable, il est légitime, ici encore, de parler de "législation internationale".

Quant au Conseil de l'Europe, la conclusion d'accords dans des domaines d'intérêt commun est prévue à l'article premier, lettre b, du Statut de l'Organisation<sup>65</sup>.

Sur la base de cette disposition, le Conseil a, tout au long de son existence, déployé une activité normative considérable en soumettant à la signature et la ratification de ses Etats membres un grand nombre de conventions multilatérales touchant aux domaines les plus divers.

Le processus d'élaboration de traités multilatéraux s'ouvre par la décision d'un (ou plusieurs) comités directeurs du Conseil de préparer un projet de convention sur un sujet donné; cette décision désigne le comité d'experts permanent ou *ad hoc* chargé d'élaborer le projet et fixe le mandat de ce comité. Ce dernier prépare alors le projet de convention, avec l'aide du Secrétariat du Conseil, et le transmet au comité directeur compétent. Si celui-ci est satisfait, il transmet le projet au Comité des ministres du Conseil de l'Europe; s'il ne l'est pas, il le renvoie au comité d'experts pour réexamen ou -- mais cela est rare -- le modifie lui-même, puis le soumet au Comité des ministres. Si celui-ci est satisfait à son tour, il adopte le texte de la convention et l'ouvre à la signature; dans le cas contraire, il le renvoie au comité directeur concerné.

---

<sup>65</sup> Aux termes de cette disposition, le but de réaliser une union plus étroite entre les membres du Conseil est "poursuivi au moyen des organes du Conseil, par l'examen des questions d'intérêt commun, par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, ainsi que par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales".

Les textes ainsi adoptés et ouverts à la signature sont nombreux, puisque la liste des traités du Conseil de l'Europe comprend plus de cent numéros, sans compter les protocoles et chartes. Ce succès quantitatif doit toutefois être nuancé sur le plan qualitatif. En effet, si certains accords ont remporté un succès considérable - que l'on songe à la Convention européenne précitée sur l'extradition ou à celle d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959<sup>66</sup> - un certain nombre de ces instruments sont restés lettre morte<sup>67</sup> ou ne s'appliquent qu'entre un nombre limité de pays membres<sup>68</sup>.

## 5. Les amendements aux traités effectués au moyen d'actes législatifs<sup>69</sup>

La plupart des traités internationaux qui intéressent ici règlent la procédure de leur amendement; cette procédure peut consister, par exemple, à prescrire la ratification ou l'adhésion de *tous les Etats Parties* (règle de l'unanimité). A défaut de dispositions particulières, on appliquera l'article 40 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969<sup>70</sup> sur le droit des traités. D'après cet article, tout Etat Partie à un traité multilatéral peut participer à la décision de modifier ce traité, à la négociation de l'amendement et à l'adoption de celui-ci. Il peut ensuite devenir Partie au texte amendé ou au contraire y renoncer. Dans la première hypothèse, il sera lié par le texte amendé envers les Etats qui l'ont également accepté et par l'ancienne teneur du traité vis-à-vis de ceux qui ne l'ont pas fait. La techni-

<sup>66</sup> Conseil de l'Europe, Série des traités européens, no 30.

<sup>67</sup> A titre d'exemples, on citera la Convention européenne sur la computation des délais, du 16 mai 1972 (*ibid.*, no 76), qui n'a été ratifiée que par quatre Etats, ou celle sur certains aspects internationaux de la faillite, du 5 juin 1990 (*ibid.* no 136), qui n'a été ratifiée que par un seul Etat (Chypre) et qui n'est pas entrée en vigueur.

<sup>68</sup> A titre d'exemples, on mentionnera l'Arrangement du 26 mai 1988 pour l'application de l'Accord européen du 17 octobre 1980 concernant l'octroi des soins médicaux aux personnes en séjour temporaire (*ibid.*, no 129), ainsi que le Code européen révisé de sécurité sociale, du 6 novembre 1990 (*ibid.*, no 139) (14 signatures mais aucune ratification).

<sup>69</sup> See SKUBISZEWSKI, "Legislation", pp. 1256-1257.

