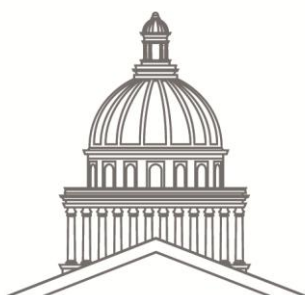


# Université Paris II- Panthéon-Assas

école doctorale de droit international, droit européen, relations  
internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en droit soutenue le 24 septembre 2019

## Le concept de traité international. Racines antiques et significations contemporaines



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON - ASSAS

**Emmanuel BOURDONCLE**

Sous la direction de M. Serge SUR, Professeur à l'Université Paris II – Panthéon Assas

Membres du jury :

- M. Denis ALLAND, Professeur à l'Université Paris II – Panthéon Assas
- Mme Frédérique COULEE, Professeure à l'Université Paris Sud, *rapporteuse*
- Mme Albane GESLIN, Professeure à Science Po Aix
- M. Nicolas HAUPAIS, Professeur à l'Université d'Orléans, *rapporteur*
- M. Romain LE BŒUF, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille



## *Avertissement*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



## ***Remerciements***

Je tiens à remercier en premier lieu le Professeur Serge Sur pour m'avoir accompagné pendant ces années. Sa patience et son attention ont été des guides précieux tandis que ses encouragements et observations m'ont permis de mener ce travail à son terme.

Je remercie également les Professeurs Denis Alland, Frédérique Coulée, Albane Geslin, Nicolas Haupais et Romain Le Bœuf pour m'avoir fait l'honneur de siéger dans mon jury.

Si la thèse est un travail personnel, les années de formation doctorales ne sont pas nécessairement des années de solitude grâce à la fréquentation de nombreux condisciples. Nos discussions, nos échanges ou encore les pauses partagées ont représenté un concours non négligeable bien qu'indirect. Sans pouvoir être exhaustif, et que les absents me pardonnent, je pense tout particulièrement aux amis du Centre Thucydide comme Aurélien, Aurore, Grégoire, Keyvan, Manon et Yann, à ceux de l'IHEI comme Alexandre, Delphine et Florian ou encore du CRDH comme Anaïs et Anna.

Même pendant la thèse, la vie en-dehors de l'université se poursuit et je remercie pour leur soutien, malgré leur étonnement et leurs interrogations, mes proches, famille comme amis. Je pense tout particulièrement à mes parents et mes frères pour leur présence continue. Enfin, je souhaite remercier, bien au-delà de ce que représentent ces quelques lignes, Chloé pour son soutien quotidien et sa patience sans faille malgré les doutes et les jours difficiles.



***Résumé (1700 caractères) :***

Instrument essentiel du système juridique international, le traité se caractérise par sa permanence historique et son utilisation étendue. Cette importance peut notamment être soulignée à travers une analyse historique mettant en avant la dimension inhérente à tout système juridique international de l'instrument conventionnel. Dans sa nature comme dans sa pratique, le traité démontre une souplesse et une faculté d'adaptation essentielle que l'Antiquité gréco-romaine permet d'éclairer. En effet, pensé et utilisé largement à cette époque, cet instrument connaît dès ce moment ces principaux traits. Collection d'actes unilatéraux dont l'unité découle de son caractère écrit et la force obligatoire de l'engagement international de ses parties, le traité permet la formation d'obligations internationale diverses conduisant à une application particulière du droit international.

*Descripteurs : traité ; acte juridique ; obligations internationales ; histoire du droit international ; sources du droit international ; mode de formation du droit international ; bonne foi ; engagement international ; théorie du droit international*

***Title and Abstract (1700 characters):***

As an essential instrument of the international legal system, the treaty is characterized by its historical permanence and its extensive use. This importance can be highlighted in particular through a historical analysis putting forward the inherent dimension of the convention to any international legal system. Its nature and its practice demonstrate the treaty flexibility and a capability of adaptation that the Greco-roman Antiquity allows to enlighten. Indeed, thought and used from this time, this instrument knows its main features since this moment. Collection of unilateral acts whose unity derives from its written character and its binding force from the international commitment of the parties, the treaty allows the formation of international obligations leading to a particular application of international law.

*Keywords: treaty ; legal act ; international obligations ; history of international law ; sources of international law ; good faith ; theory of international law*





## ***Principales abréviations***

- AFDI* Annuaire français de droit international  
*AGNU* Assemblée générale des Nations Unies  
*AJIL* American Journal of International Law  
*Ann C.D.I.* Annuaire de la Commission du droit international  
*A.I.D.I.* Annuaire de l'Institut de droit international  
*APD* Archives de philosophie du droit  
*BYIL* British Yearbook of International Law  
*CDI* Commission du droit international  
*CEDH* Cour européenne des droits de l'homme  
*CIJ* Cour internationale de justice  
*Rec. CIJ* Recueil des arrêts, avis et ordonnances de la CIJ  
*CJCE* Cour de Justice des Communautés européennes  
*CJUE* Cour de Justice de l'Union européenne  
*CPA* Cour permanente d'Arbitrage  
*CPJI* Cour permanente de Justice internationale  
*EJIL* *European Journal of International Law*  
*EPIL* *Encyclopedia of Public International Law*  
*IDI* Institut du droit international  
*IHEI* Institut des hautes études internationales (Paris)  
*I.L.M.* International Legal Materials  
*ILR* International Law Reports  
*JDI* Journal du droit international (Clunet)  
*JEDI* Journal européen de droit international  
*OACI* Organisation de l'aviation civile internationale  
*OIT* Organisation internationale du travail  
*OMC* Organisation mondiale du commerce  
*OMS* Organisation mondiale de la santé  
*ONG* Organisation(s) non gouvernementale(s)  
*ONU* Organisation des Nations Unies  
*ORD* Organe de règlement de différends de l'O.M.C.  
*OTAN* Organisation du traité de l'Atlantique Nord

*RBDI* Revue belge de droit international

*RCADI* Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

*RDILC* Revue de droit international et de législation comparée

*RDP* Revue de droit public

*RGDIP* Revue générale de droit international public

*RTNU* Recueil des traités des Nations Unies

*RSA* Recueil des sentences arbitrales

*SA* Sentence arbitrale

*SDN* Société des Nations

*SFDI* Société française pour le droit international

*TANU* Tribunal administratif des Nations Unies

*TIDM* Tribunal international du droit de la mer

*TPICE* Tribunal de première instance des Communautés européennes

*TPIY* Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

*U.A.* Union africaine

*UE* Union européenne

## ***Sommaire***

<b><i>INTRODUCTION</i></b> .....	<b>13</b>
Section 1 : Une approche historique du traité international .....	15
Section 2 : Une approche conceptuelle du traité international .....	27
<b><i>1<sup>ère</sup> Partie : La composition du traité international, de la diversité à l'unité</i></b> .....	<b>37</b>
<b>Titre 1 : La diversité des actes conventionnels</b> .....	<b>39</b>
Chapitre 1 : L'engagement international comme fondement du droit international .....	43
Chapitre 2 : L'engagement conventionnel comme acte juridique international .....	95
<b>Titre 2 : L'unité de l'instrument conventionnel</b> .....	<b>149</b>
Chapitre 1 : Pluralité des actes conventionnels et dimension consensualiste du traité .....	151
Chapitre 2 : Unité conceptuelle et caractère instrumental du traité .....	201
<b><i>2<sup>ème</sup> Partie : Le fonctionnement du traité international, de la généralité à la particularité</i></b> .....	<b>239</b>
<b>Titre 3 : Le caractère général des obligations conventionnelles en droit international</b> .....	<b>241</b>
Chapitre 1 : Support normatif et obligations conventionnelles, une distinction nécessaire .....	243
Chapitre 2 : Support normatif et obligations conventionnelles, des relations ambiguës .....	288
<b>Titre 4 : La place particulière du traité dans le droit international</b> .....	<b>347</b>
Chapitre 1 : L'insertion du traité dans le droit international .....	349
Chapitre 2 : Traité et personnalité juridique internationale, l'encadrement conventionnel des rapports internationaux .....	391
<b><i>Conclusion</i></b> .....	<b>431</b>
<b><i>Bibliographie</i></b> .....	<b>433</b>
Droit.....	433
Sciences Politiques .....	443
Histoire .....	443
Œuvres Antiquité .....	445
<b><i>Table des matières</i></b> .....	<b>447</b>



## INTRODUCTION

---

1. Le 4 août 1914, alors que l'ambassadeur anglais à Berlin prévenait le chancelier allemand Theobald von Bethmann Hollweg que la violation de la neutralité de la Belgique signifierait la violation du traité de 1835 et justifierait alors l'entrée en guerre du Royaume-Uni, celui-ci lui répondit que ce traité n'était qu'un « chiffon de papier ». La renommée de cette anecdote historique souligne en creux combien la critique du droit international se traduit avant tout par la critique du traité international. Le dédain du chancelier à l'égard de la valeur juridique du traité de 1835 reflète un mépris plus large pour l'idée que de véritables règles internationales puissent encadrer l'action des États. Un siècle plus tard, ce constat semble toujours en partie valable malgré l'importance accrue qu'occupe le traité sur la scène internationale. Ainsi, la critique de la mondialisation économique est avant tout celle des accords commerciaux et leurs contenus. De même, la volonté de rupture sur le plan de la politique étrangère américaine manifestée par Donald Trump s'incarne dans la dénonciation de différentes conventions internationales aussi diverses dans leur forme que dans leur matière que l'accord de Paris, le partenariat Trans-pacifique, l'accord sur l'Union Postale Universelle ou encore le traité fondant la zone de libre-échange nord-américaine, l'ALENA. Le traité international organise tant les questions de paix et de sécurité internationales que la fiscalité des personnes privées, il prévoit aussi bien la protection de droits et de libertés fondamentales que les investissements étrangers, il peut tout autant se limiter à la proclamation de quelques principes généraux que créer des organisations internationales complexes. A cette diversité matérielle et formelle que tout observateur contemporain des relations internationales peut constater<sup>1</sup>, s'ajoute l'ancienneté de la pratique. Des événements aussi fondateurs pour l'histoire des relations internationales que la paix de Westphalie en 1648 ou la Conférence de Vienne de 1815 se sont manifestés dans des

---

<sup>1</sup> Et qui justifie que l'on ait pu parler, à propos du traité international, de « bonne à tout faire » du droit international, voir Serge SUR, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 363, 2012, p. 107.

traités internationaux. Plus largement, les recherches historiques tendant à démontrer l'existence de systèmes de droit international dans des lieux et des époques données s'appuient largement sur l'observation de traités. Si les critiques adressées au traité international reflètent les critiques à l'encontre du droit international, c'est parce que le droit international semble s'incarner avant tout dans le traité international.

2. Cette importance ressort également de toute étude du droit international. Ce constat explique l'abondance des travaux sur le sujet. Celle-ci se traduit aussi bien par la place accordée au traité dans les ouvrages généraux de droit international, que par l'existence de très nombreuses études portant tant sur le traité en général que sur certains de ses aspects ou encore de son utilisation dans certains domaines<sup>2</sup>. Le traité international est un objet connu et reconnu de la science juridique internationale. Il est classiquement appréhendé comme mode de formation du droit international<sup>3</sup> sans pour autant que cela épuise réellement son étude. Ces différents travaux soulignent que, derrière l'apparente simplicité de l'instrument, se dissimule une profonde complexité de sa composition comme de ses effets. Comment concilier l'unité du concept avec la diversité de ses manifestations ? Comment comprendre la permanence du traité malgré les évolutions du droit international ? Aucune étude ne peut prétendre épuiser le sujet tandis que la centralité du traité pour le droit international justifie que l'on y revienne sans cesse. C'est à cette centralité même que s'attache ce travail. Comprendre et tenter d'expliquer cette place incontournable passe par une analyse du concept de traité international à travers une approche historique du droit international.

3. Le présent travail s'inscrit donc dans une volonté de renouveler l'approche du traité afin de comprendre en quoi celui-ci semble indissociable de toute idée de droit

---

<sup>2</sup> Comme l'observait M. Virally, « Le droit des traités constitue, incontestablement, l'un des chapitres les plus importants et les plus anciens du droit international. C'est aussi l'un de ceux qui ont été le plus souvent et le plus complètement explorés », Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 183, 1983, p. 186.

<sup>3</sup> Voir notamment article 38 §1 du Statut de la Cour internationale de Justice : « 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 [...] » ainsi que le Préambule de la Charte des Nations Unies : « Nous, peuples des Nations Unies, résolu [...] à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres

international. Ce renouvellement se traduit en premier lieu par les moyens retenus pour conduire cette analyse, s'appuyant sur une approche historique du droit international (Section 1). Cette méthode permet ensuite de conduire une étude théorique, non spéculative qui, en soulignant son enrichissement progressif, a pour finalité une approche conceptuelle du traité international (Section 2).

## Section 1 : Une approche historique du traité international

4. La présente étude se caractérise dans sa méthode par le recours à une approche historique du droit international. Celle-ci s'appuie sur le développement historique du traité international dans l'Antiquité gréco-romaine afin d'enrichir l'étude du droit positif par la prise en compte des faits et des réflexions de cette période. Il est alors nécessaire de préciser quels sont ces éléments historiques pris en compte (1) puis leur intérêt dans le cadre de l'analyse proposée (2).

### 1. Le traité international dans l'Antiquité gréco-romaine

5. Le choix de la période retenue s'explique par son caractère fondateur pour la culture juridique occidentale et par là pour le droit international contemporain<sup>4</sup>. La

---

sources du droit international, [...] » dont on peut noter tant l'utilisation du terme même de source pour désigner le traité que l'absence de mention des autres « sources » du droit international.

<sup>4</sup> S'attachant à comprendre les origines des institutions occidentales, A. Castaldo et Y. Mausen notent qu'« il est nécessaire de rechercher les principes et expériences qui, encore dans le droit contemporain, font écho à ces racines antiques. En ce sens, les expériences grecques et romaines ont fourni un substrat encore bien vivant », André CASTALDO et Yves MAUSEN, *Introduction historique au droit*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 1. L'origine occidentale du droit international contemporain relève plus du simple constat que d'une approche idéologique de celui-ci. Cela ne conduit donc pas à écarter les critiques soulignant sa dimension longtemps trop européo-centrée mais à souligner le double sens de l'« histoire du droit international », sur cette question voir notamment Robert KOLB, *Théorie du droit international*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 9-56, spéc. : « L'histoire du droit international peut avoir deux objets et deux orientations nettement distincts. En premier lieu, elle peut chercher à expliquer les racines du droit international positif en vigueur aujourd'hui, en remontant le fil de ses événements fondateurs dans le temps. En second lieu, elle peut viser à embrasser tous les phénomènes juridiques entre des peuples

Grèce classique et la Rome antique voient l'élaboration de concepts centraux du droit et de la politique, toujours pertinents pour les analyses contemporaines. Après avoir précisé la conception retenue de l'Antiquité gréco-romaine (a), il s'agira d'en présenter la dimension fondatrice pour la compréhension du traité international (b).

***a. De la Grèce des cités à l'Empire romain, une continuité historique et conceptuelle***

6. La période retenue s'articule autour de deux pôles historiques dont l'importance est rappelée par la postérité des faits et réflexions qui s'y rattachent. Le premier est représenté par la Grèce des cités dont l'apogée se situe entre le VI<sup>ème</sup> et IV<sup>ème</sup> siècle av. J-C. Le second est celui de l'Empire romain considéré avant tout autour de la forme républicaine de ses institutions et de sa volonté d'hégémonie internationale, période qui s'étale du V<sup>ème</sup> siècle av. J-C au I<sup>er</sup> siècle ap. J-C. Ces deux ensembles paraissent en partie s'opposer : la politique serait l'apanage des Grecs tandis que le droit celui des Romains, à l'éclatement des cités Hellènes répondrait l'unité impériale de Rome, l'invention de la démocratie d'un côté, celle de la République de l'autre. Cependant, la continuité des réflexions perçue dès cette période souligne avant tout leur complémentarité historique et conceptuelle, en particulier sur le plan politique et juridique à travers l'institution de la cité<sup>5</sup>.

7. L'histoire politique et juridique de la Grèce antique s'observe essentiellement dans l'évolution de la cité comme forme nouvelle d'organisation politique des

---

relativement indépendants, organisés sur une base territoriale et entretenant des rapports d'un certain suivi, où que ce soit dans le monde et à quel moment que ce soit dans le temps », *Ibid.*, p. 9.

<sup>5</sup> Cette complémentarité s'observe principalement dans « la conception d'une structure individualiste de la Cité » comme le dit J. Ellul, qui ajoute « Le problème institutionnel posé par cet individualisme, et cette prédominance de l'homme sur l'État [...] sera [résolu] d'une façon temporaire et fragile en Grèce ; il sera le problème central que Rome essaiera de résoudre par des moyens juridiques, en poussant à l'extrême le souci de l'efficacité dans l'organisation et le respect des citoyens, c'est cela qui donnera au droit romain cette espèce de perfection formelle qui n'a jamais été égalée », Jacques ELLUL, *Histoire des institutions. L'Antiquité*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1999, p. 19.



collectivités humaines<sup>6</sup>. Celle-ci constitue une rupture majeure dans l'histoire humaine en se présentant comme la première forme proprement humaine, dans sa conception comme dans sa finalité, d'organisation de la société<sup>7</sup>. Elle s'incarne dans des institutions, produits de la rationalité humaine, qui vont permettre l'apparition des constitutions, de la loi ou encore de la démocratie<sup>8</sup>. Plus particulièrement, le droit va connaître un enrichissement continu tout au long de la période pour aboutir à un système particulièrement développé dans le cadre romain<sup>9</sup>. S'il convient ne pas surestimer la continuité historique entre les cités grecques et Rome, le constat de la continuité des principaux cadres de réflexions tend à souligner la complémentarité entre ces deux ensembles.

8. La continuité entre Grèce et Rome ne s'observe alors pas seulement sur un strict plan historique. Cette période est fondatrice pour les sciences humaines en ce qu'elle voit une multiplication des études et des analyses qui établissent les bases scientifiques de la philosophie, de l'histoire, de la science politique et du droit en tant que disciplines ayant pour but la compréhension de l'organisation des sociétés humaines<sup>10</sup>. Dans ce domaine, la continuité est en fait une complémentarité. Tandis que

---

<sup>6</sup> Voir notamment pour un résumé de cette évolution historique Jean IMBERT, *Le droit antique et ses prolongements modernes*, Paris, PUF, 1961, pp. 19-34. La continuité de la Grèce et de Rome articulée autour de la cité est au cœur de l'œuvre de Fustel de Coulanges, voir Numa Denis FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique* (1864), Paris, Hachette, 1957, 480 p. : « on réunit dans la même étude les Romains et les Grecs, parce que ces peuples qui étaient deux branches d'une même race, et qui parlaient deux idiomes issus d'une même langue, ont eu aussi un fond d'institutions communes et ont traversé une série de révolutions semblables », p. 1.

<sup>7</sup> « [L]a Cité est l'espèce du genre collectivité qui est instituée de telle sorte que l'être humain réalise au mieux sa nature, qui est de vivre en société – comme quelques autres sortes d'animaux – mais une société dans laquelle il lui est possible de se conduire selon "le sentiment du bien et du mal, du juste et de l'injuste et des autres notions morales" », François CHATELET, « Aristote. Politique », p. 27 in François CHATELET, Olivier DUHAMEL et Evelyne PISIER (dir.), *Dictionnaire des œuvres politiques* (1986), Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Quadrige », 2001, 1250 p.

<sup>8</sup> Sur le lien entre développement de la cité et apparition du droit voir notamment Anne BAUDART, *Naissance de la philosophie politique*, Paris, Le Pommier, 2006, 285 p. ; Claude MOSSE, *Politique et société en Grèce ancienne – Le modèle athénien*, Paris, Aubier, 1995, 244 p.

<sup>9</sup> Voir notamment Rodolphe DARESTE, *La science du droit en Grèce* (1893), Amsterdam, Ed. Rodopi, 1968, 319 p. ; Michèle DUCOS, *Rome et le droit*, Paris, LGDJ, 1996, 191 p. ; Théodore MOMSEN, *Le droit public romain* (1892), Paris, De Boccard, 1984, 8 vol. ; Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, Paris, Les Belles Lettres, 2001, p. 251 ; Michel VILLEY, *Le droit romain* (1945), Paris, PUF, 2012, 152 p.

<sup>10</sup> Voir tout particulièrement Jacqueline de ROMILLY, « La naissance des sciences humaines », *Diogène*, 1988, pp. 3-17 ainsi que *L'invention de l'histoire politique chez Thucydide*, Paris, éd. ENS Rue d'Ulm, 2005, 272 p., spéc. p. 78 : « En Thucydide, nous voyons culminer l'admiration des Athéniens pour leur propre présent,

la Grèce antique voit se multiplier les réflexions en matière politique, l'analyse juridique apparaît comme l'apanage de Rome. Plus précisément, la réflexion juridique romaine s'inscrit dans une conception politique largement tributaire des apports de la pensée grecque. Ainsi, ce développement de la science juridique à Rome incarne d'une certaine façon la poursuite des réflexions politiques grecques<sup>11</sup>. La prise en compte de cette période dans notre étude ne se limite alors pas aux simples faits historiques mais également aux réflexions auxquels ils donnent lieu, que ce soit dans les travaux philosophiques ou politiques que dans les œuvres littéraires.

### ***b. La naissance conceptuelle du traité international***

9. Sur le plan des rapports internationaux, cette période présente alors un intérêt majeur. L'intensité de la vie internationale se double de réflexions à ce sujet. Les institutions politiques et juridiques tout comme les analyses philosophiques, historiques ou encore littéraires n'ignorent pas les relations internationales. Plus particulièrement, la période considérée apparaît fondatrice pour la conceptualisation du traité international.

10. Il faut tout d'abord observer que la vie internationale est particulièrement développée dans l'Antiquité gréco-romaine tout au long de la période considérée. Celle-ci porte sur des matières très diverses et s'incarne dans des mécanismes internationaux plus ou moins aboutis. C'est avant tout l'activité guerrière qui va conduire à l'apparition des premières règles et des premiers mécanismes internationaux comme on peut l'observer dans la conscience de « lois de la guerre » restreignant le comportement guerrier, l'exigence d'une formalisation de l'entrée en guerre ou encore la pratique des

---

puis s'effectuer la rupture avec ce présent, rupture qui ouvre la porte au retour des anciens rêves » ; Moses I. FINLEY, *L'invention de la politique. Démocratie et politique en Grèce et dans la Rome républicaine*, Paris, Flammarion, 1985, 219 p.

<sup>11</sup> L'apport de Rome à la réflexion politique se fait notamment sentir sur deux plans : « l'élaboration d'une véritable science juridique, qui, par la perfection d'un vocabulaire et d'un mécanisme mental de plus en plus précis, enlève aux décisions du droit ce caractère d'incertitude et d'arbitraire que ni la démocratie, ni la monarchie grecques n'avaient su faire disparaître [...] de même que le droit romain aspire à l'universel, de même la citoyenneté de Rome tend à devenir une sorte de nationalité supérieure », Claude NICOLET, *Les idées politiques à Rome sous la République*, Paris, Armand Colin, 1964, p. 72.

traités de paix ou d'alliances<sup>12</sup>. Au-delà de la question de la guerre et de la paix, les mondes grec et romain voient le développement de nombreux éléments de droit international comme la protection des étrangers à travers le mécanisme grec de la *proxénie*, les ambassades ou encore des premières tentatives d'organisations internationales comme le montre les *amphyctionnies*, les *symmachies* ou le phénomène des Ligues entre cités grecques<sup>13</sup>. Par ailleurs, la dimension civique de la religion dans l'Antiquité se retrouve sur le plan des relations internationales. Le modèle politique de la cité conduit à la reconnaissance d'une indépendance politique affirmée de chaque cité qui permet l'établissement de véritables rapports internationaux. La Grèce classique témoigne autant de l'existence de ces rapports internationaux que de leur conscience par les Grecs eux-mêmes, notamment dans le cadre des rapports entre cités grecques qui font apparaître la perception d'une communauté culturelle grecque malgré l'éclatement politique<sup>14</sup>. L'étude des relations internationales dans l'Antiquité permet ensuite de constater l'existence de phénomènes d'équilibre des puissances comme d'impérialisme. Ce dernier thème apparaît essentiel à la compréhension des rapports internationaux dans l'Antiquité notamment dans la continuité qu'il instaure entre la Grèce et Rome dans

---

<sup>12</sup> Voir notamment Jean-Pierre BRISSON (dir.), *Problèmes de la guerre à Rome*, Paris, Mouton et Cie, 1969, 195 p. ; Jean-Nicolas CORVISIER, *Guerres et sociétés dans les mondes grecs*, Paris, Armand Colin, 1999, 288 p. ; Moses I. FINLEY, *Sur l'histoire ancienne. La matière, la forme et la méthode*, Paris, La Découverte, 1987, pp. 120-152 ; Jean-Pierre VERNANT (dir.), *Problèmes de la guerre dans la Grèce ancienne*, Paris, Mouton et Cie, 1968, 318 p., spéc. Jean-Pierre Vernant, « Introduction » : « Organisés en petites cités, également jalouses de leur indépendance, également soucieuses d'affirmer leur suprématie, ils voient dans la guerre l'expression normale de la rivalité qui préside aux rapports entre Etats », p. 10 et « Pour que la guerre soit politique [...] il faut aussi qu'elles [les cités] forment toutes ensemble un système organisé, où chaque unité, libre de choisir alliés et adversaires, puisse mener son jeu propre dans la compétition générale vers l'hégémonie », p. 20.

<sup>13</sup> La *proxénie* désigne une institution publique des cités grecques par laquelle un étranger bénéficiait de certaines protections en étant placée sous l'hospitalité d'un citoyen, le proxène, voir notamment sur ce point Dominique GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, 2<sup>de</sup> éd., Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014, pp. 62-63. Les *amphyctionnies* désignent des organisations regroupant plusieurs cités grecques chargées des questions religieuses et notamment de l'administration des sanctuaires panhelléniques tandis que les *symmachies* sont des alliances militaires limitées dans le temps, voir notamment Jean GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2014, pp. 90-92.

<sup>14</sup> Cette perception s'observe dès le récit par Homère de la guerre de Troie dans l'*Iliade* ainsi que dans l'analyse des guerres médiques par Hérodote. Voir également Moses I. FINLEY, *Les anciens grecs*, Paris, François Maspéro, 1971, 177 p., spéc. p. 16 : « « Naturellement, une civilisation commune, cela n'a jamais voulu dire une identité absolue. [...] cependant, à leurs propres yeux, les différences étaient mineures, comparées aux éléments communs dont ils étaient tellement conscients » ; Jean TOUCHARD, *Histoire des idées politiques*, vol. 1 : « Des origines au XVIII<sup>ème</sup> siècle », 2<sup>de</sup> éd., Paris, PUF, 2006, pp. 10-57.

l'évolution des cités<sup>15</sup>. Ainsi, ces observations font ressortir des problématiques en partie similaires à celle des relations internationales actuelles perceptibles dès les premières œuvres grecques et notamment chez Thucydide<sup>16</sup>. L'impérialisme, particulièrement dans le cadre romain, souligne ainsi la tension entre le cadre restreint de la cité et les relations internationales<sup>17</sup>. Au-delà, on voit également se former la perception d'un universalisme à travers la pensée stoïcienne qui va chercher à défendre l'idée d'une communauté internationale dépassant les divisions politiques<sup>18</sup>.

**11.** Ainsi, les relations internationales de l'Antiquité n'échappent pas au développement du droit pour lequel le monde gréco-romain occupe une place décisive.

---

<sup>15</sup> Voir notamment Jérôme CARCOPINO, *Les étapes de l'impérialisme romain*, Paris, Hachette, 1961, 269 p., spéc., p. 68 : la conquête par Rome de la Grèce « a brisé les cadres, désormais trop étroits, de la Cité, et engendré l'Empire, ce compromis entre la vieille conception républicaine des magistratures populaires et la notion, tiré par César de l'héritage d'Alexandre le Grand, d'une monarchie bicéphale, tempérée à l'égard du peuple-roi par les franchises municipales, illimitée et absolue à l'égard de ses sujets » ; Maurice DUVERGER (dir.), *Le concept d'Empire*, Paris, PUF, 1980, 488 p., spéc. Paul VEYNE, « L'Empire romain », pp. 121-130 : « Rome a été fascinée sans le savoir par la civilisation universelle du temps, autrement dit la civilisation hellénistique [...] elle voudra superposer, en son Empire, Etat et civilisation, mais la superposition ne sera pas entièrement réussie » p. 122.

<sup>16</sup> Le récit par Thucydide de l'histoire de la guerre du Péloponnèse se présente avant tout comme la confrontation de l'impérialisme athénien et de la volonté spartiate de préserver l'indépendance des cités, voir notamment Olivier BATTISTINI, *La guerre du Péloponnèse. Thucydide* d'Athènes, Paris Ellipses, 2002, 190 p. ; David BOLOTIN, « Thucydide », pp. 7-34 in Léo STRAUSS et Joseph CROSEY, *Histoire de la philosophie politique*, Paris, PUF, 2010, 1076 p. ; Jacqueline de ROMILLY, *Thucydide et l'impérialisme athénien. La pensée de l'historien et la genèse de son œuvre*, 2<sup>de</sup> éd., Paris, Les Belles Lettres, 1951, 326 p. ainsi que Albert THIBAUDET, *La Campagne avec Thucydide* (1922), pp. 3-140 in THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Paris, Robert Laffont, 2007, 824 p., spéc. p. 88 : « La dualité d'Athènes et de Lacédémone, figures plastiques et délimitées, est loin d'épuiser la diversité hellénique, mais elle paraît, sans rien lui faire perdre de sa vie, cristalliser cette pluralité » et p. 100 : « Mais si la domination d'Athènes est légère et bonne aux individus, elle est dure aux cités qui perdent, en entrant dans l'empire athénien, toute indépendance véritable [...] C'est exactement le contraire de Sparte [...] cette gaucherie, cette xénophobie de Sparte sont pour ses alliés des garanties d'indépendance politique », p.100.

<sup>17</sup> « La conquête romaine est doublement paradoxale. Le monde ancien [...] avait connu bien des tentatives hégémoniques que l'on peut qualifier d'"empires" [...] Les plus impressionnantes et les plus durables, [...] avaient pris d'emblée la forme monarchique. Les tentatives faites par des cités [...] avaient été beaucoup plus limitées dans l'espace et dans le temps. Seule de toutes les cités, Rome a réussi à conquérir un empire mondial [...] et à le faire durer », Claude NICOLET, *Rome et la conquête du monde méditerranéen*, Tome II « Genèse d'un Empire », Paris, PUF, 1978, p. 469. Voir également André PIGANIOL, *La conquête romaine*, Paris, PUF, 1974, 661 p. ; Philippe SEGUR, *Introduction à la pensée politique classique*, Paris, Ellipses, 2004, 143 p. Pour une lecture de l'histoire romaine sous l'angle des rapports entre impérialisme et évolution du cadre politique de la cité, voir Guglielmo FERRERO, *Grandeur et décadence de Rome*, 6 vol. Paris, Plon, 1906.

<sup>18</sup> « [L]e cosmopolitisme stoïcien avait compris, à son heure, que rien sur la surface de la Terre ne pouvait être pensé comme étranger à l'humain », Anne BAUDART, *Naissance de la philosophie politique... op. cit.*, 2006, p. 19. Voir également Roger LABROUSSE, *Introduction à la philosophie politique*, Paris, Marcel Rivière, 1959, 294 p.

Si le traité n'apparaît pas dans ce cadre mais est largement antérieur à celui-ci, il s'intègre dans un ensemble de réflexions et de pratiques en matière de droit international qui permettent d'en établir la naissance conceptuelle. Le traité international, tel qu'il se comprend aujourd'hui, se construit conceptuellement dans l'Antiquité gréco-romaine. C'est à cette période qu'il va se définir et se comprendre comme moyen d'encadrement juridique des relations internationales afin de pacifier durablement celles-ci. L'apparition de la norme *pacta sunt servanda* notamment traduit cette évolution et vient en fait combler un manque né de l'évolution de la société internationale de la Grèce des cités à la Rome impériale. Il devient alors un véritable instrument juridique<sup>19</sup>. En effet, si l'apparition du traité et de la diplomatie sont antérieures au monde gréco-romain, celui-ci se caractérise par un développement de ces objets juridiques qui se confrontent à l'importance de la réflexion politique et juridique sur la matière.

## 2. L'Antiquité gréco-romaine dans le traité international

12. La prise en considération de l'Antiquité gréco-romaine dans l'étude du traité international doit avant tout permettre d'en approfondir la compréhension dans le cadre d'une analyse du droit positif. Il ne s'agit donc pas de conduire une étude d'histoire du droit ou d'établir la continuité historique du traité international de l'Antiquité à l'époque contemporaine. Il est alors important de préciser l'intérêt de l'approche historique du droit que nous retenons (a) avant d'en identifier les conséquences pour l'étude du traité international contemporain par le biais de l'Antiquité gréco-romaine (b).

---

<sup>19</sup> « S'il est vrai que, dans l'antiquité, l'obligation juridique découlant du traité était considérée comme étant basée sur le droit national de chacune des parties contractantes, cela ne signifie pourtant pas qu'il était tout à fait exclu que le lien juridique dépasse le cadre strictement national. C'est dans le droit romain qu'il faut chercher l'origine lointaine de la maxime *pacta sunt servanda*. Si dans l'ancien droit romain, l'accord des parties *nudis pactis* ne suffisait pas, en général à créer une obligation, on en arrivera plus tard, à l'époque classique, à sanctionner par des actions civiles basées sur la bonne foi (*fides*) en conférant au juge de larges pouvoirs discrétionnaires, certain contrats conclus couramment. A la longue, l'élément de la *fides* comme source d'obligation s'étendit à des domaines autres que les relations commerciales et fut considérée comme fondant également le caractère obligatoire des conventions internationales », Paul GUGGENHEIM, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *RCADI*, vol. 94, 1958, p. 58.

### *a. L'approche historique du droit contemporain*

13. Si de nombreux traits des relations internationales comme des instruments juridiques de l'Antiquité gréco-romaine peuvent être toujours observés dans la période contemporaine, l'éloignement historique ainsi que les profondes différences sur le plan politiques et culturelles nécessitent une certaine précaution dans leur utilisation, précaution renforcée en ce qui concerne le droit international afin de préserver l'intérêt de cette approche historique du droit.

14. Comme méthode, celle-ci ne se confond donc pas avec l'histoire du droit. La méthodologie retenue n'est donc pas une méthodologie historique, d'autant plus que l'Antiquité gréco-romaine n'est pas seulement considérée dans ses éléments juridiques *stricto sensu* mais dans ses institutions politiques, juridiques ou encore religieuses<sup>20</sup>. Cette comparaison n'a donc pas une visée téléologique qui conduirait à placer dans cette Antiquité gréco-romaine l'apparition du système juridique international mais plutôt à comprendre comment l'Antiquité a pu concevoir le traité international et la possibilité d'un droit international<sup>21</sup>. Surtout, en raison de l'éloignement historique et des profondes différences structurelles entre les formes d'organisations politiques, les conceptions et

---

<sup>20</sup> « [L]'Histoire des institutions est différente de l'Histoire du droit, à deux points de vue : d'une part, elle a pour but de décrire l'évolution des règles et des structures juridiques par rapport au contexte économique et social ; d'autre part, elle considère les phénomènes juridiques beaucoup plus dans leur essence et leur réalité profonde que dans leur manifestation technique. [...] Le fait d'étudier l'évolution du droit par rapport à la vie économique et sociale exclut le détail de technique juridique stricte, sauf lorsque tel détail est significatif d'une tendance sociale ou politique », Jacques ELLUL, *Histoire des institutions. L'Antiquité... op. cit.*, 1999, pp. 5-6.

<sup>21</sup> En ce sens, on rejoint l'objectif de l'ouvrage de David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 323 p. : « My study [...] confines itself to the single inquiry of whether the ancient mind could and did conceive of a rule of law for international relations. I certainly do not attempt to argue or suggest here that modern principles or doctrines of international law can be traced to Antiquity. Nor do I pronounce judgment on the exact manner in which the ancient tradition of international law was received in early-Modern Europe or after [...] By doing so, I am making a start on a broader vision of the intellectual origins of our discipline », p. 1. Voir également dans une perspective similaire, Benedict KINGSBURY and Benjamin STRAUMANN, *The Roman Foundations of the Law of Nations. Alberico Gentili and the Justice of Empire*, New York, Oxford University Press, 2010, 382 p. : « Where did the writers of the sixteenth, seventeenth, and early eighteenth centuries seek the legal maxims and methods, the principles governing treaties or embassies or jurisdiction or property and the broader ideas of justice in the inception, fighting and conclusion of war, which they built into a law of nations of enduring importance ? To a considerable extent, they looked to Roman law, Roman debates about the justifications of Rome's war and imperial expansion, and a rich tradition of *ius naturae* and *ius gentium* deriving from Greco-Roman sources », p. 1.



éléments des systèmes de droit antique, notamment dans leurs dimensions internationales, ne peuvent être une source d'inspiration directe pour le droit international contemporain. La question de l'existence d'un véritable droit international dans l'Antiquité gréco-romaine reste largement débattue et si l'on peut largement s'accorder sur la présence de nombreux mécanismes juridiques internationaux, il semble difficile de concevoir pour autant que l'on soit en présence d'un véritable système juridique international<sup>22</sup>. De même, le *ius gentium* comme le *ius fetiale* ne peuvent être appréhendés comme des premières formes de droit international, ils restent des branches du droit romain avant tout.

15. Si ce type d'approche apparaît délaissé dans les analyses juridiques contemporaines en ce qu'elles feraient peser le soupçon d'une conception téléologique de l'analyse juridique, elles permettent néanmoins une compréhension approfondie des phénomènes juridiques en soulignant tant les permanences que les raisons de leur apparition<sup>23</sup>. Certes, ce comparatisme dans le temps<sup>24</sup> oblige à un certain nombre de précautions dans l'utilisation des sources tout comme à une humilité dans les conclusions et le but de l'étude. L'approche historique d'un concept est à cet égard toujours ambivalente. Elle ne s'appuie pas sur une approche abstraite mais tend à une

---

<sup>22</sup> Voir notamment sur cette question Roberto AGO, « The First International communities in the Mediterranean world », *BYIL*, vol. 53, 1983, pp. 213-232 ; David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, pp. 267-280 ; Bruno PARADISI, « L'amitié internationale. Les phases critiques de son ancienne histoire » *RCADI*, vol. 78, 1951, pp. 325-378 ou encore Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, pp.. Le débat s'articule autour de deux critiques principales, d'une part, l'absence d'éléments indispensables à l'existence d'un tel système juridique et notamment d'une conception approfondie de la souveraineté et d'autre part, l'absence d'une reconnaissance commune d'un tel système.

<sup>23</sup> « L'histoire peut servir le droit de plusieurs manières : 1° En permettant – c'est son dessein le plus scientifique, mais le plus aléatoire – d'établir des lois générales d'évolution des institutions juridiques. 2° En éclairant les institutions du droit actuel, qui ont souvent leur origine directe ou indirecte, dans le droit des siècles passés. 3° En fournissant au juriste d'aujourd'hui, qui doit interpréter, construire, voire habiller de droit l'équité, un fonds d'observations et de réflexions amassé par les siècles. [...] Plus généralement, on peut dire que le droit trouve dans l'histoire son milieu propre, car il est essentiellement durée, mémoire, rattachement des générations les unes aux autres, enracinement de l'avenir dans le passé, et même quand il est révolutionnaire, il aimera se redécouvrir des titres anciens que des siècles d'oppression n'avaient pu effacer », Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 1 : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004, pp. 59-60.

Sur un plan plus général, voir le numéro spécial des *Archives de Philosophie du droit*, « Droit et histoire », *APD*, 1959.

construction conceptuelle par le biais de ses manifestations historiques. Elle écarte donc le risque de l'artificialité de l'analyse théorique mais au prix de l'exhaustivité dans l'étude d'un objet que permet l'abstraction. Néanmoins, dans le cadre d'un travail juridique et non philosophique, l'approche historique présente l'avantage d'un ancrage dans la réalité, écartant toute démarche spéculative étrangère à la science juridique. Ainsi, la méthode suivie est celle d'une confrontation des faits et de la pensée antique au droit international contemporain. Les « sources » proprement dites de ce travail sont alors doubles : les œuvres juridiques mais également philosophiques, historiques et littéraires d'un côté et leurs analyses contemporaines, « sources secondaires », permettant de les éclairer et de les replacer dans un contexte particulier de l'autre. Une telle approche se justifie d'autant plus au regard du caractère fondateur, pour la science juridique, de l'Antiquité gréco-romaine au-delà des questions de droit international. Cela explique également la nécessité de recourir ponctuellement au droit privé ainsi qu'à la théorie du droit afin de faire ressortir la continuité conceptuelle que l'on peut observer entre la période contemporaine et l'Antiquité gréco-romaine<sup>25</sup>. L'approche historique du droit permet alors de dépasser une certaine contingence tout en resituant le droit dans ses rapports avec les sociétés humaines qu'il entend régir<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Concernant une période différente, voir Jean-Marie MOEGLIN et Stéphane PEQUIGNOT (dir.), *Diplomatie et « Relations internationales » au Moyen-Âge (IXème-XVème siècle)*, Paris, PUF, 2017, 1106 p.

<sup>25</sup> Nécessité d'autant plus forte qu'elle est impliquée par l'héritage même du droit romain et des réflexions qui s'y attachent, voir notamment Michèle DUCOS, *Rome et le droit... op. cit.*, 1996, p. 133 : « Rome n'a pas seulement légué à l'Occident un droit qui représente un système achevé [...] elle apporte également une réflexion sur le droit [...] Cette réflexion, qui tend à dégager les fondements du droit ou les conditions de son exercice dans la cité, permet [...] d'élaborer une philosophie du droit avec ses caractéristiques propres ». Il faut alors noter que le droit international apparaît particulièrement réceptif à cette incorporation d'éléments de droit privé : « The Law of Nations is but private law « writ large ». It is an application to political communities of those legal ideas which were originally applied to relations between individuals » Thomas Erskine HOLLAND, *Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1898, p. 152 ; également Marie-Françoise FURET, « L'application des concepts du droit privé au droit international public », *RGDIP*, 1964, pp. 887-916, spéc. : « De cette confusion [entre le Prince et l'Etat] est issue la conception subjectiviste qui considère l'Etat comme une personne d'une nature particulière dotée d'un pouvoir subjectif de commandement, ce qui a conduit ses auteurs à ne voir dans les relations internationales que des rapports de volonté. Le lien est alors évident entre ce point de départ et la conception volontariste du droit privé : de même que le droit privé procède pour une large part du consentement des individus, de même le droit international serait d'abord le fruit de l'assentiment des Etats », p. 888 ; Georges RIPERT, « Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux », *RCADI*, vol. 44, 1933, pp. 565-664.

<sup>26</sup> « L'exposé des matières vouées à l'étude du droit tel qu'il se présente à l'époque contemporaine ne peut se dispenser, afin précisément d'en souligner l'intérêt, d'un éclairage qui, nécessairement, déborde le



### ***b. Les apports de l'Antiquité gréco-romaine au droit international contemporain***

16. L'intérêt de cette approche historique pour l'analyse du traité international réside en tout premier lieu dans son détachement avec un prisme interniste, qui s'incarne traditionnellement dans le rapprochement du traité avec le contrat de droit interne. Plus généralement, elle conduit à souligner la permanence de certains traits du traité ainsi que du droit international lui-même en les replaçant dans un développement historique qui n'est certes pas continu mais toujours riche d'enseignements.

17. On constate en premier lieu un relatif désintérêt contemporain à l'égard de cette période, tant du point de vue des relations internationales que du droit international. Celui-ci apparaît d'autant plus étonnant qu'il constitue une tendance relativement récente et qu'il permet pourtant une comparaison enrichissante pour la compréhension du système juridique international<sup>27</sup>. Ainsi, sans même remonter aux œuvres fondatrices du droit international qui s'appuient largement sur l'Antiquité gréco-romaine, les études de droit international, dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle s'appuient sur de nombreux exemples et réflexions tirés de cette époque<sup>28</sup>. Si cette

---

seul cadre juridique. [...] Ces enseignements historiques visent, non à l'accumulation pour elles-mêmes de connaissances, mais à permettre, à partir de celles-ci [...] une réflexion sur l'évolution du droit, en replaçant un système juridique déterminé dans son contexte historique », André CASTALDO et Yves MAUSEN, *Introduction historique au droit... op. cit.*, 2013, pp. viii-ix ; également « L'étude des institutions politiques et sociales de l'Antiquité n'a pas pour principal objet de satisfaire une curiosité d'érudit. Elle présente pour le juriste moderne un double intérêt. 1<sup>o</sup> Tout d'abord, celui de montrer comment sont apparus peu à peu les notions et les cadres institutionnels qui dominent encore le monde contemporain. [...] 2<sup>o</sup> [...] Elle permet des comparaisons, révèlent les liens qui existent entre une société et son droit, invite à réfléchir sur les conditions dans lesquelles naissent les institutions et les règles, les raisons de leur succès ou de leur déclin », Jean GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité... op. cit.*, 2014, p. 13.

<sup>27</sup> Voir par exemple « Histoire du droit international » in Nguyen QUOC DIN, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, 2009, pp. 43-94.

<sup>28</sup> Cette tendance s'observe notamment à travers l'étude des cours généraux et spéciaux à l'Académie de droit international de La Haye. Du côté des cours spéciaux, on observe un amenuisement considérable des cours proposant une perspective historique, notamment à l'égard de l'Antiquité gréco-romaine au cours de la 2<sup>nd</sup>e moitié du XX<sup>e</sup> siècle tandis que les développements historiques des cours généraux de

tendance reflète en partie l'universalisation du droit international et un caractère euro-péano-centré de moins en moins affirmé ainsi qu'un approfondissement rendant moins nécessaire la réflexion sur ces origines et son fondement, elle conduit néanmoins à se couper d'une partie essentielle de ses racines intellectuelles. Cela est d'autant plus regrettable sur le plan du droit international que l'héritage antique permet de se détacher de la conception moderne de la souveraineté et d'une approche des systèmes juridiques sous l'angle de la hiérarchie des normes découlant d'une centralisation du pouvoir politique permise par cette souveraineté. L'analyse de l'Antiquité permet ainsi une approche du droit international échappant à tout prisme interniste tant en raison de l'absence de la notion de souveraineté à cette époque que de la conception même du droit que l'on peut observer à cette période<sup>29</sup>. Le recul historique laisse alors percevoir que la souveraineté des États, qui est au cœur du droit international contemporain, se comprend avant tout comme une version moderne de l'indépendance des cités antiques.

18. La permanence de certains traits des relations internationales comme de divers mécanismes juridiques internationaux d'une part et l'influence toujours perceptible des concepts politiques et juridiques établis à cette époque d'autre part semblent au contraire justifier de l'intérêt des apports de l'Antiquité gréco-romaine à une analyse du droit contemporain<sup>30</sup>. D'un point de vue historique, la formation du droit international moderne dans le cadre européen explique l'attention portée à cet héritage intellectuel majeur. Sur un plan plus théorique, on observe une similitude des réflexions entre penseurs antiques et internationalistes contemporains. Par ailleurs, cette approche historique apparaît particulièrement pertinente dans le cadre d'une étude du traité en raison de son rôle historique avéré dans la formation des premiers embryons de système

---

droit international public apparaissent de plus en plus réduits, là encore particulièrement à l'égard de cette période.

<sup>29</sup> Cela s'observe particulièrement dans la conception romaine du *ius* qui s'attache avant tout à l'encadrement des rapports entre individus sans pour autant replacer ces rapports dans un schéma d'organisation générale, voir Georges DUMEZIL, *Idées romaines*, Paris, Gallimard, 1969, pp. 41-45.

<sup>30</sup> Voir notamment Clifford ANDO, *L'Empire et le droit. Invention juridique et réalités historiques à Rome*, trad. Michèle Bresson, Préface John Scheid, Paris, Odile Jacob, 2013, 262 p. ; David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, 323 p. ; Randall LESSAFFER, « Argument from Roman Law in Current International Law », *EJIL*, vol. 16, 2005, pp. 25-58.

juridique international<sup>31</sup>. Ce caractère fondateur du traité pour le droit international souligne en creux la nécessité de conduire son étude en l'intégrant dans une réflexion d'ensemble sur le droit international. Plus particulièrement, l'examen de la généalogie conceptuelle du traité, c'est-à-dire de sa naissance en tant qu'objet de réflexion est essentielle à tout questionnement sur sa raison d'être. Dans cette perspective, l'histoire n'est pas l'objet de l'étude en soi mais la possibilité d'un éclairage nouveau de la compréhension contemporaine du traité. Le travail conduit alors à une remise en perspective des éléments constitutifs du traité et du système juridique dans lequel il se déploie justifiant de sa finalité théorique<sup>32</sup>. Il permet un renouvellement de l'approche du concept de traité plus qu'à un renouvellement de l'analyse elle-même

## Section 2 : Une approche conceptuelle du traité international

19. Ces différents éléments historiques ont donc pour finalité de permettre une analyse du traité international dans ses manifestations actuelles. Ils conduisent à une étude théorique de l'instrument conventionnel en s'attachant à comprendre la permanence de sa place centrale au sein du droit international par delà les évolutions qu'il peut connaître. En effet, malgré les évolutions importantes du traité tant dans sa

---

<sup>31</sup> « Bien antérieurement à l'apparition du concept d'ordre juridique appliqué à l'échelle internationale sont apparues dès la plus haute antiquité des entités distinctes mais également souveraines que les circonstances devaient amener à établir entre elles un certain ordre, formalisé sous les espèces d'un droit, souvent conventionnel », Pierre-Marie DUPUY, « Quelques réflexions sur les origines historiques de l'ordre juridique international », in *Mélanges Peter Haggemacher*, Leiden, Brill/Martinus Nijhoff, 2014, p. 388.

<sup>32</sup> Voir pour une approche similaire, Emmanuelle JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, p. 29 : « La démarche consiste à privilégier la recherche historique afin de contribuer à une réflexion sur la théorie du droit international ». Pour une approche similaire dans le cadre d'une discipline différente et à une autre période, voir Anne-Laure GIRARD, « La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral », Thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 12 décembre 2011, 767 p., spéc. p. 55 : « L'étude de la formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral implique alors de rechercher comment le juge et la doctrine ont surmonté la diversité concrète des actes de l'administration et la variété de leurs règles, en regroupant logiquement ces dernières autour d'une notion unique. Explorer la genèse de la théorie de l'acte administratif unilatéral, c'est donc s'interroger sur les instruments, les influences et les desseins qui ont guidé, à la fin du XIXe siècle et au début du XXe, ces artisans de cohérence. C'est redécouvrir les méthodes utilisées par ces producteurs de logique dans le but d'élaborer une œuvre juridique ».

forme que dans son contenu, on observe une permanence du concept. Le traité y est donc avant tout saisi comme concept juridique (1). Le travail va alors conduire à établir le caractère inhérent du traité à tout système juridique international (2).

## 1. Le traité comme concept de droit international

20. L'étude du traité comme concept de droit international nécessite préalablement de préciser le terme même de concept (a) et de souligner les conséquences d'une telle appréhension du traité (b).