<sup>70</sup> RS 0.111.

que d'amendement ainsi décrite est de nature purement conventionnelle, tout comme l'était la conclusion du traité initial. Autrement dit, la modification du traité s'effectue par voie d'accord.

Mais le recours à cette technique n'est pas toujours possible. Il existe des situations où ne saurait admettre que des Parties différentes soient régies par des versions différentes et où l'unité du texte est essentielle. Tel est le cas lorsque la proposition d'amendement porte sur des règles fondamentales ou institutionnelles.

Pour prendre un exemple particulièrement clair, on ne saurait s'imaginer un Conseil de sécurité des Nations Unies qui aurait quinze membres pour les uns, alors que pour d'autres il n'en aurait que onze<sup>71</sup>. Ce genre de situation peut être géré de deux manières, dont l'une relève du domaine conventionnel classique, tandis que l'autre s'apparente à la législation par acte unilatéral.

La voie conventionnelle consiste à admettre que les Etats Parties qui refusent l'amendement cessent d'être Parties au traité et, le cas échéant, membres de l'organisation créée par lui. Cette voie classique était celle retenue à l'article 26, paragraphe 2, du Pacte de la Société des Nations<sup>72</sup>; elle continue à être utilisée dans le cadre de l'Union postale universelle<sup>73</sup>.

La technique apparentée à la législation par acte unilatéral consiste à examiner la proposition d'amendement au sein des Parties contractantes ou les organes de l'entité concernée, à la faire adopter par ces Parties ou organes à une majorité qualifiée et à faire entrer en vigueur l'amendement, *pour toutes les Parties*, lorsqu'une majorité d'Etats Parties l'auront ratifié. C'est ainsi que l'article 108 de la Charte des Nations Unies dispose:

---

<sup>71</sup> Par la Résolution 1991 A (XVIII) de l'Assemblée générale, du 17 décembre 1963, le nombre des membres du Conseil fut effectivement porté de 11 à 15. Cet amendement entra en vigueur le 31 août 1965, conformément aux dispositions de l'article 108 de la Charte.

<sup>72</sup> Cette disposition avait la teneur suivante: "Tout membre de la Société des Nations est libre de ne pas accepter les amendements apportés au Pacte, auquel cas il cesse de faire partie de la Société."

<sup>73</sup> Article 30 de la Constitution de l'Union postale universelle du 10 juillet 1964, RO 1966, p. 167.

*"Les amendements à la présente Charte entreront en vigueur pour tous les membres des Nations Unies quand ils auront été adoptés à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée générale et ratifiés, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives, par les deux tiers des membres de l'Organisation, y compris tous les membres permanents du Conseil de sécurité."*

La même approche est suivie dans les instruments constitutifs de nombreuses autres institutions internationales<sup>74</sup>, dont l'Organisation internationale du travail (article 36 de la Constitution du 28 juin 1919<sup>75</sup>) et l'OMS (article 73 de la Constitution du 22 juillet 1946<sup>76</sup>).

Un cas particulièrement intéressant est celui de la Convention de 1982 sur le droit de la mer. Les articles 312 à 316 de cet instrument prévoient diverses voies de négociation et d'adoption des amendements. Ces derniers entrent en vigueur après ratification ou adhésion par 60 Etats ou par deux tiers des Etats Parties, le chiffre plus élevé étant retenu; ils ne lient que les Etats qui les ont ratifiés ou qui y ont adhéré (article 316, paragraphe 4). Voilà la voie classique, consensuelle, offerte par le droit des traités. Les choses se présentent différemment pour la modification des dispositions régissant les activités dans la Zone internationale des fonds marins -- il s'agit de règles portant sur le régime et la gestion de la Zone ainsi que sur l'AIFM-- et du Statut du Tribunal international du droit de la mer (Annexe VI de la Convention de 1982). Ces amendements entrent en vigueur, *pour l'ensemble des Etats Parties*, un an après le dépôt de leurs instruments de ratification ou d'adhésion par trois quarts des Etats Parties (article 316, paragraphe 6; voir également l'article 155, paragraphe 4). On ne manquera pas de noter, en guise de conclusion, que la solution ainsi consacrée n'a pas été démentie, pour l'essentiel, par l'Accord complémentaire du 28 juillet 1994<sup>77</sup>.