### *a. Définition du concept*

21. Si le traité a fait l'objet de nombreuses études, peu se sont attachées à son concept même. L'idée de concept tend à une certaine abstraction et à une certaine généralité<sup>33</sup> qui dans le cas du traité est à la fois évidente et problématique. Evidente car le traité est toujours abordé en doctrine comme une catégorie unique et distincte. Problématique car la diversité de ses formes et la permanence de son utilisation laisse planer le risque d'une dilution du concept qui serait alors insaisissable. Dans le cadre d'un objet juridique, l'approche conceptuelle va conduire à déterminer aussi bien sa nature que son régime juridique en ce que l'un et l'autre participent de la définition du concept, la nature impliquant la détermination de ses éléments constitutifs qui entraînent l'application d'un régime juridique particulier<sup>34</sup>. Le concept de traité international se détermine alors tant par l'identification des éléments qui le composent que par le régime juridique qu'il implique. L'étude conceptuelle appelle une étude théorique en ce qu'elle tente d'identifier les éléments de permanence de l'instrument conventionnel.

---

<sup>33</sup> Voir par exemple la définition de « concept » dans le dictionnaire Larousse : « Idée générale et abstraite que se fait l'esprit humain d'un objet de pensée concret ou abstrait, et qui lui permet de rattacher à ce même objet les diverses perceptions qu'il en a, et d'en organiser les conséquences ».

<sup>34</sup> Sur la notion de concept juridique et ce qu'elle implique sur le plan méthodologique, voir tout particulièrement Benjamin MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ? Étude à partir de la relation médicale*, Thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 4 avril 2016, pp. 33-37.

22. Le choix de procéder à une étude conceptuelle du traité conduit à considérer celui-ci au-delà de la dualité qui structure la majorité des analyses autour de la distinction de l'acte et de la norme<sup>35</sup>. En effet, une telle présentation présuppose une réduction du traité à sa seule dimension de mode de formation du droit international<sup>36</sup>. Il est alors considéré autour de la confrontation entre sa dimension statique et sa dimension dynamique<sup>37</sup>. Mais de telles approches constituent plus une étude du régime juridique du traité que du traité en lui-même. Sources de confusions sur certains points, elles ne permettent pas d'expliquer et de comprendre la place du traité au sein du droit international. En effet, la permanence historique de l'instrument conventionnel conduit à s'interroger sur sa raison d'être et partant sur ses finalités. Comprendre la place fondamentale du traité dans le système juridique international<sup>38</sup> nécessite tant de s'intéresser à sa dimension de mode de formation que replacer cet aspect dans une compréhension plus générale des traits constitutifs du système juridique international. Plus largement, l'étude de l'influence de l'Antiquité gréco-romaine sur le traité international conduit à cette approche conceptuelle en soulignant à la fois les motifs de son apparition et les finalités qu'il doit remplir pour le système juridique international.

---

<sup>35</sup> Voir Paul REUTER « Le traité international, acte et norme », *APD*, Tome 32, 1987, p. 111-117 ; sur le lien entre l'étude d'un mode de formation du droit et la pertinence d'une analyse articulée autour de la distinction entre le processus créant la norme et la norme, voir Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international. Recherche sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 10-18, l'auteure élargit cette dualité autour du couple mode de production et produit qui reste toutefois peu pertinente au regard d'une étude du concept de traité international car réduisant celui-ci à sa nature d'acte juridique.

<sup>36</sup> « Toute norme juridique internationale est créée en vertu d'une source de droit et toute source juridique reçoit cette qualité d'une norme internationale antérieure. Dans ce sens, il faut toujours faire la distinction entre la procédure de création de la norme et la norme créée. », Julio BARBERIS, « Le concept de traité international et ses limites », *AFDI*, vol. 39, 1984, p. 245

<sup>37</sup> Cette distinction entre approche statique et dynamique du droit a été posée par H. Kelsen qui distingue la vision statique du droit considéré comme système de normes en vigueur à un moment et dans un ordre juridique donné de la vision dynamique qui s'attache au droit en mouvement en tant que processus de formation et de concrétisation du droit. Voir Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 2e éd., 1962, p. 370 et *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1997, p. 89.

<sup>38</sup> « Aujourd'hui plus que jamais, les traités constituent l'instrument privilégié des relations de coopération et les États y recourent dans les domaines les plus variés, tels que politique, économique, commercial, culturel, stratégique, écologique, scientifique et technique. [...] Bref, tout concourt aujourd'hui à faire du traité l'instrument juridique privilégié des relations internationales », Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 14<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 303.

### ***b. Le traité dans le système juridique international***

23. L'analyse conceptuelle du traité implique alors de définir le système juridique dans lequel il opère. Un système juridique s'observe dans l'existence d'éléments procéduraux qui permettent de fonder l'autorité juridique d'énoncés précisant des règles ainsi tenues pour des règles de droit<sup>39</sup>. La notion d'ordre juridique se présente quelque peu différemment en supposant une organisation plus aboutie de l'ordonnement juridique<sup>40</sup>. Cette notion d'ordre juridique en droit international laisse pourtant poindre un certain nombre de sous-entendus doctrinaux et partant son utilisation n'est pas dépourvue d'une visée idéologique<sup>41</sup>. Surtout, au regard des débats sur les rapports entre droit international et ordre juridique interne d'une part et sur la fragmentation du droit international d'autre part, la notion d'ordre juridique appliquée au droit international apparaît peu opérante. Le système juridique international ne s'articule pas autour d'un ordonnancement de ces règles ou de ces procédures qui permettrait d'insérer l'autorité juridique qui en découle dans un ordre a priori. Il met en avant des principes structurants qui en permettent l'existence et le fonctionnement. Ces derniers ne sont alors pas incompatibles avec l'idée d'ordre juridique au sens où les différents éléments du droit international s'articulent juridiquement les uns par rapport aux autres. Toutefois, son fonctionnement repose sur une logique subjective que l'idée de système permet de mieux prendre en compte en écartant la dimension objective que sous-entend la notion d'ordre juridique<sup>42</sup>. Il faut alors souligner l'opposition radicale entre système

---

<sup>39</sup> « [C]e n'est pas le caractère normatif qui définit le droit [...] Ce qui caractérise un système juridique [...] ce sont trois aspects complémentaires : la procédure ou processus d'élaboration des règles ; leur autorité ou puissance juridique ; leurs énoncés formulant leur objet et leur but », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 15.

<sup>40</sup> Voir par exemple la définition suivante : « organisation d'un système plus ou moins complexe de normes et d'institutions destinées à s'appliquer effectivement aux sujets constitutifs d'une communauté déterminée », Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 297, 2002 p. 66.

<sup>41</sup> « La notion d'ordre juridique fondamentale a une fonction légitimante dans un débat fondamental – qu'elle occulte un peu en même temps qu'elle contribue à répandre l'idée qu'il est désuet - [...] débat sur la « nature » du droit international, c'est-à-dire sa nature juridique ou non, ses spécificités », Denis ALLAND, « De l'ordre juridique international », *Droits*, 2002, vol 35, p. 87.

<sup>42</sup> « Mais pour l'instant il [le droit international] ne s'agit que d'un système au sens étroit, synonyme d'ordre juridique » ; ce qui fait son unité, c'est son mode formel d'organisation, dans lequel s'emboîtent les unes dans les autres selon un schéma grossièrement hiérarchique. Ce qu'il faudrait montrer maintenant, c'est que le droit international doit la cohésion de ses éléments, et l'originalité de cette forme de cohésion

juridique international et ordre juridique interne. Toute étude de droit international nécessite de tenir compte de la logique particulière de ce système<sup>43</sup>.

24. Le concept de traité international ne peut donc se comprendre que dans son articulation avec le droit international. Celui-ci place en son cœur une tension fondatrice perceptible dès l'Antiquité gréco-romaine. En effet, le droit international se perçoit tour à tour comme un droit des rapports internationaux et comme un droit de la communauté internationale<sup>44</sup>. Tandis que les questions liées aux activités guerrières, aux ambassades ou aux activités commerciales tendent vers la question de l'encadrement des relations entre cités, l'apparition du jusnaturalisme dans la philosophie stoïcienne, l'existence de règles d'humanité dans la conduite de la guerre comme l'idée romaine du *ius gentium* attire l'attention sur la possibilité de soumettre l'ensemble des communautés humaines à un droit commun. Cette double compréhension du droit international rend nécessaire une approche tenant compte d'une spécificité radicale par rapport à tout système juridique interne qui est la confrontation permanente de sa dimension subjective et de sa dimension objective au centre de laquelle se trouve la souveraineté des États, désormais comprise comme le caractère indépendant des entités politiques participant au système juridique international<sup>45</sup>. Le droit international se présente alors comme un système

---

[...] à des « ressorts » qui ne tiennent pas seulement à la façon dont l'ordre juridique international se constitue et s'articule aux conduites étatiques, mais aussi à la façon dont, concrètement, le schéma abstrait que j'en ai présenté se réalise », Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *APD*, Tome 31, 1986, p. 95.

<sup>43</sup> « Le système juridique international est donc proprement un système « anarchique », c'est-à-dire obéissant à un mode d'organisation qui ignore le phénomène du pouvoir, celui d'un autre État comme celui de la communauté que les États ou leurs peuples constitueraient tous ensemble. [...] Les conséquences de la structure égalitaire de la société des États apparaissent clairement dans les traits qui caractérisent dans l'ordre international la production du droit et sa réalisation. [...] Pour comprendre les mécanismes du droit international public, [...], il faudra donc s'émanciper de l'emprise du modèle étatique et de la référence familière qu'il offre pour s'aventurer dans un monde nouveau, obéissant à une autre logique », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 12<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2016, pp. 23-24.

<sup>44</sup> Voir notamment la lecture proposée par Pierre-Marie Dupuy de l'évolution historique du droit international moderne comme un passage du droit international classique interétatique fondé sur une unité formelle à un droit international contemporain communautaire fondé sur une unité matérielle, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2002.

<sup>45</sup> « Mais pour démontrer que le droit international est objectif [...] l'esprit juridique doit combattre sur deux fronts. D'un côté, il doit assurer le caractère concret du droit en prenant ses distances avec toute idée de justice naturelle. D'un autre côté, il doit garantir le caractère contraignant du droit vis-à-vis du



juridique spécifique marqué par son horizontalité découlant d'une déconcentration du pouvoir placé dans des organisations politiques indépendantes les unes des autres<sup>46</sup>. En d'autres termes, le droit international peut se passer de l'État comme de la conception moderne de la souveraineté mais ne peut se passer d'entités politiques qui se reconnaissent indépendantes les unes des autres et donc d'une certaine forme de souveraineté. Ce constat conduit à souligner la dimension avant tout formelle du droit international<sup>47</sup>. En conséquence, toute analyse du traité en tant qu'instrument suppose non seulement de prendre en compte le système dans lequel il se déploie mais également ses rapports avec celui-ci afin de proposer une vue exhaustive de celui-ci.

## 2. Le traité comme instrument juridique inhérent au droit international

25. La croissance et les évolutions de la pratique conventionnelle en droit international rend d'autant plus nécessaire la recherche de l'unité conceptuelle du traité

---

comportement des Etats [...] Le droit peut être concret et vérifiable seulement s'il reflète ce que font les Etats et ce qui est leur intérêt. Il est normatif seulement s'il n'est pas réductible à ce que font les Etats et ce qui est leur intérêt », Matti KOSKENNIEMI, « The Politics of International Law », *EJIL*, 1990, vol. 1, pp. 1-32, traduit par A-C Martineau, « Entre Utopie et Apologie : la politique du droit international » in CERDIN, *Matti Koskenniemi-La politique du droit international*, Paris, Pedone, coll. « Doctrines », 2007, p. 56.

<sup>46</sup> « Faut-il rappeler que le droit international est né du besoin de faire vivre côte à côte en Europe, après l'effondrement de toute autorité supérieure, des entités hétérogènes, toutes souveraines et toutes égales, à l'intérieur de leur territoire respectif circonscrits pas des frontières ? », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992, p. 34.

<sup>47</sup> Ainsi, la formation du droit international moderne s'est traduite par la création « d'un cadre juridique formel, sophistiqué et procédural qui, pour cette raison, permet toujours de renvoyer les questions substantielles, ou l'idée matérielle de justice, à des procédures additionnelles, à des interprétations diverses, à l'équité, au contexte, et ainsi de suite. [...] Et le succès du droit international dépend justement de cet aspect formel, à savoir de son refus d'imposer des règles prédéterminées ou des solutions toutes faites pour la résolution d'un conflit futur. Bien qu'il y ait un processus juridique distinct – et, en ce sens, un système juridique international de règles relativement autonome et cohérent [...] –, il n'y a pas de principe matériel juridique déterminé, pas d'ordre public spécifique à imposer », Matti KOSKENNIEMI, « The Politics of International Law », *EJIL*, 1990, vol. 1, pp. 1-32, traduit par A-C Martineau, "Entre Utopie et Apologie : la politique du droit international" in CERDIN, *Matti Koskenniemi-La politique du droit international... op. cit.*, 2007, p. 90. Par ailleurs, cette dimension formelle du droit international a pour conséquence l'impossibilité de sa définition matérielle, voir Robert KOLB, « Le domaine matériel du droit international : esquisses sur les matières régies par le droit international public à travers l'histoire », in *Mélanges Christian Dominicé*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, p. 47-67.



international. Alors que le traité a connu des évolutions importantes tant dans sa forme que dans son contenu, notamment tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle, il conserve une importance fondamentale dans le système juridique international. Par ailleurs, il semble se manifester aujourd'hui une certaine méfiance à l'égard du traité international, qui tend à remettre en cause son caractère incontournable. En effet, le traité apparaît doublement menacé. D'un côté, ses traditionnelles critiques par des observateurs plus ou moins avisés et autorisés des relations internationales s'inscrivent dans une critique plus générale du droit international perçu comme une entrave à la souveraineté des États. De l'autre, instrument fondé sur l'engagement de ces mêmes États, il apparaît comme un frein inacceptable à un approfondissement du droit international, le signe de la primitivité de ce système qu'il faudrait pouvoir contourner par le recours aux principes généraux du droit ou encadrer par le développement du caractère impératif du droit international. Rigidité juridique excessive d'un côté, mode de production normatif inadapté de l'autre, cet instrument serait celui de la société internationale des XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles, une société d'égales puissances souveraines dont les enjeux internationaux sont interétatiques et non trans-étatiques. Par ailleurs l'influence du droit anglo-saxon sur le droit international concourt à cette préférence pour les engagements souples et le droit non écrit. Ces voies apparaissent pourtant illusoire. La détermination du concept de traité conduit au contraire à en souligner les avantages et surtout son caractère inhérent au système juridique international. En mettant en avant les finalités du traité au sein du droit international, il est alors possible de souligner son aspect indispensable à celui-ci. Le droit international comme système juridique horizontal suppose le traité autant que le traité international n'existe que dans un système juridique international.

**26.** L'analyse des faits et de la pensée de l'Antiquité gréco-romaine renforce et éclaire ce constat. Du point de vue de la définition et de la composition du traité, la période permet d'élargir la compréhension des actes juridiques et leur articulation dans le système juridique international. Il est alors nécessaire de s'écarter de la tentation d'intégrer le traité à une théorie de l'acte juridique peu pertinente au regard du système juridique international. Surtout, le traité international n'apparaît pas tant comme un acte que comme une collection d'actes unilatéraux qui s'incarne dans un instrument écrit. Ce caractère d'instrument reflète la raison d'être du traité dans le système juridique

international. La formation conceptuelle de l'instrument conventionnel dans l'Antiquité gréco-romaine est alors déterminante pour comprendre l'articulation de ses effets au sein du système juridique international. Comme tout mode de formation du droit international, le traité se distingue des obligations qu'il contient mais en même temps il se distingue des autres instruments internationaux par la place fondatrice qu'il occupe pour le système juridique international. L'analyse conduite met en avant le traité comme instrument juridique à la fois particulier au sein du droit international et spécifique à ce système. Le caractère incontournable du traité explique alors les particularités de sa formation tandis que ce même caractère s'explique par l'adéquation de ses finalités au regard des traits particuliers du système juridique international.

27. Le traité international est ainsi un concept inhérent au système juridique international en permettant de réconcilier la double dimension du droit international. Le traité est un moyen particulier au service d'une finalité spécifique. Il faut donc dans un premier temps s'attacher à la construction conceptuelle du traité qui va conduire à souligner son caractère instrumental (1<sup>ère</sup> Partie). Une fois établie comment naît-il, il s'agira d'établir pourquoi naît-il. Cela amène alors à étudier la place particulière du traité dans le fonctionnement du système juridique international (2<sup>ème</sup> Partie).

*Plan de la thèse :*

*1<sup>ère</sup> Partie : La composition du traité international, de la diversité à l'unité*

*2<sup>ème</sup> Partie : Le fonctionnement du traité international, de la généralité à la particularité*





## 1<sup>ère</sup> Partie : La composition du traité international, de la diversité à l'unité

---

28. La large reconnaissance pratique et doctrinale de l'unité de la catégorie du traité international comme mode de production du droit international semble difficile à saisir face à la diversité de la pratique conventionnelle. La terminologie utilisée reflète elle-même cette pluralité. Ainsi, la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités utilise indifféremment les termes de traité, de convention ou encore d'accord<sup>48</sup>. Plus encore, cette diversité du vocabulaire recouvre une grande diversité de la composition même du traité. Si l'on peut y voir le faible formalisme du droit international, cela ne manque pas d'interroger la composition du concept de traité international. Comment rendre compte de l'unité du concept juridique face à la pluralité de ses formes et l'indétermination de son processus de formation ? La doctrine s'appuie majoritairement sur l'idée que de la rencontre des volontés naît un accord unique qui s'incarne dans un acte juridique. Cependant cette analyse reste source de confusions notamment parce qu'elle ne permet pas d'apprécier la singularité du traité au sein des modes de formation du droit international. De plus, derrière l'unité de la catégorie « acte » se présente une diversité des situations qui présente une certaine insatisfaction quant à la détermination de la composition du traité et, au-delà, quant à sa nature même.

29. Pourtant déterminer précisément ce que recouvre le concept de traité est indispensable pour permettre, à travers la mise à jour de traits communs à la diversité des situations conventionnelles, d'en faire ressortir l'unité et d'en éclairer la nature. L'apport des réflexions et pratiques antiques se révèle particulièrement fécond pour

---

<sup>48</sup> Voir notamment l'article 2 de la Convention de Vienne qui définit le traité comme « un accord international conclu par écrit entre États et [...] quelle que soit sa dénomination particulière ». La jurisprudence internationale a depuis longtemps établi cette indifférence terminologique, voir CPJI, avis consultatif du 5 septembre 1931, *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, Rec. 1931, Série A/B, n° 41, p. 47 : « Au point de vue du caractère obligatoire des engagements internationaux, on sait que ceux-ci peuvent être pris sous forme de traités, de conventions, de déclarations, d'accords, de protocoles ou de notes échangées ».

approfondir la compréhension de cette unité conceptuelle. Tout d'abord, elles mettent en évidence la façon dont a pu être pensée la possibilité de créer des règles juridiques internationales malgré l'absence d'un pouvoir centralisé. Ensuite, l'Antiquité gréco-romaine contribue à élargir la conception de la notion d'acte juridique au cœur des interrogations quant à la formation du droit international. Le traité international apparaît alors comme la réponse principale aux interrogations sur la formation des règles dans un système juridique spécifique dont les traits se retrouvent dans l'instrument conventionnel lui-même.

**30.** Le traité est donc avant tout un mode de formation du droit international. En conséquence, le traité international place en son cœur l'engagement international. Mais cela ne le distingue pas des autres modes de formation du droit international. Celle-ci s'observe dans la confrontation entre la pluralité de ses éléments et l'unité de l'instrument. L'étude de la construction conceptuelle du traité fait alors ressortir la rencontre particulière de l'unilatéral et du concerté<sup>49</sup> qu'il permet en conciliant une pluralité d'acte juridiques en un instrument unique lors de sa formation. Le traité international se présente en premier lieu comme une collection d'actes juridiques dont l'engagement conventionnel constitue le point de départ et le cœur (Titre 1). Son unité se réalise dans la conciliation de ces actes juridiques, dévoilant alors sa nature d'instrument du droit international (Titre 2).

*Plan de la 1<sup>ère</sup> Partie :*

*Titre 1 : La diversité des actes conventionnels*

*Titre 2 : L'unité de l'instrument conventionnel*

---

<sup>49</sup> Nous reprenons ici la terminologie utilisée par S. Sur : « Le traité se présente comme un instrument concerté qui peut se décomposer en une série d'actes unilatéraux. Cette dialectique entre unilatéral et concerté caractérise les procédures conventionnelles », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 115.

## TITRE 1 : LA DIVERSITE DES ACTES CONVENTIONNELS

31. Il est généralement considéré que le traité est un acte juridique permettant la formation du droit international. Celui-ci découlerait de plusieurs engagements internationaux dont la rencontre conduirait à un résultat unique. Dès lors, l'acte d'engagement conventionnel prend une importance considérable. Pouvant être défini comme tout acte visant à exprimer le consentement d'un État à être lié par un traité<sup>50</sup>, il reflète l'importance que le droit international accorde à l'engagement et de fait à la phase de formation du traité. L'étude doctrinale du traité<sup>51</sup> tout comme son analyse jurisprudentielle débutent ainsi par l'étude de celle-ci. Si elle s'explique par la logique analytique pour la doctrine<sup>52</sup>, l'importance qu'attache la jurisprudence à cette formation témoigne de la singularité du droit international. En effet, celle-ci conduit à réduire, en dernière analyse, la question de la validité du traité à celle de son opposabilité<sup>53</sup>. La

---

<sup>50</sup> Cette définition s'appuie sur l'article 11 de la Convention de Vienne de 1969 portant sur « les modes d'expression du consentement à être lié par un traité ». S. Szurek considère ainsi que l'objet de cet article est « consacré à l'énumération des différents types d'actes par lesquels l'État peut exprimer son consentement à un engagement conventionnel », Sandra SZUREK, « Article 11 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, vol. 1, p. 308. F. Poirat évoque, au sujet de l'article 11, « les modes d'expression du consentement à être lié par le traité, c'est-à-dire les moyens par lesquels un État peut manifester son accord afin d'être juridiquement tenu par un texte », Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, p. 41.

<sup>51</sup> Voir notamment la présentation du traité dans les principaux manuels de droit international public : Denis ALLAND, *Manuel de droit international public*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2018, Leçon 5, Section 1 : « La naissance de l'engagement conventionnel », pp. 113-125 ; Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public op... cit.*, 2016, Chapitre 3, Section 1 : « Les procédures conventionnelles », pp. 115-134 ; Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, 2<sup>ème</sup> Partie, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2 : « Formation de l'engagement conventionnel et participation au traité », pp. 304-312.

<sup>52</sup> « Entendu comme une opération de production du droit, le traité constitue un moyen dont disposent certains sujets de droit international afin de produire du droit. Il faut donc s'attacher à la survenance de ce droit, c'est-à-dire aux conditions formulées par l'ordre international dont la satisfaction emportera les effets voulus par les auteurs », Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, p. 23.

<sup>53</sup> Voir notamment J. Combacau qui fait de l'engagement conventionnel, l'élément permettant au traité de passer de la virtualité à la réalité : « Dans un système anarchique d'organisation des rapports légaux, cette opération [le passage de l'existence virtuelle du traité à une réalité juridique pour les parties] suppose nécessairement l'expression d'un consentement du futur assujetti : consentement non plus à ce que le traité existe en soi [...] mais à ce qu'il existe pour lui », Jean COMBACAU, *Le droit des traités*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1991, p. 37.

question de l'existence d'un traité se réduit à la recherche d'un consentement de l'Etat à être lié par celui-ci, c'est-à-dire à la recherche d'un engagement conventionnel<sup>54</sup>. Reflet de la faible formalisation du droit international, cette logique témoigne de l'importance de la question de l'engagement conventionnel pour la définition et l'identification même du traité. Mais cette importance conduit à réduire la question de la formation et de la composition du traité à cet engagement et ne permet plus de distinguer le traité des autres modes de formation international<sup>55</sup>.

**32.** Période d'intenses échanges au sein d'un système international formé d'entités connaissant une relative communauté culturelle, l'Antiquité gréco-romaine permet d'éclairer la notion d'engagement international. Elle en rappelle les origines extra-juridiques dont les traits perdurent en raison des caractéristiques du système juridique international et son caractère pleinement juridique, faisant de cet engagement un acte juridique. Cette période permet alors d'offrir un nouveau regard sur la notion même d'acte juridique qui se révèle particulièrement fécond car limitant la transposition de la conception interniste de celui-ci. Le rapprochement avec le concept de traité en droit international contemporain conduit à souligner que, si celui-ci se compose bien d'actes juridiques, il ne se réduit pas à un acte unique. Parce que l'engagement international est bien le fondement du droit international, l'engagement conventionnel est essentiel à la formation du traité. Mais parce que l'acte juridique international exprime toujours un engagement, il est marqué par une unité et une unilatéralité qui ne peut s'appliquer au traité international qui, au contraire, se présente comme intégrant une pluralité des actes juridiques internationaux et, en premier lieu, d'actes d'engagement conventionnel.

**33.** La place centrale de l'engagement conventionnel dans le traité international n'est alors que le reflet de l'importance de la notion d'engagement dans le système juridique international et plus particulièrement dans la définition de l'acte juridique international. La parenté entre le serment antique et la notion d'engagement international permet de

---

Ce constat ne préjuge pas d'une analyse restrictive de la question de l'effet relatif des traités internationaux qui renvoie à leur exécution et non à leur formation, cf. 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 4, Chapitre 7.

<sup>54</sup> On peut trouver, dans la jurisprudence récente de la CIJ, un exemple de ce raisonnement dans l'arrêt du 27 janvier 2014, *Différend maritime (Chili c. Pérou)*, § 45-48, *CIJ Rec. 2014*, p. 24.

<sup>55</sup> En ce sens, voir Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, pp. 9-15.



mieux saisir cette importance pour le droit international (Chapitre 1). L'engagement conventionnel se présente comme un acte juridique, trop souvent confondu avec le traité lui-même (Chapitre 2).

*Plan du titre 1 :*

*Chapitre 1 : L'engagement international comme fondement du droit international*

*Chapitre 2 : L'engagement conventionnel comme acte juridique international*



## Chapitre 1 : L'engagement international comme fondement du droit international

34. Longtemps considérée comme le signe de son caractère primitif, l'horizontalité du système juridique international, qui se traduit par l'absence d'une hiérarchie des normes et une déconcentration des fonctions législatives et exécutives en son sein, pose la question de la possibilité même de règles et d'instruments juridiques internationaux<sup>56</sup>. On observe dans l'Antiquité gréco-romaine des exemples ainsi que des premières analyses sur la possibilité d'un tel encadrement des rapports internationaux par le droit. Il faut alors rappeler la proximité historique de la religion et du droit qui se manifeste notamment dans l'usage du serment. La place qu'occupe celui-ci sur le plan international dans l'Antiquité permet de rappeler le rôle originaire et originel de l'engagement pour tout système juridique marqué par l'absence de centralisation du pouvoir public.

35. La dimension en partie religieuse du serment en fait un élément cardinal dès les premières tentatives d'encadrement juridique des relations internationales dans l'Antiquité gréco-romaine (Section 1). Cette importance se retrouve dans le droit international contemporain dans la mesure où l'engagement international des Etats apparaît comme le fondement de ce système juridique (Section 2).

### Section 1 : Les origines extra-juridiques de l'engagement international

36. L'usage du serment dans l'Antiquité gréco-romaine comme préfigurant la conceptualisation de l'engagement international des cités sur le plan juridique conduit à souligner les liens qui existent entre droit et religion. En effet, la proximité, voire

---

<sup>56</sup> « Le droit international est un système juridique anarchique. On veut dire qu'il ignore, dans sa production comme dans sa réalisation, le phénomène du pouvoir légal grâce auquel, dans l'ordre interne, l'État, [...] produit des normes opposables à une collectivité d'assujettis [...]. Pas de loi : est-ce à dire pas de droit, et une parfaite anomie des comportements [...] ? La réalité est plus originale : le système international est à la fois organisé légalement *et* anarchique » Jean COMBACAU, *Le droit des traités... op. cit.*, 1991, pp. 3-4.

l'imbrication de ces deux phénomènes dans les sociétés antiques, notamment dans le domaine de leurs activités internationales fait ressortir une proximité intellectuelle certaine entre religion et droit. Elle s'incarne dans une parenté des mécanismes qui rappelle alors l'importance du sacré dans l'origine du droit (1). Le droit va progressivement intégrer le serment comme interface entre ces deux sphères qui, sur le plan international, symbolise l'engagement de la cité tant envers elle-même qu'envers ses partenaires (2).

### ***1. La dimension religieuse du développement du droit dans l'Antiquité***

37. L'apparition et le développement du droit dans les mondes grecs et romains sont intimement liés à la religion<sup>57</sup>. Plus précisément, c'est à travers le sacré que l'on constate cette porosité entre droit et religion. En effet, si les rapports entre sphère juridique et religieuse restent d'une certaine complexité et soumis à diverses interprétations contradictoires, on peut néanmoins noter la proximité entre ritualisme religieux et formalisme juridique (a). Sur le plan matériel, s'agissant du droit international, la guerre, de par sa nature et son importance, est le lieu privilégié pour observer l'influence du religieux sur l'apparition de premières règles de droit international (b).

#### ***a. Rôle et fonction de la religion dans l'appréciation des faits sociaux et juridiques***

38. Les cités antiques du monde grec et du monde romain se caractérisent par une dimension publique de la religion. Celle-ci est au fondement de l'apparition et du développement des institutions comme des activités publiques. Si le droit va progressivement offrir un encadrement et une organisation sécularisée de la vie publique, la place essentielle qu'occupe la religion va se maintenir, notamment du fait de sa dimension sacrale. Ainsi, au-delà d'être la source matérielle de nombreuses règles juridiques, la proximité entre religion et droit s'observe dans la proximité des mécanismes intellectuels qu'ils supposent.

---

<sup>57</sup> « Dans l'antiquité le droit, comme du reste la vie en général, se trouve en communion étroite avec la pensée religieuse », Robert REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens – depuis l'Antiquité jusqu'à la veille de la Grande Guerre*, Paris, Rousseau et Cie, 1923, p. 47.

39. La religion représente la matrice de la construction institutionnelle des cités et de leurs règles juridiques ; la cité antique incarnée par le modèle grec est tout à la fois une entité religieuse, une institution politique et un complexe militaire<sup>58</sup>. En raison de la dimension sociale et politique de la religion, la formation et l'existence du droit dans le cadre des cités antiques se comprennent en grande partie dans ses liens avec celle-ci<sup>59</sup>. Les analyses de la naissance des cités antiques font ressortir cette importance de la religion comme sources des premières législations<sup>60</sup>. Outre son rôle de source du droit, la religion, en raison de sa dimension publique, est un facteur déterminant de l'unité des cités antiques. La communauté des citoyens se forme ainsi autour d'un culte commun et partagé, semblable aux cultes des ancêtres propres à chaque famille et qui est affirmé à travers les récits mythologiques de la fondation de ces cités<sup>61</sup>. La religion intervient alors

---

<sup>58</sup> Voir par exemple David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 31-33. C. Castoriadis notamment relève la concomitance, à la période homérique du développement de la cité et de la religion grecque classique : « pour en revenir à ce qu'on peut appeler le courant central de la religion grecque, le magma de significations imaginaires sociales qui se crée à l'époque de la rédaction finale des poèmes homériques, et à travers eux, est à mon avis contemporain de la constitution de la *polis* – dont il est en même temps l'expression, à travers l'adhésion de la communauté des citoyens libres aux valeurs « politiques » incarnées notamment, par leurs dieux », Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce. 1. D'Homère à Héraclite (La Création Humaine 2)*, Paris, Editions du Seuil, 2004, p. 130.

<sup>59</sup> Cela ne signifie pas pour autant que le droit se confonde avec la religion ou qu'obligation juridique et obligation religieuse puissent s'opposer. Si Athènes développe une tentative d'encadrement juridique de la sphère religieuse, traduisant ainsi à nouveau la dimension civique de la religion, celle-ci finit par échouer mais sans pour autant confondre ces deux dimensions, voir Marie-Madeleine MACTOUX, « La *polis* en quête de théologie » in *Mélanges Pierre Lévy. Tome 6 : religion*, Besançon, Université de Franche-Comté, 1992, pp. 289-313. D'autre part, « si l'on dépasse les brumes de la préhistoire du droit, droit et religion se présentent à Rome comme deux mondes rigoureusement étanches [...]. Le droit est une création humaine et civique. Il se suffit, par définition à lui-même et ne demande aucun secours à la religion, à la piété, ou à la crainte des dieux », Michel HUMBERT, « Droit et religion dans la Rome antique » in *Mélanges Félix Wubbe*, Fribourg, Ed. Universitaires de Fribourg, 1993, pp. 192-193. Cette idée de la loi comme création humaine sans intervention divine mais au contraire comme produit de la communauté politique s'inspire directement des conceptions grecques « où Dieu n'est pas là pour dire la vérité, où la vérité est l'enjeu de l'effort humain », Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce. 1. D'Homère à Héraclite (La Création Humaine 2)... op. cit.*, 2004, p. 140.

<sup>60</sup> Dès l'Antiquité, on voit apparaître un récit de la construction politique des cités comme celui d'une progressive sécularisation de sa législation sans pour autant que celle-ci ne signifie la disparition de ces lois religieuses, voir notamment PLATON, *Les lois* ainsi que l'analyse de cette œuvre proposée par Victor GOLDSCHMIDT, *Platonisme et pensée contemporaine*, Paris, Aubier Editions Montaigne, coll. « Présence et pensée », 1970, pp. 105-111 ; Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré*, Paris, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », 2006, pp. 243-255 ; Jacqueline de ROMILLY, « Religion et droit dans la Grèce ancienne », *APD*, tome 18, 1973, pp. 9-10.

<sup>61</sup> Le rapprochement entre culte des ancêtres au sein d'une même famille et culte public au sein de la cité est notamment fait par Fustel de Coulanges pour expliquer la spécificité des liens entre membres d'une même cité. Il s'appuie particulièrement sur les récits mythologiques mais également historiques de la

dans toutes les dimensions de la vie publique témoignant ainsi de ce rapport tout à fait particulier entre les hommes et les dieux dans l'Antiquité<sup>62</sup>. Cette proximité ne disparaît pas avec le régime républicain à Rome. Au contraire, celui-ci s'appuie très largement sur la religion et sa dimension publique pour fonder sa légitimité et son unité<sup>63</sup>.

40. Dans son expression, le droit va reprendre les mécanismes intellectuels de la religion<sup>64</sup>. Cette parenté s'explique par une origine commune qui se traduit avant tout sur le plan de la forme sans pour autant conduire à une confusion entre commandement religieux et loi positive<sup>65</sup>. Cette similitude formelle trouve son origine dans la nature

---

fondation des cités pour rappeler que cette fondation est avant tout un acte religieux liant ainsi dès son origine la cité à un culte public, facteur d'unité politique entre ses citoyens, voir Numa Denis FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique... op. cit.*, 1957, pp. 151-161. Cet ouvrage de Fustel de Coulanges a fait l'objet de nombreuses critiques ultérieures portant sur l'exactitude historique de ses analyses, voir Victor EHRENBERG, *L'Etat grec*, Paris, Maspéro, 1976, 411 p. ou encore Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce. 2. La Cité et les Lois (La Création Humaine 3)*, Paris, Editions du Seuil, 2008, pp. 33-34. Celles-ci portent essentiellement sur la distinction entre la conception de la liberté chez les Anciens et chez les Modernes. La notion de liberté individuelle n'existe pas selon lui dans les mondes grec et romain en raison de la subordination complète de l'individu à la cité comme collectivité. En découle une impossibilité de prendre les institutions politiques de l'Antiquité comme modèle : « C'est donc une erreur singulière entre toutes les erreurs humaines que d'avoir cru que dans les cités anciennes l'homme jouissait de la liberté. Il n'en n'avait même pas l'idée », *Ibid.*, p. 22. Cependant, ces objections reconnaissent également l'apport de la réflexion de Fustel de Coulanges s'agissant du rôle de la religion dans la cité, qui seul nous intéresse ici.

<sup>62</sup> « Ainsi en temps de paix et en temps de guerre, la religion intervenait dans tous les actes. Elle était partout présente, elle enveloppait l'homme. L'âme, le corps, la vie privée, la vie publique, les repas, les fêtes, les assemblées, les tribunaux, les combats, tout était sous l'empire de cette religion de la cité. Elle réglait toutes les actions de l'homme, disposait de tous les instants de sa vie, fixait toutes ses habitudes. Elle gouvernait l'être humain avec une autorité si absolue qu'il ne restait rien qui fût en dehors d'elle. [...] l'Etat ancien n'obéissait pas à un sacerdoce, c'était à sa religion même qu'il était soumis. Cet Etat et cette religion étaient si complètement confondus ensemble qu'il était impossible, non seulement d'avoir l'idée d'un conflit entre eux, mais même de les distinguer l'un de l'autre », Numa Denis FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique... op. cit.* (1864), 1957, pp. 193-194.

<sup>63</sup> Ainsi que le rappelle P. Ségur, la République romaine se fonde sur trois traits principaux : la mystique républicaine qui fait de la politique l'administration du bien commun dans l'intérêt de la collectivité sur le fondement d'un pouvoir reçu des hommes et des dieux, la primauté d'un droit formaliste d'essence divine comme le montre par exemple la notion d'obligation réciproque et de *fides* dont la sécularisation progressive traduit une universalité grandissante et enfin l'importance du pouvoir religieux à travers notamment l'institution des augures, voir Philippe SEGUR, *Introduction à la pensée politique classique... op. cit.*, 2004, 143 p.

<sup>64</sup> Michel HUMBERT, « Droit et religion dans la Rome antique... op. cit. », p. 194 : « n'est-il pas nécessaire de dépasser les preuves formelles et incontestables d'une frontière intangible entre le domaine du sacré et celui du profane, pour établir de l'un à l'autre des passerelles, plus exactement des ponts ? ».

<sup>65</sup> « Juridical rules pass through various phases. At first they have a form at once mystic and religious; the knowledge of them monopolized by those who seem to be empowered with the mission of addressing

même de la religion dans les sociétés antiques, un modèle qui va connaître son apogée dans la Rome républicaine<sup>66</sup>. Les relations entre droit et religion montrent bien que le rapport des hommes à la religion, dans les mondes grecs et romains, est différent de celui des religions monothéistes. Cela se manifeste particulièrement dans la religion grecque où l'on ne retrouve pas « cette séparation rigoureuse que les religions monothéistes ont tenté d'établir, sans y parvenir tout à fait, entre en deçà et au-delà, entre l'être humain et l'être divin. Il existe bien sûr chez eux [les Grecs] une différence, qui n'est pas simplement quantitative mais qualitative ; mais d'une certaine façon il ne s'agit pas d'une différence ontologique. Les dieux sont excellents, ils sont infiniment supérieurs aux humains ; mais ils ne se trouvent pas de l'autre côté d'un précipice ontologique qui les en séparerait radicalement »<sup>67</sup>. Les institutions romaines vont approfondir cette dimension civique de la religion en y ajoutant un aspect public, institutionnel. D'une part, cela intervient par la mise en place d'institutions publiques à caractère religieux comme l'illustrent les augures chargés d'interpréter officiellement les signes divins ou encore le droit fétial<sup>68</sup>. D'autre part, dans le droit lui-même dont la dimension formaliste d'essence divine s'observe par exemple dans la notion de *fides* qui traverse le droit romain et préfigure la notion juridique de bonne foi. La particularité du rapport entre les hommes et leurs divinités va ainsi faciliter la reproduction entre les hommes et les cités des mécanismes intellectuels religieux<sup>69</sup>. Si la religion constitue donc bien un élément essentiel des systèmes juridiques des mondes grecs et romains, ce

---

themselves to the gods; they assume a religious character, and furthermore a character which differs in all aspects from religion-magic, or, in other words, the power which certain men exercise against the gods; thus law is esoteric. », Ernest NYS, « The Codification of International Law », *AJIL*, vol. 5, 1911/4, p. 872.

<sup>66</sup> La force du lien entre la Cité et ses dieux se traduit par une conception civique de la religion. Comme le note C. Castoriadis, ce n'est pas d'impiété dont est accusé Socrate mais de ne pas croire aux dieux auquel sa cité croit : « ces dieux, la cité les a institués comme tels, et la question n'est pas de savoir s'ils existent ou pas, ou s'ils sont vrais ou faux. Ce dont Socrate est accusé, c'est de vouloir changer la religion officielle en introduisant de nouveaux dieux [...]. Or, cette religion officielle n'est, en un sens, qu'une partie de la législation de la cité », Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce. 2. La Cité et les Lois... op. cit.*, 2008, p. 122.

<sup>67</sup> Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce. 1. D'Homère à Héraclite... op. cit.*, 2004, p. 125.

<sup>68</sup> S'agissant du droit fétial, voir *Infra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, 2. b. § 27.

<sup>69</sup> C'est le cas notamment de la procédure de tirage au sort des fonctions électives que l'on retrouve chez Homère pour déterminer la répartition des domaines des dieux et qui va être l'un des fondements du caractère démocratique des cités grecques, voir Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce. 1. D'Homère à Héraclite... op. cit.*, 2004, p. 134-135.

rapport est tout à fait particulier et ne se traduit pas par une confusion entre obligation religieuse et juridique ou par une simple transposition en droit des règles religieuses. Cela s'observe dans le passage, de la Grèce archaïque à la Grèce classique, de l'idée de *thémis* à la notion de *nomos*. Alors que la première, omniprésente dans les poèmes homériques, représente une divinité inspirée par Zeus et chargée d'assurer l'ordre universel, le terme de *nomos* est absent de *l'Iliade* comme de *l'Odyssée*. Ce n'est qu'avec Hésiode, au VII<sup>ème</sup> siècle av. J-C, à la charnière des périodes archaïque et classique que la notion apparaît et avec elle la distinction entre obligation découlant du divin et obligation découlant de la loi. De caractère divin, la *thémis* incarne une version primitive du droit confondu avec des commandements religieux. Là où elle ne produit que des actes d'autorité au caractère oraculaire, le *nomos* est une production humaine, symbole de la liberté des cités grecques<sup>70</sup>. Dès lors, l'obligation juridique est nettement détachée de l'obligation religieuse. Ce n'est que plus tardivement que l'introduction par la pensée stoïcienne de l'idée de droit naturel va permettre un rapprochement entre obligation religieuse et obligation juridique, notamment avec le développement de la chrétienté. Or, l'idée d'un droit naturel semble en partie étrangère à la pensée politique et juridique grecque classique qui repose, une fois disparue l'idée de *thémis*, sur l'opposition entre *nomos* et *phusis*, loi et nature<sup>71</sup>. Par la suite, si les analyses stoïciennes vont connaître un certain succès dans la Rome républicaine et alimenter les réflexions sur l'existence d'un droit naturel, celui-ci reste fondé par la raison et non par la religion<sup>72</sup>. Ce n'est que sous

---

<sup>70</sup> Voir Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2006, pp. 14-16.

<sup>71</sup> Voir également *Infra* 1<sup>ère</sup> partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, 1. a. La question des rapports entre droit et nature dans les réflexions philosophiques grecques fait l'objet d'un débat profond entre les sophistes et Platon qui se poursuit encore aujourd'hui. Ainsi, les sophistes s'appuient sur une opposition entre loi et nature conduisant à un relativisme juridique qui fait du droit une production totalement et uniquement humaine là où Platon introduit la figure du législateur humain, inspiré par les dieux et produisant des lois pour les hommes, intégrant ainsi le droit. Un résumé de ces débats est proposé par Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit... op. cit.*, 2006, p. 16-24. La question de la reconnaissance d'un droit naturel dans le monde grec reste débattue en raison de diverses mentions que l'on retrouve aussi bien chez Platon que chez Aristote notamment et qui s'incarne particulièrement dans *l'Antigone* de Sophocle mais également dans le discours de Périclès, voir THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre II, 37, 3. Si, par exemple, C. Castoriadis rejette l'idée d'un droit naturel chez les Grecs, voir *Ce qui fait la Grèce. 3. Thucydide, la force et le droit (La création Humaine 4)*, Paris, Editions du Seuil, 2011, p. 187 et pp. 208-212, une position plus nuancée peut être notamment observée chez Jacqueline de Romilly, voir *La loi dans la pensée grecque... op. cit.*, 2001, pp. 26-38.

<sup>72</sup> Plus largement, la conception romaine du *ius* illustre bien cette spécificité des rapports entre droit et religion. Le *ius* commande en fait la conduite d'une institution ou d'un individu à l'égard des autres et donc chaque *ius* doit être défini précisément. Cette notion n'est donc pas fondamentalement religieuse, comme on peut notamment l'observer dans le serment, cas particulier de *ius*, où « l'élément religieux [...]



l'empire que l'influence officielle du stoïcisme et la diffusion du christianisme vont conduire à une convergence des obligations juridiques et religieuses.

41. Sur le plan des relations entre entités politiques indépendantes, cette prégnance du religieux va être à la fois plus affirmée et plus durable. En effet, la religion est un aspect essentiel des relations internationales de l'Antiquité. Ainsi, par exemple, les cités d'un même ensemble partagent leurs divinités ; de même, la reconnaissance d'une divinité étrangère peut symboliser l'alliance entre deux cités ou la soumission de l'une à l'autre<sup>73</sup>. C'est donc sur le plan des rapports internationaux que cette proximité est la plus forte. Elle souligne une nouvelle fois la spécificité de la place de la religion dans l'Antiquité. Les affrontements entre cités sont ainsi également des affrontements entre divinités<sup>74</sup>. En raison de cette conception particulière de la religion qui est un élément fondamental du lien entre le citoyen et la cité, l'acceptation de rapports pacifiques entre deux entités politiques passe par la reconnaissance de la religion de l'autre et donc à la création d'un lien d'amitié publique entre les deux cités<sup>75</sup>. La dimension publique de la religion explique cette proximité avec le droit malgré une influence contradictoire sur les

---

consiste dans une assurance divine qui en est inséparable plutôt que constitutive », Georges DUMEZIL, *Idées romaines... op. cit.*, 1969, p. 44.

<sup>73</sup> Voir David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 59-60 : « The concept of nationalism in antiquity invariably embraced national religions, while multinational empires were typically governed by universal sects ». L'impérialisme romain, dans sa volonté intégratrice va largement pratiquer ce syncrétisme religieux en laissant les territoires conquis conserver leur religion tout en ouvrant le panthéon romain aux divinités étrangères, voir notamment CICERON, *Contre Verrès*, Livre III, VI, 12 : « Pour les cités de Sicile, en les recevant dans notre amitié et sous la protection de notre loyauté, nous leur avons laissé les lois qui les avaient régies et nous leur avons permis d'obéir au peuple romain suivant les mêmes conditions qu'elles avaient autrefois obéi à leurs propres rois ».

<sup>74</sup> La guerre entre les cités est ainsi une guerre entre ses citoyens et entre ses dieux comme on peut notamment l'observer dans l'*Illiade* qui alterne récit des affrontements entre les armées grecques et troyennes et récit des affrontements entre les dieux protégeant chacun de ces camps. Voir également Numa Denis FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique... op. cit.*, 1957, pp. 178-180.

<sup>75</sup> « The concept of private hospitality and friendship, extended between individuals of different nationalities, surely acted as a critical facilitation of diplomacy. [...] The very act of receiving a foreign nation's ambassadors was seen as an acceptance of an alien religion and its national gods. The concept of perpetual peace was seen as a very public form of ritualized hospitality between two nations », David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 90-91.V. également « Les rapports entre l'Empereur [de Rome] et les autres souverains étaient représentés sous l'aspect d'une parenté spirituelle parce qu'on exaltait ainsi l'unité de toute l'organisation juridique », Bruno PARADISI, « L'amitié internationale... op. cit. », 1951, p. 375.

relations internationales<sup>76</sup>. Les phénomènes sociaux sont ainsi concurremment appréhendés et encadrés par l'un et par l'autre.

42. L'activité guerrière met particulièrement en avant cette imbrication du religieux et du juridique à travers la volonté d'un encadrement, dans un premier temps religieux puis juridique des relations internationales<sup>77</sup>. On assiste donc à un développement continu de règles initiées par la religion évoluant progressivement en obligations juridiques<sup>78</sup>. « Institution sociale »<sup>79</sup>, la guerre l'est par sa fréquence mais également par son importance dans la vie politique et sociale de la cité. De plus, le phénomène guerrier apparaît comme le symbole de l'engagement international de la cité tout en étant particulièrement rétif à une appréhension par le droit. C'est donc avant tout la religion qui intervient à chaque étape de la guerre : déclaration de guerre, conduite des batailles et éventuels triomphes religieux. La ritualisation qu'elle implique va permettre une progressive régulation juridique. On observe ainsi de façon générale une forte interpénétration des phénomènes religieux et juridique dans la guerre dans laquelle le sacré prend une place essentielle. La conscience d'une civilisation partagée parmi les cités grecques, comme en témoigne Hérodote<sup>80</sup>, va conduire à poser certaines limites dans le déroulement de la guerre. Commandements religieux, ces différentes règles,

---

<sup>76</sup> Le sentiment peut en effet favoriser l'universalisme et donc la conscience d'une communauté d'intérêts propre aux hommes mais également le nationalisme qui se construit dans l'Antiquité à partir de la religion, « The concept of nationalisme in antiquity invariably embraced national religions, while multinational empires were typically governed by universal sects », David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, p. 59.

<sup>77</sup> Ce mouvement de « sécularisation » progressive de commandements religieux en règles juridiques est très visible en droit international. Cela a notamment conduit G. Bouthoul à esquisser une évolution du droit international tout d'abord « théologique », puis « métaphysique » et enfin « positif », voir Gaston BOUTHOU, *Traité de polémologie*, Paris, Payot, 1991, pp. 11-13.

<sup>78</sup> « Les Romains, à défaut d'avoir une nette conscience de l'existence d'un droit international en tant que tel, avaient eu cependant conscience de l'existence d'un corps de règles spécifiques pour régir les relations, bien que mal départagées du contexte religieux toujours très présent dans l'histoire publique romaine, comme d'ailleurs dans toutes les civilisations de l'Antiquité » Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, p. 14.

<sup>79</sup> Voir André PIGANIOL, *La conquête romaine... op. cit.*, 1974, pp. 165-175.

<sup>80</sup> « [I]l n'est point assez d'or sur terre; il n'est point de pays assez beau, assez riche, il n'est rien enfin qui puisse nous porter à prendre le parti des Mèdes pour réduire la Grèce en esclavage. [...] le corps hellénique étant d'un même sang, parlant la même langue, ayant les mêmes dieux, les mêmes temples, les mêmes sacrifices, les mêmes usages, les mêmes mœurs, ne serait-ce pas une chose honteuse aux Athéniens de le trahir? Apprenez donc, si vous l'avez ignoré jusqu'à présent, apprenez que tant qu'il restera un Athénien au monde, nous ne ferons jamais alliance avec Xerxès », Hérodote, *Histoires*, Livre VIII, 144.

concernant la protection des hérauts et des ambassadeurs, l'arrêt des combats pendant les périodes de fêtes panhelléniques ou encore la récupération des corps, vont être progressivement perçues comme des obligations de nature juridique dont la violation entraîne une dénonciation systématique. A Rome, les rapports de l'armée en campagne avec les dieux sont permanents comme le montre les nombreuses cérémonies d'expiation qui rythment les campagnes militaires ou la consécration religieuse des camps et des enseignes<sup>81</sup>. Ce n'est pas seulement le déroulement des combats qui fait l'objet d'un tel encadrement mais également le début et la fin des combats. La Grèce antique connaît une saisonnalité du phénomène guerrier qui ne s'explique pas seulement par des contraintes naturelles : « on n'entrait pas en guerre, on n'en sortait pas, n'importe comment [...] la guerre se traduisait normalement par des formalités officielles »<sup>82</sup>. L'objet de ces formalités est de recevoir la protection des dieux. Elles se traduisent notamment par la constatation d'offenses, la violation de traités ou encore des tentatives de recours à l'arbitrage. On retrouve à Rome, jusqu'à une époque tardive, des rites saisonniers, rappelant les cérémonies de la Grèce classique et marquant le début et la fin de la saison guerrière, en mars et en octobre, alors même que la réalité s'est largement modifiée ; les opérations militaires se déroulent toute l'année, à la différence des guerres entre cités<sup>83</sup>. Dans la Rome antique, les victoires sur le champ de bataille s'expliquent avant tout par la piété des citoyens romains. La religion occupe dans l'encadrement des activités guerrières une place centrale que le développement de règles juridiques ne contredit pas. Le commandant militaire conjugue à sa fonction première une charge religieuse comme en témoigne l'*imperium* des chefs militaires qui revêt une dimension sacrée et le serment que les soldats prêtent à celui-ci. Après avoir pris les auspices à Rome avant son départ, c'est sous sa tente que sont renouvelées ces cérémonies pendant

---

<sup>81</sup> Lieu où l'on prend les hospices, la tente du général permet cette permanence des rites religieux au cours des campagnes, voir Henri LE BONNIEC, « Aspects religieux de la guerre à Rome », in Jean-Pierre BRISSON (dir.), *Problèmes de la guerre à Rome... op. cit.*, 1969, pp. 106-107.