La technique qui vient d'être décrite a un caractère mixte. Elle est reliée au droit conventionnel parce que c'est de l'amendement des traités qu'il

<sup>74</sup> SKUBISZEWSKI, "Legislation", p. 1256.

<sup>75</sup> RO 1948, p. 891.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 1002.

<sup>77</sup> Section 4 de l'Appendice à l'Accord de 1994, voir le Bulletin cité à la note 37, p. 18.

s'agit. Sous l'angle de la présente étude, on se trouve donc dans le domaine de la législation par la voie d'accords multilatéraux. Elle relève en revanche de la législation par acte unilatéral, donc extra-conventionnelle, dans la mesure où des règles adoptées par un nombre d'Etats ou au sein d'une organisation internationale lient des Etats qui n'y ont pas souscrit.

## **6. Conclusions**

On s'est demandé, au début de cette étude, si la notion de législation peut s'appliquer par analogie dans l'ordre juridique international. Technique appelée à transposer des concepts utilisés dans un domaine du droit à un autre, le recours à l'analogie est légitime dès lors que les conditions essentielles prévalant dans les domaines considérés sont identiques ou du moins comparables.

La caractéristique essentielle de la législation est, selon la présente étude, la production délibérée de règles générales et abstraites qui entraînent des conséquences juridiques. L'étude a en revanche fait abstraction de la nature de l'organe qui produit la règle, tout comme du caractère hétéro-normateur prédominant de la législation sur le plan national, cette caractéristique n'étant présente, au niveau international, que dans le cas d'actes unilatéraux d'institutions dotées de la personnalité juridique internationale. On a enfin écarté l'idée que la règle produite doit être contraignante pour ses destinataires et admis qu'il suffit qu'elle entraîne des conséquences juridiques pour eux.

Sur le plan interne, en dépit des différences qui séparent les ordres juridiques nationaux, le processus législatif dans les différents pays revêt des traits communs, aisément identifiables: préparation initiale d'un texte par l'administration, à moins que la question n'ait été soulevée par une initiative parlementaire après consultation des milieux intéressés; adoption finale, après discussion, négociation et modification, par les organes parlementaires compétents (ce dernier élément fera défaut dans les pays sans parlement). Le processus législatif international, au contraire, comme l'a montré cette étude, n'obéit à aucun scénario général, sauf en ce qui concerne sa fin: l'approbation du texte législatif par l'organe compé-

tent de l'organisation intergouvernementale, ou l'adoption du traité par les Etats qui ont participé à sa négociation.

Compte tenu des éléments qui viennent d'être signalés - incertitude quant à l'étendue et à la légitimité même de la notion de législation en droit des gens, manque d'uniformité des processus d'élaboration des règles - à quoi peut servir la présente étude ? Elle peut montrer d'abord - quelles que soient les réserves que l'on puisse formuler à l'égard du recours à la notion de législation sur le plan international - qu'il existe aujourd'hui une production centralisée de règles de droit, soit par les organisations intergouvernementales elles-mêmes, soit à leur instigation et avec leur coopération lorsqu'il s'agit de la conclusion par les Etats de traités multilatéraux renfermant des règles générales et abstraites.

L'étude montre ensuite que si la qualité laisse souvent à désirer, la quantité des règles produites a beaucoup augmenté. Cette croissance, reflet d'une tendance également observée au niveau interne, peut susciter des inquiétudes. D'abord parce que l'augmentation quantitative peut aller de pair avec une diminution de la qualité. Ensuite et surtout parce que la frénésie législative qui a saisi la communauté des Etats semble servir à masquer les réticences que cette même communauté éprouve à *mettre en oeuvre* le droit international. Autrement dit, les Etats produiraient toujours plus pour faire oublier le manque d'effectivité de ce qu'ils ont déjà produit. Vu sous cet angle, l'essor du phénomène législatif en droit international n'est pas pleinement rassurant.