<sup>82</sup> Jacqueline de ROMILLY, « Guerre et paix entre cités », in Jean-Pierre VERNANT, *Problèmes de la guerre dans la Grèce ancienne... op. cit.*, 1968, p. 212.

<sup>83</sup> Cette permanence des cérémonies religieuses est d'autant plus révélatrice de la charge symbolique qu'elles représentent que la réalité de la guerre à Rome est largement différente des affrontements entre cités grecques. Ainsi, les opérations militaires romaines interviennent en réalité toute l'année, voir Henri LE BONNIEC, « Aspects religieux de la guerre à Rome » in Jean-Pierre BRISSON (dir.), *Problèmes de la guerre à Rome... op. cit.*, 1969, p. 101.

la campagne, le mépris des signes divins ne pouvant se traduire que par la défaite<sup>84</sup>. En Grèce, comme à Rome, la guerre voit donc se conjuguer régulation juridique et régulation religieuse, la progression du droit ne signifiant pas un recul des commandements divins.

### ***b. La parenté du ritualisme religieux et du formalisme juridique***

43. La proximité de la religion et du droit s'observe essentiellement sur un plan formel, à travers deux attitudes dans les rapports des hommes aux dieux renvoyant à une double finalité du formalisme juridique. Il n'est pas étonnant de constater le lien entre l'extrême formalisme du droit romain ancien et son proximité avec la religion<sup>85</sup>. En effet, si la religion, par les liens qu'elle institue entre les individus concourt de façon décisive à la formation d'une conscience commune entre les citoyens d'une même cité, voire d'un même ensemble comme dans le cas du monde hellénique, elle n'en reste pas moins distincte du droit. C'est la dimension sacrée des religions qui va favoriser une certaine parenté avec la conceptualisation du droit<sup>86</sup>. Le sacré implique une ritualisation qui va se

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, pp. 106-107. Voir par exemple CICERON, *De Divinatione (Traité sur la divination)*, Livre I, 34-35 : « Par combien de signes la défaite de Leuctres ne fut-elle pas annoncée aux Lacédémoniens ? [...] Mais ce fut surtout un mauvais présage pour les Spartiates, quand ceux qu'ils avaient envoyés consulter l'oracle de Jupiter de Dodone sur l'issue du combat, ayant déjà placé devant eux l'urne où étaient les sorts, un singe, qui faisait les délices du roi des Molosses, renversa l'urne, dispersa les sorts et troubla tous les préparatifs de la cérémonie. Alors la prêtresse chargée de présider aux oracles répondit, prétend-on, que c'était à leur salut et non à la victoire que les Lacédémoniens devaient songer. Mais quoi ! Dans la seconde guerre punique, C. Flaminius, consul pour la deuxième fois, ne négligea-t-il pas les présages, au grand détriment de la république ? [...] le porte-enseigne de la première ligne n'ayant pu, malgré le secours de plusieurs soldats, arracher son étendard planté en terre, Flaminius averti néglige, selon sa coutume, ce nouveau présage. Trois heures après, l'armée était détruite et le consul mort. »

<sup>85</sup> Voir notamment Michel VILLEY, *Le droit romain... op. cit.*, 2012, pp. 14-18 ; Vincent FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 27-31 qui souligne notamment comment le formalisme apparaît historiquement hors d'un droit objectif préexistant et présente en conséquence un lien déterminant avec le rituel.

<sup>86</sup> Sur la notion de sacré, voir spécialement Roger CAILLOIS, *L'homme et le sacré*, Paris, Gallimard, 1950 ; Mircea ELIADE, *Le sacré et le profane*, Paris, Gallimard, 1965 et Marcel MAUSS, *Œuvres*, « Tome 1 : La fonction sociale du sacré ».

Sur les rapports entre le sacré et le droit, voir spécialement Annie DUBOURDIEU, « Sacré, profane (droit romain) » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité*, 2<sup>nd</sup> éd., Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2011, pp. 1929-1930 ; Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, 352 p. ; Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit... op. cit.*, 2006, 389 p. ; Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.

voir transposer dans la sphère juridique<sup>87</sup>. Surtout, la conception antique du sacré, avec laquelle va rompre le monothéisme chrétien<sup>88</sup>, traduit un rapport particulier avec les divinités. Le sacré se présente non pas comme synonyme du divin mais comme son origine, il ne délimite pas un monde spirituel opposé à la cité terrestre mais au contraire s'y intègre pleinement. Le sacré dans l'antiquité gréco-romaine renvoie alors à « une certaine naturalité anthropologique »<sup>89</sup> favorisant la proximité entre droit et religion en tant que mode d'encadrement des rapports sociaux, y compris sur le plan international.

44. Tout d'abord, la reprise, par le droit, de la dimension ritualiste de la religion a pour but de s'assurer des bonnes grâces divines en prenant les dieux à témoin. La validité de la règle de droit découle ainsi de l'accord divin. Les lois prennent donc l'apparence d'une prière, soulignant par là l'importance de leur formalisation en tant que préalable à toute effectivité juridique<sup>90</sup>. Le formalisme du droit renvoie à « la recherche de l'efficacité par le rite »<sup>91</sup>. C'est la conception même de la religion dans l'Antiquité qui explique cette finalité. En effet, la religion est, dans les civilisations antiques, « l'art de s'assurer l'accord des puissances divines afin de corriger les effets perturbateurs de l'acte

---

<sup>87</sup> Cela est notamment le cas dans le droit romain : « Si haut que l'on remonte, à l'époque préromaine des premiers établissements dans le Latium, *ius* qualifie la pureté rituelle d'une situation au sein d'un ordre qui assure la sécurité et la prospérité. La fonction du droit est de maintenir la *pax deorum*, la paix au sens le plus large, l'ordre naturel, par le respect des rites fixés par la religion et par le droit. [...] Les trois sphères du *ius*, le *ius augurium* (augural), le *ius pontificium* (pontifical) et le *ius Fetiale* (des Fétiaux) sont les trois manifestations d'un concept juridique unitaire qui assure, dans trois domaines distincts, l'efficacité religieuse du rite : dans l'organisation collective (ou droit public), dans les rapports individuels (ou droit privé), dans le droit international », Okko BEHRENDTS et Detlef LIEBS, « Droit romain » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité...* op. cit., 2011, p. 729.

<sup>88</sup> « Il apparaît que c'est le christianisme qui, historiquement, a introduit la distinction du sacré et du profane dans les sociétés européennes, [...] ce qui lui confère un sens profondément différent de celui que lui attribuait traditionnellement l'antiquité païenne. Pour le chrétien et pour l'Église, est sacré ce qui est dans le domaine de la foi, profane ce qui est en dehors [...]. La tentative de l'homme de s'instaurer à la place de Dieu ne ressortit pas à l'esprit antique mais, [...] à un esprit post-chrétien caractéristique d'une époque sécularisée. Dans l'antiquité, il y a une distance entre les dieux et les hommes [...]. Mais il n'y a pas entre les hommes et les dieux de distance ontologique insurmontable. [...] La conviction profonde de toute l'antiquité européenne est en effet que les hommes et les dieux trouvent leur origine dans une même présence, fondatrice de leur co-appartenance. [...] En d'autres termes, le sacré à l'origine est transcendant à la condition humaine sans être transcendant au cosmos. [...] Le monde est une condition d'existence des dieux, et plus encore du sacré dont le monde est le lieu », Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré...* op. cit. 2006, pp. 5-6.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>90</sup> « La loi ne vaut pas par le principe moral qui est en elle, mais par les mots que sa formule renferme », FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique...* op. cit., 1957, p. 224.

<sup>91</sup> Michel HUMBERT, « Droit et religion dans la Rome antique... » op. cit., 1993, p. 196.

envisagé »<sup>92</sup>. Or, les contacts avec les dieux passent par le rituel du culte ; dès lors, « le vice de forme, le vice rituel ou cultuel est la seule faute humaine qui affecte les dieux. Les dieux n'entendent que le langage du culte, c'est-à-dire celui de la forme » ; dans ce contexte, « le formalisme du droit répond au ritualisme de la religion »<sup>93</sup>. Il n'a pas pour fonction de partager avec la religion le fondement de l'obligation juridique mais reprend l'idée que les exigences formelles permettent de donner une validité à la règle du fait du respect de ces formes<sup>94</sup>. A cette première finalité, par laquelle le formalisme du droit s'assure la protection des dieux et donc la validité de la règle, s'ajoute une volonté de garantir l'exécution de celle-ci. Elle conduit à se placer dans une perspective contractualiste ; le ritualisme religieux comme le formalisme juridique confirme l'opposabilité de l'obligation et assure son effectivité par la crainte qu'inspirent les dieux. En effet, la logique même de la religion « place sur un terrain de type contractuel la relation avec le divin »<sup>95</sup>. On retrouve à nouveau un parallélisme des mécanismes intellectuels entre la religion et du droit. Ainsi, en droit romain le principe de l'obligation repose sur l'idée d'équilibre entre les parties plus que sur la seule volonté : « le schéma donnant-donnant fourni par la religion (prière, *votum*, *devotio*) est incontestablement très archaïque. Or il se trouve être commun avec les formes les plus anciennes, à côté du formalisme, de l'obligation romaine, qui recourt, pour son efficacité à la notion de *damnum* [...]. Le *damnum* est avant tout la contre-partie, le contre-don, la réparation, destinés à corriger le déséquilibre causé soit par l'inexécution d'un engagement [...] soit par un délit [...].les obligations contractuelles se sont pliées à la même loi de l'équilibre »<sup>96</sup>. La notion romaine de *fides* incarne tout à fait cette proximité sans assimilation de la religion et du droit ainsi que la réunion des finalités de protection comme de garantie. Divinité, la *fides* s'incarne, aux origines de la République, dans une notion à la fois morale, religieuse et sociale qui renvoie à l'idée d'un « abandon total et

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>94</sup> On observe bien à ce sujet toute l'ambiguïté du rapport entre droit et religion dans l'Antiquité. Tout en constituant des domaines séparés, la parenté dans les mécanismes intellectuels traduit une similitude dans les fonctions du droit et de la religion : « le recours au formalisme n'as pas de portée religieuse ; il n'a pas de résonance dans le sacré [...]. Le souci des parties est de se couler, en une foi aveugle en la magie du mot, dans la formule ou le rituel [...]. L'intention n'importe ni dans un cas ni dans l'autre [...]. La pureté rituelle de la religion a servi de modèle au droit, au formalisme aussi exigeant et efficace. Le droit profane s'est construit à l'image de la *religio*, selon les mêmes mécanismes intellectuels », *Ibid.*, p. 198. La technique de la *devotio* dans la Rome antique est également tout à fait représentative de cette conception.

<sup>95</sup> Michel HUMBERT, « Droit et religion dans la Rome antique... *op. cit.*, 1993, p. 200.

confiant d'une personne à une autre, d'un peuple à un autre »<sup>97</sup>. Ce n'est qu'à partir du II<sup>e</sup> siècle av. J-C que, sous l'impulsion des prêteurs, va apparaître en droit l'idée de bonne foi, *bona fides*, qui permet de placer sur le terrain juridique, mais dans avec une notion différente, l'obligation du respect de la conception généreuse de la *fides*<sup>98</sup>.

45. Découlant du ritualisme religieux, le formalisme juridique a une finalité essentiellement probatoire dans l'Antiquité<sup>99</sup>. L'articulation entre ses deux fonctions renvoie alors au rapport entre validité et opposabilité. Les mécanismes intellectuels de la religion président à la distinction entre formation de la règle et exécution de celle-ci. Le ritualisme protège la validité de la règle au moment de sa formation tout en confirmant son opposabilité qui doit garantir son effectivité lors de son exécution. Si en pratique, les techniques et règles juridiques réunissent protection et garantie, le formalisme du droit a pour finalité de s'assurer la validité et l'opposabilité en dehors de tout système de hiérarchie des normes. Plus précisément, la garantie de l'exécution découle de la protection de la validité. Quand le ritualisme religieux, en plaçant l'individu sous la protection des dieux, garantit la conformité de sa conduite, le formalisme juridique vise à la fois à assurer la validité de l'acte tout en confirmant son opposabilité. Le mécanisme se caractérise par sa subjectivité et sa capacité à concilier les actes unilatéraux des individus. La validité de l'acte n'est pas ici une validité objective, elle s'apprécie séparément pour chaque individu à travers la conformité de son engagement au formalisme requis. De celle-ci découle l'opposabilité de la règle permettant de garantir son effectivité future. Ainsi, c'est autant le droit qui vient renforcer le sacré par l'intermédiaire de la sanction que le sacré qui irrigue les phénomènes juridiques dans l'antiquité gréco-romaine. Cette influence du sacré passe donc par le maintien d'un

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>97</sup> Jean IMBERT, « De la sociologie au droit : la *Fides* romaine », *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, p. 407.

<sup>98</sup> *Ibid.*, pp. 412-415.

<sup>99</sup> « On a proposé deux fondements, conciliables à cette primauté de la forme entendue comme le reflet d'une mentalité primitive. Le premier implique une difficulté à conceptualiser le droit, d'où la nécessité de le matérialiser afin de le rendre compréhensible, non seulement pour les parties mais aussi pour les témoins à l'acte [...]. En ce sens, le formalisme peut conduire à la notion de publicité. A cette conception purement matérialiste, s'oppose ou s'ajoute l'idée que le rituel juridique plonge ses racines dans la sphère du sacré. L'efficacité juridique de la forme apparaît alors comme le souvenir de l'efficacité religieuse,



ritualisme qui va perdurer alors même que le droit, dans le cadre de la cité, s'autonomise et se distancie de la religion<sup>100</sup>.

## ***2. Le serment et l'action internationale des cités antiques***

46. Le serment dans l'Antiquité gréco-romaine symbolise à la fois l'imbrication du droit et de la religion et la progressive sécularisation du droit. Rituel religieux, il réunit, par l'intermédiaire de la *pistis* grecque puis de la *fides* romaine, la double finalité d'une protection divine et d'une garantie de respect de son engagement<sup>101</sup>. C'est tout d'abord par l'intermédiaire de l'encadrement progressif de la guerre par le droit que la pratique religieuse du serment va peu à peu conduire à l'idée de la nécessité d'une formalisation de l'engagement conventionnel. Au cœur des rapports entre les hommes et les dieux, le serment se caractérise par un ritualisme inhérent ainsi que par son utilisation récurrente dans tous les actes de la vie tant publique que privée et notamment, l'activité guerrière (a). Appliqué à la cité en tant qu'institution politique et sociale, le serment préfigure le mécanisme de l'engagement international (b).

---

voire magique, du geste ou du verbe », Dominique THIRION, « Formalisme (droit romain) » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité... op. cit.*, 2015, p. 926

<sup>100</sup> « De fait, l'histoire du droit nous révèle l'existence d'antiques rituels juridiques dans la Grèce archaïque ou dans le vieux droit germanique et surtout à Rome où ils sont à l'origine des formes et des procédures qu'empruntera le droit civil [...]. L'utilité des formes, la nécessité des procédures, autant de traits caractéristiques de l'activité juridique que le droit a directement puisé à la source du sacré. [...] Sans doute, dès le développement de la cité, le droit a-t-il eu tendance à se tourner préférentiellement vers les autorités politiques et les institutions pour y puiser garantie et sanction et assurer son efficacité, mais, ce faisant, il ne s'est pas pour autant détourné du sacré car la cité est elle-même fondée sur un rituel sacramentel, le serment politique, et la puissance politique garante de l'efficacité de la règle juridique, l'*authoritas* dont est investi le souverain revêt elle-même un caractère sacré. », Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, p. 13.

<sup>101</sup> « Qu'il s'agisse de conclure une alliance, d'établir la paix ou de garantir une convention d'arbitrage, l'accord est toujours scellé par un serment dont l'énoncé comporte, à quelques variantes près, les trois composantes suivantes : (1) une formule d'engagement qui reprend ou résume les clauses du traité ; (2) une invocation à des divinités que l'on prend à témoin ; (3) une imprécation qui appelle la malédiction sur le parjure. » Raoul LONIS, « La valeur des serments dans les accords internationaux en Grèce classique », *Dialogues d'histoire ancienne*, vol. 6, 1980, p. 267.



### ***a. Serment et sécularisation du droit dans les sociétés grecques et romaines***

47. Défini comme un « engagement solennel devant les dieux de respecter la fidélité à la parole donnée »<sup>102</sup>, le serment antique joue un rôle fondamental dans les rapports entre les hommes et les dieux au sein tant du monde grec que romain<sup>103</sup>. Ainsi, on le retrouve dans tous les moments de la vie privée comme publique des cités. Il intervient dans de très nombreux actes de la vie quotidienne<sup>104</sup>. Par exemple, dans l'Athènes classique, un serment est prêté lors de l'admission des éphèbes dans le corps des citoyens. Plus généralement, l'entrée en charge des magistrats tant en Grèce que dans la Rome républicaine donne également lieu à une prestation de serment. Le droit romain accorde une place toute particulière au serment, notamment dans les procédures judiciaires. L'exemple le plus caractéristique reste la *legis actio sacramento*, action conduite sous serment présente depuis les origines du droit civil romain<sup>105</sup>. Elle permettait à un plaignant ne disposant pas de preuves pour soutenir sa plainte soit de réclamer la propriété d'une chose soit de contraindre une personne à faire, donner ou répondre de quelque chose<sup>106</sup>. Au centre de cette action se trouve le serment qui influence aussi bien la procédure que ses conséquences. La première conduisant à une prestation de serment de la part du plaignant comme de l'accusé, les secondes amenant le perdant à subir « plus que la perte de la propriété en cause : il était aussi jugé coupable de parjure »<sup>107</sup>. Surtout, le serment permet ici de placer le droit sous l'autorité des dieux, il est à la fois un lien entre obligation religieuse et obligation juridique ainsi que le moyen de rattacher le droit de la cité à ses divinités : « au sein de la communauté juridique unitaire de la cité, [...] le recours au serment [...], au *sacramentum*, effectue un déplacement par lequel une

---

<sup>102</sup> Geneviève HOFFMANN, « Serment (Grèce) » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité... op. cit.*, 2011, p. 2006.

<sup>103</sup> « Le droit naît du sacré et peut être créé par la parole. C'est ce que nous avons appris par l'analyse de la conception indo-européenne du droit. Or des expressions sacramentelles et institutionnelles où la parole est essentielle, aucune n'est plus solennelle, ni plus importante pour la vie sociale et en conséquence plus généralisée que le serment », Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, p. 209.

<sup>104</sup> Voir notamment Geneviève HOFFMANN, « Serment (Grèce) » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité... op. cit.*, 2011, p. 2006 et Alberto MAFFI, « Serment (droits grec et romain) » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité... op. cit.*, 2011, pp. 2005-2006.

<sup>105</sup> Voir notamment Mario BRETONE, *Histoire du droit romain* (1987), Paris, Delga, 2016, pp. 90-91.

<sup>106</sup> Cette procédure existe toujours dans le code civil français.

<sup>107</sup> Clifford ANDO, *L'Empire et le droit... op. cit.*, 2013 p. 108.

troisième partie, les dieux, est momentanément entraînée dans la dispute. [...] la violence de la décision, par laquelle une partie perdait la face et pouvait être dépossédée de ses biens, mettait le gagnant hors d'atteinte du perdant en donnant existence à un nouveau réseau enserrant le perdant, les dieux et la communauté, dans un mouvement qui cependant le stabilisait en même temps qu'il le créait »<sup>108</sup>.

48. Derrière la diversité de ces pratiques, on peut observer que le serment est avant tout un acte sacré, il est « une affirmation solennelle placée sous la garantie d'une puissance non humaine chargée de châtier le parjure »<sup>109</sup>. Ainsi, la pluralité des modalités et des occasions de prestation du serment se rassemble derrière une unité. Le serment s'incarne nécessairement dans un rituel dont la dimension sacrale permet d'assurer la validité et de garantir son exécution sous peine de parjure. Le serment se compose ainsi de deux éléments : l'invocation d'une part, un sacrifice et une imprécation d'autre part. Le premier entend prendre une divinité à témoin de l'engagement, le deuxième permet de garantir le respect de cet engagement sous peine de sanction divine<sup>110</sup>. Le rituel même du serment entend donc réconcilier protection et garantie ; protection en se plaçant sous les auspices divins et donc se conformant, a priori aux lois de la cité, garantie ensuite de l'exécution de cet engagement sous peine de sanction<sup>111</sup>. Le rituel inscrit dans le serment renvoie à un certain formalisme dont la visée est avant tout probatoire<sup>112</sup>.

49. Cette importance du serment se maintient malgré la progressive sécularisation du droit antique<sup>113</sup>. La législation se développe dans un premier temps comme une partie de

---

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>109</sup> Selon la définition proposée par Émile BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, vol.2, Paris, Les Éditions de Minuit, 1969, p. 164.

<sup>110</sup> Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2016, pp. 213-220.

<sup>111</sup> « La fonction sacramentelle du serment ne réside donc pas dans l'affirmation qu'il produit mais bien dans la relation qu'il institue entre la parole prononcée et la puissance invoquée, entre la personne du jurant et le monde du sacré. Cette relation est établie par le rituel qui accompagne la prestation du serment », *Ibid.*, p. 213.

<sup>112</sup> « [C]e qui fonde la spécificité du serment, c'est que le geste compte autant que la parole [...] le serment est le seul moyen d'assurer devant témoins le respect de la parole donnée. [...] La prestation de serment a pour finalité de garantir la loyauté du jureur, de fonder la cohésion sociale et d'établir devant témoins la permanence des contrats et des traités », Geneviève HOFFMANN, « Serment (Grèce) » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité... op. cit.*, 2011, p. 2006.

<sup>113</sup> En effet, l'Antiquité gréco-romaine se caractérise par la permanence du sacré comme support de la vie sociale des cités. On constate ainsi le passage d'un droit dominé par la religion à un droit émancipé de celle-ci mais « ce droit civil, s'il fait place à la rationalité par sa méthode et émancipe le juriste de

la religion<sup>114</sup>, les premières lois ne sont ainsi pas perçues comme une œuvre humaine mais comme une conséquence de la soumission des hommes aux commandements divins, dont découle le caractère sacré<sup>115</sup>. On peut alors observer une évolution historique de la cité antique à travers le double phénomène du renforcement d'un pouvoir politique temporel et de la sécularisation de son droit. La progressive disparition d'une organisation sociale articulée autour de la famille au profit d'une organisation démocratique au sens de l'égalité des citoyens devant la loi et le pouvoir politique va se traduire par une profonde évolution de la conception de la loi. Celle-ci ne représente plus une expression humaine de la religion mais devient une chose publique faite au nom de la volonté de ses citoyens<sup>116</sup>.

### ***b. Le serment dans les relations internationales de l'Antiquité gréco-romaine***

50. Le serment est avant tout utilisé dans un cadre guerrier sans que sa portée internationale n'y soit manifeste. Mais il permet également d'encadrer les rapports avec d'autres cités et va ainsi être utilisé dans le cadre des traités. La pratique conventionnelle de l'antiquité gréco-romaine témoigne en effet d'un systématisme du serment comme fondement du caractère obligatoire d'un traité<sup>117</sup>. C'est donc au croisement de l'influence

---

l'autorité du prêtre, n'est pas pour autant un droit purement et simplement profane, et encore moins athée. Il reste relié, ne serait-ce que par son inscription dans la Cité, au Kosmos et donc au sacré », Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, p. 244. Cela est particulièrement exemplaire dans le cas des traités de paix que connaît le monde grec. La solennité de ces actes découle de leur caractère religieux qui par l'intermédiaire du serment vient s'ajouter à leur caractère juridique, voir notamment Jean-Nicolas CORVISIER, *Guerres et sociétés dans les mondes grecs... op. cit.*, 1999, pp. 101-103 ainsi que Jacqueline DE ROMILLY, « Religion et droit dans la Grèce ancienne... op. cit. », 1973, p. 10.

<sup>114</sup> Cela s'observe notamment dans *Les Lois* de Cicéron qui traçant le plan d'une législation la plus exhaustive commence par évoquer les règles juridiques encadrant le culte.

<sup>115</sup> La loi était donc « une conséquence directe et nécessaire de la croyance ; elle était la religion même s'appliquant aux relations des hommes entre eux [...] la loi chez les anciens fut toujours sainte ; au temps de la royauté, elle était la reine des rois ; au temps des républiques, elle fut la reine des peuples. Lui désobéir était un sacrilège », Numa Denis FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique... op. cit.* (1864), 1957, pp. 221-222.

<sup>116</sup> « La loi a dorénavant pour principe l'intérêt des hommes, et pour fondement l'assentiment du plus grand nombre [...]. [La loi est alors] la propriété commune de tous les citoyens », *Ibid.*, p. 365

<sup>117</sup> « On s'explique ainsi [par le serment] que le pacte international soit d'habitude consacré par une invocation des dieux. Le traité se trouve dès lors sous la protection des puissances éternelles. Il est sacré. » Robert REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens... op. cit.*, 1923, p. 48.

de la religion sur le droit et de la question de l'encadrement de la guerre que l'on observe l'exigence d'une expression claire de cet engagement. Cette vision est déjà présente dans la vie internationale des cités grecques mais connaît son apogée dans le droit féodal romain.

51. Dans le domaine des rapports internationaux, les campagnes militaires sont l'occasion d'une multiplication des serments. La dimension publique de la religion dans ces sociétés explique la nécessité constante de rapports de l'armée en campagne avec les dieux de la cité. Ce lien permet en effet le rattachement des actions militaires aux actes de la cité. L'armée est à la fois, comme représentante de la cité, protégée par ses dieux et soumise à eux. Cela est particulièrement le cas dans le monde romain au sein duquel le rôle civique de la religion est fortement affirmé. Ainsi, les soldats et officiers sont liés par un serment de fidélité des subordonnés à leurs supérieurs, c'est ce lien personnel qui « faisait du citoyen un soldat et lui donnait le droit de combattre l'ennemi dans une guerre régulièrement déclarée »<sup>118</sup>. Par ailleurs, l'importance pour le monde gréco-romain de la guerre va conduire à voir dans la déclaration de guerre, l'acte d'engagement international par excellence. La volonté de s'assurer de la conformité de la guerre aux lois divines ou au droit naturel explique l'importance du rituel d'entrée en guerre. Celui-ci a pour fonction première d'affirmer le caractère juste du conflit. Le souci premier d'un tel engagement international est donc la conformité aux lois internes qui s'observent dans le rituel. De la Grèce archaïque à la Rome républicaine, on observe d'ailleurs que le respect formel va peu à peu primer sur la justification matérielle. Alors que les Grecs,

---

<sup>118</sup> Voir par exemple CICERON, *De Officiis (Traité sur les devoirs)*, Livre I, § XI : « Popilius, chargé de soutenir une guerre loin de Rome, avait dans son armée le fils de Caton, qui faisait alors ses premières armes. Le général trouve convenable de licencier une légion, et, avec elle, le fils de Caton, qui se trouvait dans ses rangs ; le jeune Romain, qui aimait la guerre, reste à l'armée. Caton écrit alors à Popilius, que s'il veut bien conserver son fils dans son armée, il lui fasse prêter un nouveau serment militaire, parce que, le premier étant rompu, il ne pourrait légitimement en venir aux mains avec les ennemis. [...] Nous avons encore la lettre que Caton écrivait alors à son fils Marcus, qui portait les armes en Macédoine contre Persée. « Je viens d'apprendre, lui dit-il, que vous avez été licencié par le consul. Gardez-vous donc bien de combattre l'ennemi, car celui qui n'est plus soldat n'a point le droit d'en venir aux mains. ». Voir également Henri LE BONNIEC, « Aspects religieux de la guerre à Rome » in Jean-Pierre BRISSON (dir.), *op. cit.*, 1969, p. 105. ; André PIGANIOL, *La conquête romaine... op. cit.*, 1974, pp. qui rappelle également, à propos de la place essentielle de la religion dans la conquête militaire romaine, la dimension sacrée de l'*imperium* du chef militaire qui lui permet de rendre les auspices dans sa tente tandis que le serment de fidélité des soldats les oblige au célibat.

comme Rome lors des débuts de ses conquêtes<sup>119</sup>, insistent sur la nécessité de répondre à une offense ou à la violation d'un droit pour justifier d'une guerre, l'évolution de la pratique au fur et à mesure de l'expansion romaine démontre une primauté du rite dont le respect suffit pour déclarer une guerre juste<sup>120</sup>. Surtout, tant en Grèce qu'à Rome, ce rituel de déclaration de guerre s'incarne dans un serment. La pratique du serment occupe donc une place centrale dans cette régulation religieuse de la guerre qui devient progressivement une régulation juridique. Plus précisément, l'apparition d'un *ius ad bellum* qui se manifeste par le développement des traités de paix ou d'alliance va favoriser la transformation du serment religieux en expression de l'engagement international de l'Etat.

52. L'utilisation du serment pour sceller un accord international apparaît dès la Grèce archaïque comme on peut l'observer dans l'*Iliade*<sup>121</sup>. Le serment incarne l'acte de conclusion des traités<sup>122</sup>. A la permanence de son usage s'ajoute une permanence de sa structure. Quel que soit l'objet de l'accord<sup>123</sup>, on retrouve, après une formule reprenant, sous une forme plus ou moins synthétique, les clauses de l'accord, les deux éléments propres au serment : une invocation prenant les dieux à témoin et une imprécation en vue de garantir l'exécution de l'accord sous peine de colère divine<sup>124</sup>. Le serment ne se confond pas avec l'accord en lui-même. En validant l'engagement pris, le serment vient ici affirmer une opposabilité de cet accord qui doit en même temps en garantir l'exécution. Le ritualisme qu'il implique introduit, dans l'engagement, la double finalité des mécanismes religieux antiques, la protection de ses propres dieux et la garantie de

---

<sup>119</sup> Dans le monde grec, ce souci s'observe dès la période archaïque de l'*Iliade*, voir notamment l'échange entre Agamemnon et Achille, HOMERE, *Iliade*, Chant 1, v. 148-172. A Rome, l'importance de la recherche d'une justification à la guerre s'incarne particulièrement dans la présentation des causes du déclenchement de la 2<sup>ème</sup> guerre punique, voir notamment Jérôme CARCOPINO, *Les étapes de l'impérialisme romain... op. cit.*, 1961, pp. 15-25.

<sup>120</sup> Voir David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 76-77.

<sup>121</sup> Voir notamment HOMERE, *Iliade*, 137-139.

<sup>122</sup> « Etant un acte solennel, c'est le seul serment qui confère au traité sa force obligatoire », Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, p. 60

<sup>123</sup> On retrouve ainsi ces serments aussi bien lors de l'adoption d'un traité de paix que d'un traité d'alliance ou encore dans le cas de conventions d'arbitrage. Voir par exemple THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, IV, 88, 1 ; V, 23, 4 ; 41, 3 ; 47, 8 (traité d'alliance) ; V, 18-19 (traité de paix), HERODOTE, *Histoires*, IX, 92 ; IX, 106 (traités d'alliance) ; XENOPHON, *Les Helléniques*, III, 4, 5-6 (traités de paix), V, 1, 32 ; 3, 26 ; VI, 3, 18 (traités d'alliance)

<sup>124</sup> Voir Raoul LONIS, « La valeur des serments dans les accords internationaux en Grèce classique... op. cit. », 1980, p. 267.

son exécution. Le serment présente en fait deux faces, l'une à dimension interne à travers l'invocation, l'autre à dimension externe avec l'imprécation. L'invocation a ainsi pour but d'assurer la conformité de l'engagement aux lois de la cité, cette dimension du serment est avant tout à usage interne, les dieux sont témoins de l'engagement. L'imprécation est une assurance offerte aux autres parties du respect de l'engagement pris<sup>125</sup>. Les finalités de protection et de garantie, propres aux mécanismes religieux et qui s'incarnent dans le rite, font du serment l'interface entre les dimensions interne et externe des actions de la cité. L'importance, dans le serment, de réunir ces deux aspects, à travers l'invocation puis l'imprécation explique la permanence historique de la structure du serment visant à garantir un accord international. Le serment est toujours adossé à un principe de respect de celui-ci qui se traduit par une l'obligation d'en exécuter le contenu sous peine de sanctions. Avant même la notion romaine de *Fides*, le monde grec connaît l'idée de bonne foi, inhérente à tout engagement juridique. Celle-ci s'exprime à travers la *pistis*, notion présente dans la vie conventionnelle des cités grecques et qui se présente, sur le plan juridique, comme le principe de bonne foi<sup>126</sup>. Cette garantie de bonne foi des engagements conventionnels n'existe que dans la mesure où un serment a eu lieu.

53. Le serment s'est maintenu à travers l'histoire des rapports internationaux dans la Grèce des cités mais également à Rome. Cependant, l'influence romaine va introduire l'idée de réciprocité, une dimension contractuelle qui va s'incarner dans la *sponsio*, cérémonie d'échange personnel de serments marquant la conclusion des traités<sup>127</sup> ainsi

---

<sup>125</sup> « [L]e rôle essentiel était joué non par l'invocation mais par l'imprécation. C'est elle et elle seule qui entraînait l'intervention des puissances gardiennes en cas de transgression. [...] C'est pourquoi, du reste, les deux moments : invocation, puis imprécation, sont parfaitement distincts », *Ibid.*, p. 273.

<sup>126</sup> « Il est une notion fondamentale qui, dans l'ordre interhellénique, domine la théorie juridique des traités : c'est celle de la *pistis* (en latin *fides*). *Pistis* (πίστις), dans le langage courant, avait le sens de loyauté, de bonne foi ; dans le domaine technique et juridique elle signifiait garantie de bonne foi. Toute atteinte à la bonne foi, celle qui devait présider à l'exécution du traité, constituait une offense contre la divinité et, singulièrement, contre *Zeus Pistios*. Ainsi, dans la langue grecque, on trouve souvent accouplés les termes qui désignent les deux notions fondamentales formant la base juridique du traité : *horkeos* (serment) et *pistis* », Georges TENEKIDES, « Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des Cités (V<sup>ème</sup>-III<sup>ème</sup> s. av. J-C) », *RCADI*, vol. 90, 1956/II, p. 526.

<sup>127</sup> Voir notamment David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 71-72 ; Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, pp. 225-227.

qu'une dimension collective avec le *foedus*, acte sacré accompli par les prêtres fétiaux<sup>128</sup>. Si ces deux mécanismes traduisent un engagement international, ils se distinguent par leur caractère collectif ou non. La *sponsio* est un serment personnel pris par un général romain<sup>129</sup> tandis que le *foedus* traduit l'engagement de la cité dans son entier. Cette dimension collective s'incarne dans le rôle joué par le droit fétial dans le *foedus*<sup>130</sup>.

54. C'est donc à Rome que la place garantie à la religion dans les modalités de l'engagement international va connaître sa forme la plus achevée. Le droit fétial incarne parfaitement cette dimension juridico-religieuse de l'engagement international de la cité. Institution parmi les plus anciennes de Rome<sup>131</sup>, le collège des prêtres fétiaux avait pour mission de solenniser les deux actions essentielles de la vie internationale, l'entrée en guerre et la conclusion des traités<sup>132</sup>. Ainsi, le rôle premier du droit fétial consiste à

---

<sup>128</sup> « Le *foedus* est un acte de serment-sacrifice revêtant d'un caractère sacré et inviolable les traités conclus entre le peuple romain et un peuple étranger », André MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris, Thèse, 1943, p. 6.

<sup>129</sup> « Ainsi le serment de la *sponsio internationale* est un serment strictement personnel qui engage uniquement la responsabilité du général qui le prononce. Il n'oblige pas le peuple romain. [...] Mais si le serment de la *sponsio* est personnel, celle-ci n'en est pas moins internationale puisque les généraux qui la concluent ne le font pas à titre privé mais bien *es* qualité », Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, p. 226. Les sources témoignent de l'utilisation de ce mécanisme à deux reprises, lors de la paix des Fourches Caudines en 321 av. J-C et lors de la paix de Numance en 136 av. J-C. Dans ces deux cas, la *sponsio* permettait l'établissement d'une paix temporaire, garantie par le serment personnel du général en l'attente d'un *foedus* qui seul permet l'engagement de la cité romaine. Celui-ci n'interviendra pas puisqu'aussi bien lors de l'épisode des Fourches Caudines que dans le cas de la paix de Numance, le Sénat romain refusera l'engagement de la cité. Les généraux sont alors frappés par la *deditio*, procédé d'extradition découlant de la violation du serment pris dans le cadre de la *sponsio*, Voir par exemple TITE-LIVE, *Histoire Romaine*, Livre 9.9.15.

<sup>130</sup> « La nécessité du ministère des fétiaux [...] s'explique par le fait que le *foedus* est un acte du droit sacré de la cité qui oblige le peuple romain. La formule du serment est distincte des formules ordinaires, elle lance une malédiction collective contre tout violateur du traité, alors qu'en règle générale un serment n'oblige que celui qui le prononce. [...] Il s'agit d'une inviolabilité opposable à tous », Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, pp. 227-228.

<sup>131</sup> On situe généralement l'origine du rituel fétial dans les rapports qu'entretiennent entre elles les tribus et cités primitives qui occupent le Latium au cours de la période 750-400 av. J-C et qui mettent en avant le rôle du chef de famille ou de tribu (*pater familias*), fonction reprise par le collège sacerdotal et notamment le *pater patratus*, incarnation du peuple romain comme le *pater familias* est celui de sa famille avec le développement de la cité romaine, cf. références bibliographiques note suivante.

<sup>132</sup> L'importance du droit fétial dans l'histoire du droit international ainsi que dans la compréhension des relations internationales romaines reste assez largement négligée. Sans doute, la notion de *ius gentium* a accaparé l'attention des internationalistes (à tort, ce droit n'ayant jamais eu une vocation internationale). Surtout, la faiblesse des sources historiques sur cette branche du droit romain a également renforcé une méconnaissance plus large sur le sujet. On peut toutefois consulter : Claudine AULIARD, « Les Fétiaux, un collège religieux au service du droit sacré international ou de la politique extérieure romaine ? » in *Mélanges Pierre Lévêque. Tome 6 : religion*, Besançon, Université de Franche-Comté, 1992, pp. 1-16 ; Georges



garantir « la régularité des relations internationales en déclarant le *iustum bellum* et en s'engageant par serment lors de la conclusion des traités »<sup>133</sup>. Leur action n'est pas diplomatique ou militaire. Véritable spécificité romaine<sup>134</sup>, elle permet une systématisation et une automatisation de l'accompagnement religieux à toute action extérieure de Rome : « [les prêtres fétiaux] donnent une assise religieuse à tout acte de droit international [...] dans ses rapports avec l'étranger, ils mettent les dieux du côté de Rome »<sup>135</sup>. Si l'apparition de ce droit reste impossible à dater, les sources historiques font remonter son apparition à la période royale qui se confond avec les premiers temps de l'existence de Rome<sup>136</sup>. Le rituel suivi par les fétiaux, aussi bien pour déclarer la guerre

---

DUMEZIL, « Remarques sur le *ius fetiale* », *REL*, 1965, pp. 93-110 ; Tenney FRANK, « The Import of the Fetial Institution », *Classical Philology*, vol. 7, 1912, pp. 335-342 ; Mariangela RAVIZZA, « Aspetti giuridico-sacrali del ritual feziale nell'antica Roma », *Jura gentium*, vol. XI, 2014/2, pp. 27-44 ; Christian SAULNIER, « Le rôle des prêtres fétiaux et l'application du « *ius fetiale* » à Rome », *Revue historique de droit français et étranger*, 1980/2, pp. 171-199 ainsi que Thomas WIEDMANN, « The Fetiales : A Reconsideration », *The Classical Quarterly*, vol. 36, 1986/2, pp. 478-490. Quelques développements au sujet du droit fétial sont également présents dans Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, pp. 227-231 ; David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 74-79 ; pp. 194-202 ; pp. 231-241 ; Coleman PHILLIPSON, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, Londres, MacMillan, 1911, vol. 1, pp. 115-116 et Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, pp. 70-74 dont on partage en grande partie l'appréciation suivante : « le droit fétial romain est un véritable droit international public archaïque et non pas seulement un vague ensemble de pratiques juridico-religieuses », p. 74.

<sup>133</sup> Christian SAULNIER, « Le rôle des prêtres fétiaux et l'application du « *ius fetiale* » à Rome ... *op. cit.*, 1980, p. 172.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 174. L'auteur note, à la suite de G. Dumézil, l'absence d'institutions similaires chez les autres civilisations antiques, dans le monde grec notamment.

<sup>135</sup> Georges DUMEZIL, *Idées romaines... op. cit.*, 1969, p. 68.

<sup>136</sup> La formation du droit fétial n'est abordée que par quatre auteurs : Denys, Plutarque, Cicéron et Tite-Live, voir Claudine AULIARD, « Les Fétiaux, un collège religieux au service du droit sacré international ou de la politique extérieure romaine ? ... *op. cit.*, 1992, p. 2 Voir également Thomas WIEDMANN, « The Fetiales : A Reconsideration... *op. cit.*, 1986, pp. 478-479. Christian SAULNIER observe par ailleurs qu'à cette méconnaissance des origines de l'institution s'ajoute une large ignorance quant à ceux qui l'incarnait, tout juste peut-on observer qu'« aucun des grands personnages de la République n'ait été fétial », « Le rôle des prêtres fétiaux et l'application du « *ius fetiale* » à Rome... *op. cit.*, 1980, p. 177. Ces nombreuses inconnues découlent de mentions tardives dans l'historiographie du droit fétial et conduisent une partie des historiens à ne voir dans celui-ci qu'une institution républicaine dont l'ancienneté ne serait alors qu'une fiction défendue par les historiens romains à la fin de la conquête pour justifier celle-ci *a posteriori* : « comme cela semble hautement probable, les Romains inventèrent, sur le modèle d'une action de droit civil parfaitement attestée, un rituel juridico-religieux destiné à déclarer les guerres et le projetèrent rétrospectivement dans le passé », Clifford ANDO, *L'Empire et le droit... op. cit.*, 2013, pp. 94-95. Le sujet ici étudié, à savoir le rôle d'un rituel juridico-religieux dans la conceptualisation de l'engagement international reste ainsi largement indifférent à ce débat. Au contraire, l'argument d'une construction intellectuelle postérieure du droit fétial se fonde sur l'idée de l'emprunt de son rituel à la *legis actio sacramento* qui place également au centre de cette action le serment, voir *Ibid.*, pp. 104-119.



que pour conclure un traité, accorde une place déterminante au serment<sup>137</sup>. Celui-ci est l'élément central du formalisme juridico-religieux qu'incarne l'institution<sup>138</sup>. En effet, le rôle des fétiaux se limite à garantir l'engagement de Rome sans disposer d'aucun pouvoir quant au contenu de cet engagement, « il n'est qu'un messenger mandaté par le Sénat, intermédiaire entre les dieux et la société des hommes, sorte de bouc émissaire appelant sur lui la punition que Jupiter réserve aux impies »<sup>139</sup>. Toute l'action des fétiaux se résume à une prestation de serment au cours d'un rite faisant appel à des objets symboliques : le javelot lancé en territoire ennemi pour la déclaration de guerre, le silex pour la conclusion des traités. Ces cérémonies n'ont alors plus seulement pour objet la déclaration de guerre ou la conclusion du traité en lui-même, elles traduisent l'engagement tout entier de la cité romaine<sup>140</sup>. Les références dans ces serments à Jupiter, et non à Mars, dieu de la guerre, conduisent à considérer que le droit fétial « n'a donc aucun aspect guerrier, contrairement aux apparences mais entre en jeu quand les rapports sociaux sont réglés par la *Fides*, qu'il s'agisse de jurer un traité ou de le rompre. [...] Le rite est donc destiné à conjurer les malédictions attachées à la rupture d'un serment »<sup>141</sup>. Le serment religieux permet donc, dans le cadre du droit fétial, d'établir des relations juridiques avec un partenaire international en témoignant de l'engagement de la cité dans son ensemble, le prêtre fétial dans ces cérémonies incarnant une véritable personification de Rome<sup>142</sup>.

---

<sup>137</sup> Pour la déclaration de guerre, le fétial porte tout d'abord les réclamations de Rome à la partie adverse, en l'absence d'une satisfaction, et après le vote par le Sénat du choix d'entrer en guerre, le fétial déclare la guerre par l'intermédiaire d'un serment et d'un javelot lancé en territoire ennemi, voir Henri LE BONNIEC, « Aspects religieux de la guerre à Rome » in Jean-Pierre BRISSON (dir.), *op. cit.*, 1969, p. 110. Ce faisant, le prêtre fétial pose la fondation « mystique du champ où l'armée romaine s'avancera ensuite, protégée par les dieux », Georges DUMEZIL, *Idées romaines... op. cit.*, 1969, p. 75. Dans le cas de la conclusion des traités, le Sénat joue à nouveau le rôle principal, les fétiaux n'intervenant qu'au moment de la cérémonie symbolisant cette conclusion, voir David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 194-195

<sup>138</sup> « [I]t becomes evident at once that the essential element of these formulae is the oath of good faith that was spoken upon the making of the treaties as well as the oath of innocence taken when war was declared ; and this facts brings us to the consideration of the immense importance of the oath in primitive institutions », Tenney FRANK, « The Import of the fetial institutions... *op. cit.*, 1912, p. 337.

<sup>139</sup> Christian SAULNIER, « Le rôle des prêtres fétiaux et l'application du « *ius fetiale* » à Rome ... *op. cit.*, 1980, p. 181.

<sup>140</sup> David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 207-208.

<sup>141</sup> Christian SAULNIER, « Le rôle des prêtres fétiaux et l'application du « *ius fetiale* » à Rome ... *op. cit.*, 1980, p. 192.

<sup>142</sup> Mariangela RAVIZZA, « Aspetti giuridico-sacrali del ritual feziale nell'antica Roma... *op. cit.*, 2014, pp. 31-33.

## **Section 2 : L'engagement international au sein du système juridique international**

55. Cette utilisation du serment dans le cadre des rapports internationaux de l'Antiquité est révélatrice de la possibilité d'encadrer juridiquement des relations entre entités politiques se considérant comme indépendantes les unes des autres. Alors que la sécularisation du droit sur le plan interne accompagne un recul de l'usage du serment, dans le domaine international, le serment conserve une importance décisive. Sa dimension sacrée permet de concevoir, à travers l'origine religieuse du droit dans les sociétés grecque et romaine, un encadrement de l'action et des rapports internationaux des cités. Sur le plan international, la décentralisation du pouvoir conduit à maintenir une place particulière et fondamentale à l'engagement, là où les ordres juridiques centralisés l'intègrent dans un système marqué par une verticalité découlant de la centralisation du pouvoir souverain. En effet, la nature particulière du système juridique international conduit à poser de façon spécifique la question de l'apparition des règles et des obligations internationales (1). Celle-ci se caractérise par le rôle structurant joué par l'engagement international<sup>143</sup> (2).

### ***1. La naissance de la règle internationale et la nature du système juridique international***

56. L'Antiquité gréco-romaine témoigne de la permanence des débats quant à la valeur juridique du droit international et de ses règles. On observe un parallèle entre les critiques adressées dès cette époque à l'encontre de ses règles et de leur juridicité avec les débats que peut encore connaître le système juridique international contemporain. Cette permanence de certaines interrogations traduit les particularités d'un système juridique fondé sur une distribution horizontale du pouvoir. L'encadrement juridique de l'activité

---

<sup>143</sup> « La formation du droit international n'obéit pas à la logique centralisée, unilatérale et hiérarchisée qui est celle des ordres juridiques internes. Elle suppose à l'inverse la rencontre de volontés égales et indépendantes. Plus profondément, la notion d'engagement international de l'Etat y occupe une place centrale », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 41.

guerrière dans l'Antiquité grecque et romaine est particulièrement révélateur de ces critiques (a). L'utilisation du serment comme incarnation de l'engagement international des cités se veut alors une réponse à ces dernières (b).

### ***a. L'effectivité limitée de l'encadrement de la guerre***

57. Il ne s'agit pas d'exagérer l'importance de l'encadrement juridique des guerres dans l'Antiquité. Le droit est plus une justification qu'une contrainte pesant sur l'entrée en guerre comme sur son déroulement. Ainsi qu'en témoigne l'œuvre de Thucydide, seuls les rapports entre égaux peuvent être encadrés juridiquement, entre inégaux, seule la force compte<sup>144</sup>. Pour autant, l'*Histoire de la guerre du Péloponnèse* propose une vision plus ambiguë de la place du droit dans les rapports entre les cités. Comme l'observe C. Castoriadis à propos du dialogue des Athéniens et des Méliens<sup>145</sup>, « si les Athéniens disent que la question du droit ne se pose pas, c'est donc qu'elle pourrait se poser »<sup>146</sup>. En effet, les nombreux débats qui traversent le récit sur la pertinence ou non des arguments juridiques, aussi bien lorsqu'il s'agit de l'ouverture des hostilités, du traitement des ennemis ou de la rupture d'une trêve sont déjà une discussion sur le droit et sur son applicabilité. Il ne faut donc pas sous-estimer la dimension justificatrice du droit qui démontre d'ailleurs son existence<sup>147</sup>. L'encadrement juridique de la guerre est ambivalent dans l'œuvre de Thucydide en raison de l'ambivalence même du phénomène

---

<sup>144</sup> La question des rapports entre force et droit s'illustre notamment dans les discours de Cléon et de Diodote sur le sort qu'Athènes doit réserver à Mytilène, voir THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre III, 37-48. Alors que Cléon défend le massacre de la population de la cité révoltée en se fondant sur la nécessité juridique de punir la trahison, Diodote rappelle qu'Athènes et Mytilène ne sont pas dans une situation d'égalité et que donc la décision du sort de la population ne dépend que de la raison et de l'intérêt du peuple athénien.

<sup>145</sup> THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre V, 85-111. Dans ce dialogue, Athènes exige la soumission de Mélos, colonie de Sparte, restée neutre dans le conflit en refusant toute pertinence aux arguments de justice et de droit présentés par les Méliens. Le refus de ces derniers va entraîner la conquête de la ville par les Athéniens, le massacre de tous les hommes et la mise en esclavage des femmes et des enfants.

<sup>146</sup> Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce. 3. Thucydide, la force et le droit... op. cit.*, 2011, p. 208

<sup>147</sup> « La fréquence même avec laquelle la question de la justice est posée dans les discours montre bien qu'elle est très présente dans les débats du Vème siècle. Nul besoin d'ailleurs de discours si la force nue suffisait [...]. S'il y a ces discours, ce n'est pas seulement que les Grecs aiment parler : c'est qu'ils éprouvent le besoin de *se justifier*. » Cornelius CASTORIADIS, *ce qui fait la Grèce. 3. Thucydide, la force et le droit... op. cit.*, 2011, p. 188.

guerrier dans l'Antiquité<sup>148</sup>. Le droit fétial romain illustre la permanence dans le monde romain de cette analyse sur les rapports ambigus entre force et droit. L'argument juridique n'est plus ici limité aux rapports entre égaux, au contraire, en apparence, toutes les actions internationales de Rome se conforment au droit. Si celui-ci cache le plus souvent une réalité qui repose en fait sur des rapports de force, cet argument juridique n'est pas seulement la manifestation d'une manipulation par Rome mais la conséquence de la volonté romaine d'une conformité au droit des actes de la cité<sup>149</sup>.

58. On ne peut considérer qu'il existe un ensemble ordonné, à la légalité affirmée et respectée. Mais on peut voir se développer un ensemble de contraintes juridiques touchant aussi bien au *ius ad bellum* qu'au *ius in bello*<sup>150</sup>. En effet, si l'encadrement de la guerre se fait avant tout par des règles religieuses et non écrites, il est concurrencé par un certain nombre de règles juridiques positives. La guerre reste donc un phénomène concurremment appréhendé par le droit et la religion. Il y a une forte imbrication de ces deux sphères qui se traduit par une influence forte des mécanismes religieux sur ces règles<sup>151</sup>. La Grèce antique connaît des règles s'appuyant sur « un cadre religieux, issu des

---

<sup>148</sup> Voir notamment Raymond ARON, « Thucydide et le récit historique » in *Dimensions de la conscience historique*, Paris, Plon, 1961, pp. 124-167 : « il y a un droit international, coutumier sinon élaboré, qui fixe les devoirs des cités dirigeantes, les obligations des cités non engagées, des cités engagées dans un camp ou dans l'autre [...] Nous sommes loin du principe moderne de l'égalité des Etats, mais tout aussi loin d'une métaphysique encore plus grossière, qui voudrait méconnaître cette réglementation, ni ignorée, ni respectée. Qu'en dernière analyse, dans la guerre, la considération de l'intérêt l'emporte sur le droit ou la justice, Thucydide n'a pas la naïveté de le mettre en doute, mais la guerre ne serait pas suprêmement humaine si la force n'avait pas à violer le droit pour aller jusqu'à bout de sa fatalité, vers sa propre ruine », p. 131.

<sup>149</sup> Voir notamment Claudia MOATTI, « Le germe et le *kratos*. Réflexions sur la création politique à Athènes » in Cornelius CASTORIADIS, *ce qui fait la Grèce. 3. Thucydide, la force et le droit (La création Humaine 4)*, Paris, Editions du Seuil, 2011, pp. 21-22.

<sup>150</sup> « The Greeks, strongly disposed to philosophy and rhetoric already, consistently referred to the norms of conduct in warfare as a common law of mankind. [...] The Romans, from the earliest period of organized political history, claimed legal right as the basis for their moral and military superiority. [...] It was not just that ancient peoples had a sense of legal obligation in warfare. The Greek *to dikaion* and the Roman *ius ad bellum* and *ius in bello* had actual, substantive content. [...] Ancient States also saw a difference between just and unjust, lawful and unlawful wars », David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, p. 265. Ces domaines constituent même l'un des sujets privilégiés de l'apparition et du développement du droit international public dans cette période.

<sup>151</sup> « Plus que par les lois juridiques, il [l'homme] est contrôlé et le cas échéant limité par des interdits de nature religieuse. Ainsi, c'est par la sujétion de l'homme aux dieux que peut se comprendre l'existence d'une distinction entre guerre et paix, d'un rituel régissant le passage de la guerre à la paix, enfin d'usages de la guerre concernant le traitement des vaincus et le sort fait aux personnes et aux biens », Jean-Nicolas CORVISIER, *Guerres et société dans les mondes grecs... op. cit.*, 1999, p. 83.

traditions séculaires [...] dans lequel les Grecs concevaient la guerre », mais aussi un embryon de droit international à travers des règles dont les violations « représentaient des atteintes aux usages nés d'un accord librement consenti par tous les grecs, bien que non écrit »<sup>152</sup>. Ces interactions entre sphère juridique et sphère religieuse dans l'encadrement de la guerre représentent une étape déterminante dans la construction du droit international. Elles se traduisent d'une part par la création d'institutions publiques dont la légitimité se fonde sur le ritualisme religieux qui assure la conformité du comportement international de la cité à ses dieux<sup>153</sup>. D'autre part, on observe la sécularisation progressive de plusieurs commandements religieux<sup>154</sup>. Selon qu'elles se rattachent au *ius in bello* ou au *ius ad bellum*, on peut distinguer deux types de règles. L'encadrement de l'usage de la force reste à la fois limité et peu respecté. En effet, découlant de commandements religieux, il tend à ne s'appliquer qu'entre peuples de même civilisation<sup>155</sup>. L'absence de formalisme qui caractérise alors l'apparition de ces règles les rapproche d'un droit coutumier dont l'application reste conditionnée à la reconnaissance d'une communauté culturelle et religieuse. Celle-ci connaît une dimension particulièrement restreinte dans le monde grec puis une universalisation croissante sous l'influence de Rome et du stoïcisme. A l'inverse, le ritualisme qu'implique le passage de l'état de paix à celui de guerre et inversement conduit à une sécularisation entraînant le développement d'un droit conventionnel. La Grèce, et Rome après elle, voient se développer les rituels d'entrée en guerre<sup>156</sup>. Ceux-ci marquent

---

<sup>152</sup> Pierre DUCREY, « Aspects juridiques de la victoire et du traitement des vaincus », in Jean-Pierre VERNANT (dir.), *Problèmes de la guerre dans la Grèce ancienne... op. cit.*, 1968, pp. 231-232.

<sup>153</sup> Voir David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, p. 264 : « Religious values, often expressed in virulently nationalist forms, were maintained and applied by these institutions. Their primary goal was to preserve the legitimacy of the State against both internal and external challenge ». Le collège des prêtres fétiaux à Rome constitue l'un des exemples emblématiques de ces institutions.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 208 : « this subtle transformation of religion and ritual into discourse on legal reason is a singular feature of the ancient international law of war ».

<sup>155</sup> Ce n'est donc pas l'absence ou l'ignorance de contraintes juridiques pesant sur la conduite de la guerre qui explique les comportements des soldats grecs ou romains mais justement l'influence d'une conception civique de la religion : « L'observation de l'histoire de l'Antiquité nous livre l'image de violences épouvantables commises contre les militaires et les civils. Les peuples anciens n'avaient pas de conception d'un droit valable universellement [...]. Les droits et obligations auxquels ces peuples se soumettaient étaient liés à la communauté du clan, soudé par une religion et une culture particulière », Robert KOLB, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle-Bruxelles, Helbing Lichtenhahn-Bruylant, 2009, p. 26, également pp. 34-35.

<sup>156</sup> En ce qui concerne le monde grec, dès l'*Iliade*, on peut observer de nombreux exemples de prières d'appels aux dieux avant les batailles (exemples). Par ailleurs, on voit apparaître à Sparte puis en Macédoine des rites marquant le franchissement des frontières, notamment par l'intermédiaire du lancer

nécessitent un appel aux dieux afin de s'assurer de leur protection. Ils signifient donc à la fois l'engagement de la cité à l'extérieur et la conformité de cet engagement à l'égard de ses propres règles et divinités. Le ritualisme religieux intervient également lors de la sortie de la guerre, pour l'établissement des trêves comme de la paix. A Rome notamment, la conclusion de la paix se traduisait par une série de cérémonies religieuses : destruction par le feu en hommage à Vulcain des armes prises à l'ennemi, jours de *supplicationes* (prières et sacrifices pour remercier les dieux), triomphes ainsi que rites de conclusions des traités de paix par les fétiaux garantis par Jupiter et la déesse *Fides*. Il est tout à fait révélateur que le phénomène guerrier et ses tentatives d'encadrement juridique soient l'occasion d'une mise en avant de cette divinité<sup>157</sup>. Son usage n'en reste pas moins, dans le cadre de la guerre, ambiguë. Si, par l'intermédiation qu'elle crée entre commandements religieux et règles de droit, la *Fides* favorise l'encadrement de la guerre, son utilisation dans ce cadre traduit également la volonté romaine de préserver la morale républicaine face aux influences extérieures dans le cadre de l'affrontement entre cités<sup>158</sup>. Le développement de l'encadrement du recours à la force est facilité par l'évolution du ritualisme religieux en un formalisme juridique qui va permettre l'établissement à Rome des premières doctrines de guerre juste<sup>159</sup>.

---

d'un javelot, voir Jean-Nicolas CORVISIER, *Guerres et sociétés dans les mondes grecs... op. cit.*, 1999, pp. 171-172. On retrouve notamment ce dernier rituel dans la pratique des prêtres fétiaux à Rome dont l'intervention conditionne la justesse et donc la légalité de la guerre.

<sup>157</sup> La guerre est ainsi « une formalité juridique à laquelle préside la déesse de la Bonne Foi, *fides* », André PIGANIOL, *La conquête romaine... op. cit.*, 1974, p. 168. Voir également Henri LE BONNIEC, « Aspects religieux de la guerre à Rome » in Jean-Pierre BRISSON (dir.), *Problèmes de la guerre à Rome... op. cit.*, 1969, p. 110.

<sup>158</sup> Jacques Heurgon observe notamment que le développement de la notion de *Fides* dans le cadre de la conduite de la guerre est concomitant aux trois guerres Samnites à la fin du IV<sup>ème</sup> siècle av. J.-C. qui signifie, pour Rome, l'achèvement de sa domination sur l'Italie et le début de l'affirmation de sa souveraineté hors de cet espace originel. La *Fides* doit alors servir de guide à la conquête romaine comme on peut l'observer dans les récits ultérieurs de Polybe, Cicéron ou encore Tite-Live, voir Jacques HEURGON, « La guerre romaine aux IV<sup>ème</sup>-III<sup>ème</sup> siècles et la *fides romana* » in J.-P. BRISSON (dir.), *Problèmes de la guerre à Rome... op. cit.*, 1969, pp. 23-32.

<sup>159</sup> « C'est à Rome que commença à s'ébaucher la doctrine du *ustum bellum*. Au début, la justice de la cause semblait définie de manière toute formelle, à savoir par le respect des rites d'une caste de religieux, les fétiaux. Elle s'enrichit toutefois par la suite de causes précises, d'ordre substantiel : par exemple, la rupture préalable d'un pacte ou la violation de l'immunité d'un ambassadeur » Robert KOLB, *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle-Bruxelles, Helbing Lichtenhahn-Bruylant, 2009, p. 24.



59. Le traité apparaît l'instrument privilégié pour établir la paix<sup>160</sup>. Cela conduit à souligner la particularité des traités de paix sans pour autant les écarter du régime commun des traités<sup>161</sup>. L'émancipation à l'égard de la religion de ces premières manifestations d'un droit conventionnel n'est cependant pas totale. D'une part, sur le plan formel, ce droit conventionnel reste plus marqué par un ritualisme religieux qu'un véritable formalisme juridique au sein duquel le serment occupe une place essentielle<sup>162</sup>. D'autre part, le lien entre droit et religion dans le cadre des traités est plus particulièrement assuré par la notion de bonne foi, la *fides* romaine, progressivement sécularisée. On constate néanmoins un respect plus grand de ces conventions que des règles coutumières du *ius in bello*. Le formalisme requis traduit une reconnaissance mutuelle de l'indépendance des parties en présence et permet d'établir les obligations de chacun en vue de l'exécution de l'accord<sup>163</sup>. Dès lors qu'il permet d'établir des liens entre peuples de civilisations et de religions différentes, le traité va se soumettre à des règles et des principes dont la sécularisation est incontournable comme le montre l'évolution de

---

<sup>160</sup> Cette préférence pour un règlement conventionnel de la paix dépasse largement la simple période de l'Antiquité gréco-romaine. Elle s'observe par exemple dans l'ancienne, mais exhaustive, étude menée par Coleman PHILLIPSON, *Termination of War and Treaties of Peace*, London, T. Fisher Unwin LTD., 1916, 486 p. L'étude des moyens non conventionnels de terminaison d'une guerre (cessation des hostilités, conquête...) occupe 50 pages tandis que l'analyse de la terminaison de la guerre par un traité de paix, qualifiée de « *normal mode of ending wars* » (p. 5) est conduite sur près de 300 pages.

<sup>161</sup> Au contraire, le traité de paix représente l'archétype de l'accord international. L'importance du sujet conduit à un respect important des procédures tandis que son exécution est particulièrement surveillée. Surtout, ce sont ces traités qui font ressortir de la façon la plus claire, la dimension régulatrice des traités internationaux, voir en ce sens Romain LE BŒUF, *Le traité de paix en droit international public*, Thèse de droit public, Université Paris Ouest Nanterre, 31 mai 2014, 703 p., notamment pp. 621-625.

<sup>162</sup> Ainsi, « l'existence et l'entrée en vigueur de conventions réglant la capitulation découle des contraintes morales issues de ce même droit non écrit », Pierre DUCREY, « Aspects juridiques de la victoire et du traitement des vaincus », in Jean-Pierre VERNANT (dir.), *Problèmes de la guerre en Grèce ancienne... op. cit.*, 1968, p. 237. Apparaît ici la question particulièrement complexe de la dimension coutumière du régime conventionnel. Quand bien même le droit conventionnel est privilégié par rapport au droit coutumier pour établir des relations avec des entités extérieures à une civilisation donnée, ce droit conventionnel suppose que les parties s'accordent sur un certain nombre de principes non écrits au préalable. Ces derniers présentent un caractère coutumier inhérent et semblent découler, à la manière des axiomes en mathématiques, des nécessités minimales à l'établissement d'un cadre juridique commun. Si la question n'occupe que peu les réflexions grecques et romaines, elle apparaît déterminante pour l'école du droit naturel de Grotius à Vattel. Voir Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Livre II, Chap. XV, 8 et Emer de VATTEL, *Le droit des gens*, Livre II, Chap. XII, § 162-163 ; également *Infra* 2ème Partie, Titre 4, Chapitre 1, Section 2, 2. a.

<sup>163</sup> « [W]ith the Hellenic peoples, the existence of a treaty with foreigners was considered by them as being a preliminary necessity for having friendly intercourse with such alien nations. [...] The conception of international relations of the early Romans did not differ much from that of the Greeks. War being

la notion de *fides*<sup>164</sup>. Les rapports entre droit et religion font donc ressortir un formalisme juridique découlant du ritualisme des religions. La dimension civique de la religion limite la possibilité de partager des règles juridiques communes dont les origines se situent dans les commandements religieux propres à chaque entité. Le formalisme va permettre d'encadrer juridiquement les rapports entre cités. Il permet de s'assurer de leur engagement international même à l'égard d'entités de cultures et de religions différentes. En se situant à l'intersection des sphères religieuses et juridiques, le rituel du serment va être à l'origine de la formalisation de cet engagement international.

### ***b. Le serment comme incarnation de l'engagement international***

60. La prestation de serment représente donc le critère de l'engagement international des cités grecques et romaines, il reste le passage obligé, la condition, d'un véritable engagement. Il traduit en cela la permanence de la dimension sacrale du droit antique alors même que celui-ci est confronté à un phénomène de laïcisation. Cela se traduit dans le monde grec par le passage de la *Thémis* à la *Diké*, reflétant le passage d'une conception du droit archaïque, confondu avec la religion à une conception plus positive et rationnelle des phénomènes juridiques détachée de la religion<sup>165</sup>. L'affaiblissement du caractère religieux du droit va cependant poser la question de l'effectivité de la règle juridique sur le plan international. La sécularisation progressive du serment, et plus particulièrement dans le contexte des rapports internationaux des cités, se traduit par sa moindre efficacité dans le monde grec. Perdant sa dimension religieuse, il n'acquiert pour autant aucune valeur juridique en l'absence d'un système juridique international. La

---

the natural condition also with them, peace therefore could only be secured by a treaty », Theodore P. ION, « Sanctity of Treaties », *Yale Law Journal*, vol. 20, 1911/4, pp. 268-269.

<sup>164</sup> « [L]es Grecs et les Romains semblent avoir assez scrupuleusement observé les conventions passés lors de la guerre, notamment les armistices. Le principe était que la foi donnée à l'adversaire doit être respectée : *fides cum hostis servanda est*. Les pressions de la réciprocité expliquent cet état des choses. Le volet le plus développé du droit de la guerre gréco-romain était donc celui des conventions de guerre ou encore le droit de postlimine. Le volet humanitaire est pratiquement absent », Robert KOLB, *Ius contra bellum... op. cit.*, 2009, p. 35.

<sup>165</sup> « Si l'on entend par religion, un ensemble de rites dont certains seuls ont la charge et dont le secret ne s'explique pas, on peut dire que le droit grec [au sens de *Diké*] s'est élaboré en réaction contre elle », Jacqueline de ROMILLY, « Religion et droit dans la Grèce ancienne... op. cit. », 1973, p. 9. Voir également Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, pp. 244-251.



désacralisation progressive du droit conduit à une transformation interne de la mécanique du serment. Le caractère plus invocateur qu'imprécateur qu'il prend se traduit par une place de plus en plus symbolique accordée aux sacrifices. Le serment individuel perd progressivement sa charge symbolique<sup>166</sup>. Par ailleurs, l'extrême personnalisation au cœur du serment empêche toute identification collective de la cité aux engagements pris et ne tend à être contraignant que pour les seules personnes ayant effectivement pris ce serment<sup>167</sup>. Dès lors, les engagements internationaux ne semblent reposer que sur le bon vouloir des contractants et leur respect reste conditionné à des simples considérations de rapports de force.

61. La pratique romaine représente un véritable progrès en la matière. La sécularisation du droit s'y est produite d'une façon bien plus approfondie que dans le monde grec. Le passage de la royauté à la République en 510 av. J-C. va tout d'abord se traduire par une distinction entre les titulaires du pouvoir politique et ceux du pouvoir religieux. La sécularisation du pouvoir atteint le droit par l'intermédiaire de la loi des XII tables qui au IV<sup>ème</sup> siècle av. J-C fonde le droit civil romain<sup>168</sup>. Cependant, la sécularisation du droit dans la Rome républicaine ne s'accompagne pas d'une disparition de sa dimension sacrée. Au contraire, elle va, dans le cas du serment, en renforcer l'assise grâce à l'intermédiaire de la *Fides*. Celle-ci se conçoit alors comme une forme première du principe de bonne foi et cela se traduit par la place centrale qui lui est accordée dans le droit fétial. Il représente le moyen de garantir le respect de l'engagement pris en l'absence d'une insertion possible dans un ordre juridique supra-national<sup>169</sup>. Le serment est le lieu d'une juridicisation progressive qui vient combler l'insuffisance d'une dimension seulement religieuse du serment pour garantir un engagement international. Plus largement, la religion à Rome ouvre la voie à la

---

<sup>166</sup> Cette évolution du mécanisme du serment est notamment analysée par Raoul LONIS, « La valeur des serments dans les accords internationaux en Grèce classique... *op. cit.*, 1980, pp. 270-278.

<sup>167</sup> Ce caractère personnel du serment s'observe particulièrement bien chez HOMERE, *Iliade*, III, 297. Par ailleurs, on peut constater que les Grecs eux-mêmes avaient conscience des limites découlant de ce caractère personnel puisqu'en de rares cas, certains traités exigeaient la participation de l'ensemble des citoyens à la prestation de serment.

<sup>168</sup> Voir Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, pp. 251-254.

<sup>169</sup> « [A]s surely as the human need for justice which first created these forms was permanent, so surely has that need, quite independent of the fate of the ritual, invariably kept the institution of the oath sacred, at least until the state has created the requisite machinery for the guardianship of equity », Tenney FRANK, « The Import of the fœtal institutions...*op. cit.*, 1912, p. 339.

transformation de faits sociaux en institutions légales. Cela tient notamment à la dimension publique de la religion romaine, indissociable du fonctionnement des institutions républicaines puis impériales. Dans le cadre du droit fétial, l'évolution du rituel incarne tout à fait ce passage d'une cérémonie essentiellement religieuse, voire magique, à une institution légale dont le retour au rituel signifie une volonté d'inscrire l'action de Rome dans un temps long détaché de la personne physique de ses dirigeants<sup>170</sup>. Ainsi, on observe un relatif effacement de l'action des prêtres fétiaux alors même que la conquête romaine à l'époque républicaine aurait dû leur accorder une place déterminante<sup>171</sup>. La faiblesse de la pratique attestée par les sources historiques fait l'objet d'un débat renvoyant directement à l'importance et à la place des fétiaux dans les relations internationales romaines. En effet, au-delà des lacunes des textes, on voit apparaître deux positions opposées selon que l'on considère que le rôle du prêtre fétial se limite à apporter une protection et une garantie religieuse à l'action internationale de Rome<sup>172</sup> ou qu'il participe pleinement à cette activité internationale<sup>173</sup>. Quoiqu'il en soit, la perte d'influence progressive des fétiaux reflète d'une part l'importance croissante qu'occupe le Sénat dans la répartition politique des pouvoirs à Rome et d'autre part la conception antique des rapports entre droit et pouvoir politique, ce dernier échappant

---

<sup>170</sup> « For those who shared [the idea of] the inexorability of progress from magic via religion to secularism, the 'fetial rite' seemed relatively straightforward. The *fetiales* are an archaic college of priests ; their functions are magico-religious [...] Later the Romans become more sophisticated and less superstitious, and develop [...] a 'modified fetial procedure' whereby restitution is demanded by one or more secular *legati*, rather than by priests. Finally Augustus restores the authentic ancient rite as part of his general restoration of traditional religion », Thomas WIEDMANN, « The *Fetiales* : a reconsideration... *op. cit.*, 1986, p. 479.

<sup>171</sup> On ne recense ainsi que 23 mentions d'une action des prêtres fétiaux entre le V<sup>ème</sup> et I<sup>er</sup> siècles av. J-C ; surtout, la pratique semble en fort déclin à partir du III<sup>ème</sup> siècle av. J-C., période pourtant la plus riche de la conquête romaine, voir Claudine AULIARD, « Les Fétiaux, un collège religieux au service du droit sacré international ou de la politique extérieure romaine ? ... *op. cit.*, 1992, 1992, p. 9

<sup>172</sup> En ce sens, voir notamment Christian SAULNIER, « Le rôle des prêtres fétiaux et l'application du « *ius fetiale* » à Rome ... *op. cit.*, 1980, pp. 190-191 et Georges DUMEZIL, « Remarques sur le *ius fetiale*... *op. cit.*, 1965, pp. 99-101.

<sup>173</sup> C'est notamment une position défendue par les juristes au début du XX<sup>ème</sup> siècle, voir par exemple Coleman PHILLIPSON, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome...* *op. cit.*, 1911, p. 325. Cette position a progressivement perdu de sa pertinence dans la mesure où les recherches historiques tendent à confirmer la faible influence des fétiaux sur la conduite de l'action internationale de Rome, voir Claudine AULIARD, « Les Fétiaux, un collège religieux au service du droit sacré international ou de la politique extérieure romaine ? ... *op. cit.*, 1992, pp. 9-15 pour un recensement exhaustif de l'action des prêtres fétiaux.

largement à tout encadrement par le droit<sup>174</sup>. Cependant, l'existence même du droit fétial comme le souci de certains auteurs latins de témoigner de cette pratique traduisent la conscience romaine d'un encadrement, même purement formel, à l'action internationale de la Cité. Ce mouvement permet aux rites religieux de devenir des actes publics progressivement encadrés par un droit largement sacré<sup>175</sup>. Cela est particulièrement notable dans le cadre du *foedus*. Celui-ci contient un double serment. L'un est pris personnellement par le prêtre fétial, l'autre engage la Cité dans son ensemble. Il est généralement considéré que cette dualité traduit en fait une évolution historique qui reflète la conceptualisation de la cité comme forme d'organisation politique intégrée à la sphère du droit<sup>176</sup>.

62. La charge symbolique d'un serment et le ritualisme qu'il implique ne disparaissent pas avec l'affaiblissement de son caractère strictement religieux au profit d'une dimension juridique plus affirmée. Cette origine religieuse correspond à une dimension sacrée qui va perdurer et permettre au serment de s'affirmer comme la modalité préférentielle de l'engagement international<sup>177</sup>. La place qu'occupe le serment dans l'apparition du concept d'engagement international s'inscrit dans une évolution plus générale du droit dans les sociétés antiques. Fondement d'une communauté culturelle

---

<sup>174</sup> « Jamais les fétiaux ne peuvent intervenir sans l'accord du Sénat, jamais ils ne peuvent imposer leurs volontés au Sénat [...]. La marginalisation des Fétiaux fut à notre sens facilitée par cette étroite dépendance ; les considérations d'ordre juridique ou religieux que les Fétiaux auraient pu faire valoir ne sont plus compatibles avec le renforcement du pouvoir sénatorial dans la deuxième moitié du III<sup>e</sup> siècle et les besoins de la politique extérieure », Claudine AULIARD, « Les Fétiaux, un collège religieux au service du droit sacré international ou de la politique extérieure romaine ? ... *op. cit.*, 1992, p. 15.

<sup>175</sup> Cela est particulièrement visible dans le cas de la déclaration de guerre, le rituel symbolisant le passage pour la cité de l'état de paix à celui de guerre. La permanence de ce rituel religieux au-delà de la perte d'influence des fétiaux s'explique par l'intégration d'éléments de justifications juridiques qui se concrétise dans la conception romaine de la guerre juste : « This subtle transformation of religion and ritual into discourse on legal reason is a singular feature of the ancient international law of war », David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, p. 208.

<sup>176</sup> Voir en ce sens André MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio... op. cit.*, 1943, p. 32 et Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, p. 231 : « A l'origine, le serment du *pater patratus* existait seul dans le rituel indo-européen primitif. [...] L'apparition du serment public est la preuve du caractère politique acquis par les anciens rites du *foedus* absorbés par le droit public sacré de la cité romaine ».

<sup>177</sup> Cela explique largement la permanence de la pratique du serment au fur et à mesure du développement de l'encadrement juridique des pouvoirs des institutions romaines, notamment dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs internationaux : « How immensely important the oath was in Roman legal practice every Latinist knows, and recall that centuries after the state had created an elaborate judicial machinery, this cumbersome device still remained in vogue », Tenney FRANK, « The Import of the Fetial Institution... *op. cit.*, 1912, p. 338.

dans le monde grec, la religion va permettre, dans le cadre de l'impérialisme romain, de conceptualiser une extension continue du droit, à la fois instrument et modalité de cet impérialisme<sup>178</sup>. Ainsi, c'est parce qu'ils faisaient un usage étendu du serment religieux dans leurs actions internationales que les Grecs et les Romains ont pu développer un certain nombre de techniques permettant le développement de rapports internationaux pacifiques et encadrés par le droit<sup>179</sup>. La sécularisation évoquée ici n'est donc pas tant un recul de la pratique ou du sentiment religieux que la progressive distinction entre une religion privée et une religion publique incarnée par les institutions de Rome. En l'absence d'un véritable droit public<sup>180</sup>, cette religion publique permet d'enserrer les actions du pouvoir dans des pratiques ritualisées, encadrant et répartissant celui-ci, encadrement d'autant plus nécessaire sur le plan des relations internationales que ces actions ne s'insèrent pas dans le droit de l'empire. Le droit fétial reflète parfaitement cette exigence d'une formalisation distincte des choix politiques se rapportant à l'opportunité mais également au contenu des décisions et des actes. L'évolution du rôle et de la place des fétiaux traduit tant cette sécularisation que cette distinction progressive entre décision politique et validité juridique dans le cadre de l'exercice du pouvoir. Ainsi, leur influence politique disparaît progressivement, ce qui conduit au déclin des *foedus* et le rapprochement progressif de la conclusion des traités avec le droit des contrats romain<sup>181</sup>. Le rituel symbolise l'engagement de la cité et seulement celui-ci, il n'a pas vocation à s'insérer dans le processus de décision. Il est un élément de procédure de formation d'un acte international, que celui-ci soit la conclusion d'un traité ou la

---

<sup>178</sup> « Les juristes appliquèrent ainsi aux étrangers un droit civil qui n'était destiné qu'à régler les relations entre citoyens romains. Le biais utilisé est celui de la fiction juridique, qui se substituait au vide juridique, et qui palliait le refus et l'absence de la volonté de soumettre par la force tout un chacun à la loi romaine. [...] Sur le plan du droit sacré et des pratiques religieuses, les juristes romains n'ont pas procédé autrement puisque, pour innover et adapter la coutume aux nouveaux contextes, ils « ont restauré » des traditions en recourant à des fictions semblables [...] Le même processus existe sur le plan du droit international. L'empereur Auguste semble avoir ranimé [...] une institution archaïque, le rituel des féciaux qui était fondé, comme l'ancien procès civil, sur une prestation de serment qui remplaçait l'absence de preuves », John SCHEID, « Préface » in Clifford ANDO, *L'Empire et le droit... op. cit.*, 2013, pp. 9-10

<sup>179</sup> « Among the primitive tribes which have gone farthest in creating a machinery for peaceful intercourse with foreign peoples the early Romans are perhaps the most notable, and their advance was made by a logical extension beyond the state of the beliefs [...] and the device by which this extension was made possible was the oath. [...] The Greeks also swore alliances and friendships and believed that the breach of oath let loose the *αφα*, a kind of avenging spirit which guarded pacts », Tenney FRANK, « The Import of the Fetial Institution... op. cit. », 1912, p. 338.

<sup>180</sup> Voir Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, pp. 15-20.

<sup>181</sup> David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, p. 195-198.

décision d'entrer en guerre<sup>182</sup>. Au-delà de cette dimension sacrale, l'antiquité gréco-romaine va également consacrer d'autres fondements au caractère obligatoire des traités internationaux que la religion<sup>183</sup>. Ce faisant, le serment se voit reconnaître une pleine valeur juridique y compris sur le plan des engagements internationaux. L'influence de la pensée stoïcienne est déterminante afin de renforcer le respect futur de l'engagement pris par serment grâce au principe de bonne foi<sup>184</sup>. Ces engagements internationaux consacrés par un serment sont alors considérés pleinement comme des obligations juridiques<sup>185</sup>.

## ***2. L'engagement international comme fondement du droit international***

63. L'exemple gréco-romain offre la possibilité d'un regard renouvelé sur la question de l'« origine » du droit international. Son étude se ramène alors à une étude de l'engagement international. Cette importance contraste avec l'incertitude doctrinale et parfois même pratique s'agissant de son rôle. L'engagement international reste le critère d'existence de la règle internationale et la condition de son application ; son analyse ressort aussi bien dans les questionnements portant sur le fondement, les sources, les modes d'application ou la notion d'acte juridique<sup>186</sup>. Le rapprochement avec le serment et plus largement avec les analyses de l'Antiquité grecque et romaine conduit à un renversement de perspectives dans l'analyse de l'engagement international. Celui-ci représente le point de départ auquel vont pouvoir se rattacher les éléments constitutifs du droit international, liant l'engagement international à la question du fondement de ce

---

<sup>182</sup> « It should be noted that the *fetiales*' ratification of the treaty is a formality; it is not an alternative to the 'secular' political and diplomatic procedures as a result of which the Romans had already decided to end the war, and had decided upon the conditions of peace », Thomas WIEDMANN, « The Fetiales : A Reconsideration... *op. cit.*, 1986, p. 485.

<sup>183</sup> « Les peuples anciens ne considèrent pas l'élément religieux comme la source unique d'où découle la force obligatoire des conventions », Robert REDSLOB, *Histoire du droit des gens... op. cit.*, 1923, p. 51.

<sup>184</sup> Cicéron voit ainsi dans la « foi jurée » le fondement de la justice parmi les hommes, voir CICÉRON, *De Officiis (Traité sur les devoirs)*, Livre I, VII, 23.

<sup>185</sup> « Il est un autre argument qui milite pour la force juridique des conventions : l'idée de la *bona fides*. Elle n'est autre chose qu'une orientation morale de l'obligation de droit qui réside dans le pacte », *Ibid.*, p. 53.

<sup>186</sup> « Le critère de l'existence d'une norme de droit international réside en dernière analyse dans l'engagement des Etats à son sujet, et les obligations internationales de chaque Etat sont fonction de son

système juridique (a). En éclairant le rapport entre raison et volonté au sein du système juridique international, l'engagement international est le fondement de ce système juridique (b).

### ***a. La question du fondement du droit dans le système juridique international***

64. En raison de son caractère décentralisé, les questions traditionnelles du fondement<sup>187</sup> et des sources du droit se posent de façon particulière pour le droit international<sup>188</sup>. Malgré la permanence du sujet dans les réflexions doctrinales, la question du fondement du droit international souffre d'une série de difficultés inhérentes à la spécificité du système juridique international<sup>189</sup>. On trouve dans la période considérée une diversité des points de vue sur cette question semblable à celle de la

---

propre engagement. Il est à la base de l'ensemble du droit international », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 47.

<sup>187</sup> Rappelons que la question du fondement « revient à se demander quel est, dans ses origines, le facteur qui explique sa force obligatoire », Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET et Daniel MÜLLER, *Droit international public... op. cit.*, 2009, p. 110.

<sup>188</sup> « Non pas que les juristes de droit international soient spécialement attachés aux procédures et formes, mais parce que l'existence de normes s'imposant à des Etats souverains dans une société horizontale est trop miraculeuse – même si elle est nécessaire – pour que l'on ne se demande pas comment de telles règles peuvent se former en l'absence de toute structure d'autorité. [...] Le problème des sources est au carrefour de toutes les grandes controverses du droit international, quintessence et révélateur des pensées et des arrière-pensées. Tous les chemins du droit international partent de là, tous y mènent », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public... op. cit. », 1992 pp. 132-133. Egalement, « en droit international surtout, avec sa société décentralisée, la question du fondement a traditionnellement entretenu des rapports multiples et subtils avec cette autre question qu'est celle des sources du droit. Si l'accord constitue une source essentielle dans une société paritaire, la tendance naturelle d'une partie des auteurs sera de considérer que l'accord ou l'expression de volonté constitue autant l'expression positive du droit que le fondement de sa validité », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 133.

<sup>189</sup> Parmi une abondante bibliographie consacrée à la question du fondement du droit international, notons les différents cours donnés sur ce sujet dans le cadre de l'Académie de droit international de La Haye : Alfred VERDROSS, « Le fondement du droit international », *RCADI*, vol. 16, 1927, pp. 247-323 ; James L. BRIERLY, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international public », *RCADI*, vol. 23, 1928, pp. 463-592 ; Mirecea DJUVARA, « Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international », *RCADI*, vol. 64, 1938, pp. 479-644 et Rolando QUADRI, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international public », *RCADI*, vol. 80, 1952, pp. 580-633. Plus récemment, la question fait l'objet d'une présentation synthétique tout à fait claire et en lien avec la question des sources du droit international dans Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, pp. 133-253. Enfin, on pourra consulter avec profit Antonio TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, édition revue, augmentée et mise à jour par Robert KOLB, Paris, Pedone, 2007, 157 p.

période contemporaine, témoignant ainsi de la permanence de ces débats et de leur importance sur le plan des rapports juridiques internationaux. La prise en compte de la notion d'engagement international permet de reconsidérer, dans une démarche détachée d'un prisme interniste, le sujet. Elle consacre la spécificité du système juridique international qui lie la question du fondement à celle de l'acte sans l'intermédiation d'une théorie des sources.

65. La notion de fondement paraît occuper une place centrale dans la compréhension générale du droit international, bien plus importante que dans les différentes branches du droit interne. Celle-ci se rapporte directement à l'existence d'un système juridique international, longtemps contestée. Si le droit international porte une telle attention à ces questions, cela s'expliquerait parce qu'il a besoin de justifier plus que d'affirmer une existence controversée et incertaine<sup>190</sup>. Mais cette permanence de la question du fondement a pu sembler connaître un relatif déclin qui renverrait à un enrichissement, une complexification et donc à un progrès du droit international. Ce mouvement refléterait une plus grande « juridicité » du droit international et une maturité de ce système juridique qui le dispenserait à son tour de ces analyses<sup>191</sup>. Le sujet reste néanmoins quasi-systématiquement abordé par la doctrine dans le cadre des manuels ou des cours généraux, reflétant un intérêt soutenu pour cette question. La permanence de

---

<sup>190</sup> « La place des rapports de puissance dans les relations internationales – qui a fini par faire douter même de l'existence ou de la juridicité du « droit international » - imprime à la question des sources et du fondement de ce droit une importance plus grande encore qu'elle ne peut l'avoir dans les sociétés internes. Autour de l'aporie du fondement se coagule et se dresse dramatiquement la question existentielle du droit international. La transformation et la domestication des réalisations du pouvoir à travers des règles juridiques dans cet environnement international si spécifique est le problème cardinal du droit international », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 135. Également, « cette interrogation sur son caractère positif, sur sa nature, sa signification, sa portée, son efficacité est à la fois récurrente et obsédante. Seul en effet parmi les grandes disciplines juridiques, le droit international fait toujours l'objet de contestations portant sur son existence », Serge SUR, « La créativité du droit international... op. cit. », 2012, p. 26.

<sup>191</sup> L'évolution du contenu des cours généraux de droit international public à l'Académie de droit international de La Haye témoigne de ce rapport décroissant entre questionnement sur le fondement du droit international et enrichissement de la matière sans pour autant que les développements consacrés à la question ne disparaissent totalement des cours, voir Robert KOLB, *Les Cours généraux de droit international public de l'Académie de La Haye*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 1155 p., voir notamment « les cours des années 30 sont surtout des cours théoriques, cherchant encore les assises et les piliers d'un droit international nouveau, contesté, incertain. Les questions sur le fondement, l'effectivité, la juridicité, la construction du droit international y prédominent », p. 12. De même, la chronologie des cours spéciaux délivrés à l'Académie sur le sujet fait ressortir une évolution similaire, trois des quatre cours remontent à l'entre-deux-guerres tandis que le dernier date de 1952.



ces recherches semble spécifique au droit international. Mais les différents fondements proposés tendent au contraire à le rapprocher des autres branches du droit<sup>192</sup>. Il est généralement identifié trois séries de réponses à la question de l'origine du caractère obligatoire des règles de droit international, découlant chacune d'une conception particulière du droit. Soit le droit est une valeur et son fondement se trouve dans une valeur transcendante comme le Juste ou le Bien ; soit le caractère obligatoire du droit dépend de sa validité et sa force obligatoire réside dans son édicition ; soit le droit est perçu à travers son effectivité et son fondement se trouve dans son acceptation par le corps social. On retrouve alors au sein du droit international, la tripartition classique concernant le fondement du droit entre les approches jusnaturalistes, positivistes et sociologiques. Aucune de ces approches ne se caractérise par une véritable unité. Les doctrines du droit naturel apparaissent comme les plus anciennes et les plus diverses, suivant qu'elles fondent ce droit naturel vers lequel doit tendre le droit existant sur une religion ou sur la raison. Apparues plus récemment, les doctrines positivistes ne s'en sont pas moins diverses, notamment avec le développement du normativisme kelsénien. Enfin, si les doctrines sociologiques témoignent d'une plus grande unité, elles souffrent de leur caractère minoritaire au sein de la doctrine juridique<sup>193</sup>.

**66.** La domination de l'approche positiviste de la question du fondement en droit international tend à minorer les rapprochements possibles entre les réflexions antiques et le système juridique international contemporain. En effet, les doctrines positivistes sont fortement liées à la dimension interétatique du droit international. Elles ont connu leur apogée à l'époque où la souveraineté des Etats apparaissait comme l'élément premier du droit international, notamment à travers les doctrines volontaristes. Par ailleurs, le positivisme juridique s'insère dans le mouvement plus large d'un positivisme philosophique dont la rationalité pousse à la désacralisation des sociétés<sup>194</sup>. L'approche

---

<sup>192</sup> Comme le note Robert Kolb : « Ce qui vient d'être dit pour le droit en général [s'agissant des différentes conceptions du fondement du droit] vaut aussi pour le droit international, qui est une branche du phénomène juridique », Antonio TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens... op. cit.*, 2007, p. 14.

<sup>193</sup> Une présentation synthétique de ces différents courants et des auteurs que l'on peut y rattacher se trouve notamment dans Antonio TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens... op. cit.*, 2007, 157 p.

<sup>194</sup> « L'exigence rationnelle [du positivisme] se développe aux dépens de la conscience mythique et de l'imaginaire collectif, repoussant l'élément sacré jusqu'à le dissoudre, transformant selon sa vocation même, le monde en un système d'objets », Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, p. 290.



positiviste dominante tend alors à négliger la dimension sacrée du droit en raison de l'extériorité du phénomène religieux à l'égard du droit pourtant au cœur des réflexions et faits juridiques de l'Antiquité gréco-romaine. Cette négation du lien entre le droit et le sacré semble en partie contredite par les particularités du système juridique international. L'absence de centralisation qu'il connaît laisse supposer une plus grande permanence de sa dimension sacrée en ce qu'elle permet l'adossement de ces éléments constitutifs à une religion commune. Si l'Antiquité gréco-romaine ne pose pas directement la question du fondement du droit international, elle est largement perçue comme le moment de conceptualisation du droit naturel découlant de la proximité entre droit et religion. Ce droit naturel, déjà en formation dans l'œuvre de Platon par exemple, connaît son apogée avec le stoïcisme et, dans sa formulation juridique la plus avancée, l'œuvre de Cicéron. Les doctrines jusnaturalistes rencontrent ainsi un certain succès. Cette primauté s'explique en premier lieu par la finalité première attribuée au droit, la recherche de la Justice. Parce que le droit doit viser la Justice, le respecter revient à rechercher la Justice. Cette idée traverse la plupart des réflexions grecques et romaines sur les objectifs du droit<sup>195</sup>. Ainsi, l'œuvre de Thucydide, dont on considère classiquement que la vision réaliste de la guerre du Péloponnèse revient à minorer la dimension obligatoire des engagements internationaux, développe à plusieurs reprises l'idée que le recul de l'injustice et du droit du plus fort sur le plan des rapports internationaux passe par l'imposition de droits et d'obligations aux cités<sup>196</sup>. Il y a donc, et notamment dans la pensée grecque, l'affirmation majoritaire d'un fondement métaphysique du droit, la volonté d'établissement d'un ordre juste, conforme au *Kosmos*<sup>197</sup>. A l'inverse, on peut observer l'apparition d'un certain positivisme qui n'est pas ignoré par les réflexions antiques même s'il ne constitue pas l'approche dominante. Dans sa perspective légaliste

---

<sup>195</sup> « Cette Justice si haute est pour les Grecs le principe des lois humaines, qu'elle inspire et à qui elle sert de fondement absolu », Jacqueline de ROMILLY, « Religion et droit dans la Grèce ancienne... *op. cit.*, 1973, p. 12.

<sup>196</sup> Voir notamment le résumé de l'affaire de Corcyre dans THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre I, 37,5.

<sup>197</sup> Voir Jacqueline de ROMILLY, « Religion et droit dans la Grèce ancienne... *op. cit.*, 1973, pp. 11-13 qui observe d'ailleurs que ce souci de rationalité dans l'origine des règles juridiques ne signifie pas, au contraire, la disparition de la religion : « elles [les lois humaines] visent à faire régner la vertu grâce à la loi, qui est l'application de la raison, du *nous*, c'est-à-dire de ce qui représente, en l'homme, la partie divine. La morale fonde donc le droit et se fonde elle-même sur la religion », p. 13.

et relativiste<sup>198</sup>, on peut ainsi faire remonter ce courant aux sophistes grecs. Ces derniers s'attachent à voir dans les lois, non plus le fruit d'une rationalité s'inspirant de l'ordre divin, mais des conventions humaines par nature relatives<sup>199</sup>. Plus largement, la pensée grecque témoigne d'une vision nuancée du droit. Celui-ci est certes le fruit de l'homme et ainsi soumis à une certaine relativité mais ses finalités s'incarnent dans une Justice permettant l'établissement d'un ordre naturel dont le *Kosmos* divin offre un modèle<sup>200</sup>. L'Antiquité gréco-romaine offre la perspective d'une vision syncrétique de la question du fondement du droit qui trouve une représentation particulièrement développée dans l'œuvre de Cicéron. Généralement réduite à une transposition romaine de la philosophie stoïcienne dominée par l'idée d'un droit naturel commun à tous les hommes vers lequel le droit positif doit tendre<sup>201</sup>, la réflexion juridique cicéronienne propose en fait un dépassement de cet héritage. Confronté à la conquête et à la gestion de l'empire romain, Cicéron s'efforce de traduire sur le plan du droit positif ces principes en s'écartant de l'idéalisme stoïcien, et ainsi offrir la possibilité d'un fondement autonome du droit<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> Il est généralement constaté que les diverses approches positivistes se ramènent à deux grands courants dont le point commun est l'attachement à une méthode positiviste en ce qu'elle entend se limiter à l'étude des règles de droit existantes et donc à un certain légalisme mais qui pour le reste tendent à s'opposer. Ainsi, à un positivisme classique, relativiste et fondé sur la volonté s'oppose le normativisme kelsénien dont l'approche logique tend à mettre l'accent sur le formalisme, voir par exemple Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, pp. 307-309.

<sup>199</sup> La présentation la plus détaillée de la conception de la loi chez les Sophistes se trouve certainement dans PLATON, *Protagoras*, 321-328.

<sup>200</sup> « [S]i les Grecs situaient dans l'obéissance à la loi [...] le trait distinctif d'un ordre civique dont ils s'enorgueillissaient à juste titre, ils ne voyaient dans la cette loi que l'effet de la convention, tout au plus légitimée par un consentement initial. Supra-individuelle, la loi n'en est pas pour autant transcendante [...]. Garant de l'ordre social, [...] elle n'en est pas moins œuvre humaine, comme telle critiquable, révoquant mais aussi dans le meilleur des cas perfectible », Pierre AUBENQUE, « La loi selon Aristote », *APD*, Tome 25, 1980, pp. 148-149.

<sup>201</sup> Ainsi l'appréciation portée par l'historien Guglielmo FERRERO sur le traité de philosophie morale et juridique *De Officiis* : « En tant que traité doctrinal du bien et du mal, le livre n'est guère remarquable ; car ce n'est qu'une compilation faite à la hâte de Panetius et Posidonius, et entrecoupée de réminiscence aristotéliennes et platoniciennes », *Grandeur et décadences de Rome... op. cit.*, Tome 3 : « La fin d'une aristocratie », 1906, p. 135.

<sup>202</sup> « Ce n'est pas directement de la loi éternelle des stoïciens [...] mais de la nature humaine dans ses différences spécifiques et directement observables, que Cicéron va déduire la nature du droit. Sans doute la nature humaine est posée par l'ordre de l'univers, mais elle constitue un tout autonome qui ira produisant le droit commun jusqu'à donner des règles à l'univers », Jean MOREAU-REIBEL, « Le droit de société interhumaine et le « *jus gentium* ». Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius », *RCADI*, vol. 77, 1950-II, p. 496.

67. Au-delà des difficultés liées à la détermination du fondement du droit, la question est, dans le cadre du système juridique international, souvent confondue avec la problématique des sources. La notion de source pose plusieurs difficultés en droit international qui se traduisent par une certaine méfiance dans son utilisation. Le rapprochement entre sources et fondement n'apparaît pas en soi étonnante, ni propre au droit international<sup>203</sup>. Il s'agit pourtant de deux notions distinctes, l'une renvoyant au processus de formation d'une règle juridique, l'autre aux motifs d'obéissance à cette règle juridique<sup>204</sup>. Dans le cadre du droit international, les difficultés d'une théorie des sources ont mobilisé, et continue de le faire, une grande partie de la doctrine alors même que l'attention portée à la question des sources se rattache le plus souvent à la recherche du fondement du système juridique international, c'est-à-dire à la détermination de l'origine du caractère obligatoire de ses règles. La domination de la doctrine positiviste a pu également contribuer à cette confusion en écartant la question du fondement au sens strict comme extérieure au droit, et en y substituant une analyse de ses modes de formation<sup>205</sup>. Enfin, il est souvent considéré que la permanence des recherches sur le

---

<sup>203</sup> Par exemple, le dossier consacré aux « sources du droit » par les *Archives de Philosophie du droit* consacre ainsi trois contributions à la question du fondement, voir le dossier spécial « Les « sources » du droit », *APD*, tome 27, 1982. Également, « en terme de philosophie du droit, il est possible de ramener la dualité entre le fondement et les sources à la différence ontologique entre l'essence et l'existence. [...] le fondement représente l'idée générale du droit, la source représente sa réalisation ponctuelle. L'un reflète l'essence commune des valeurs juridiques, l'autre reflète l'existence concrète dans sa diversité sociologique. L'un et l'autre se réclament toutefois mutuellement. Il s'agit d'une complexe dualité unissant l'aspiration et le donné, l'idéal et le réel. [...] La tension fructueuse entre ces deux modalités irréductibles du droit a été appauvrie voire adultérée au sein de théories trop ambitieuses [...] elles ont dans les deux cas de figure assimilé les deux notions. Un exemple du premier procédé se manifeste dans des théories de 'droit révélé ou divin' ou encore dans les théories d'un droit naturel excessivement rationaliste et étendu. Fondement et sources du droit se réunissent ici très largement dans la volonté divine ou la raison tout-puissants. L'exemple du second cas de figure est le positivisme volontariste. La volonté du législateur s'assigne en même temps le rôle d'une source [...] et d'une explication ultime de la validité des règles créées », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, pp. 137-139.

<sup>204</sup> « Poser la question du fondement du droit, c'est poser la question de la validité de l'ordre juridique, c'est se demander ce qui fait que le droit est du « droit » et non un simple fait. [...] Par opposition à la question de la « source » du droit, qui pose la question « comment le droit est-il créé ? », la question du fondement du droit renvoie [...] à la question des fins du droit », Emmanuel PASQUIER, *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*, Paris, Classiques Garnier, 2012, p. 16.

<sup>205</sup> « Le juriste de droit positif reste toutefois très souvent indifférent à cette question du fondement. Pour lui, elle relève de la philosophie du droit », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 139. Également, « la question [du fondement du droit international] est apparemment spéculative, extérieure au droit positif, donc essentiellement doctrinale. Ne renvoie-t-elle pas nécessairement à des thèmes de droit naturel, prescriptions divines, ordre des choses, condition de la sociabilité, justice, voire exigences purement rationnelles ? Comment le droit positif pourrait-il éclairer sur son propre fondement, ne lui est-il pas par nature extérieur ? [...] Ne convient-il pas dès lors, positivisme oblige, de se limiter à

fondement et les sources du droit international traduit le caractère primitif du droit international<sup>206</sup>.

68. Derrière son apparente simplicité, le terme de sources cache quelques incertitudes concernant la formation des règles de droit<sup>207</sup> qui apparaissent d'autant plus problématique dans le cadre du système juridique international. Au-delà de la distinction classique entre sources formelles et sources matérielles, déjà révélatrice de l'imprécision du terme, la question des sources formelles comme « procédés extérieurs par lesquels les règles juridiques prennent corps »<sup>208</sup> conduit à une confusion particulièrement regrettable. Le terme réduit dans un même ensemble le processus de formation de la règle, l'acte juridique qui recueille la manifestation de volonté cristallisant l'ensemble du processus de formation et enfin la norme elle-même en tant que « produit du processus et contenu des actes »<sup>209</sup>. La notion de source renvoie aussi bien aux modes de formation du droit volontaire que spontané, elle désigne tant le processus de formation de la règle que l'instrument qui la véhicule<sup>210</sup>. Cette confusion se renforce alors dans le cadre du droit international en raison de la décentralisation du pouvoir que connaît la société

---

décrire et à analyser les sources du droit, objectivement constatables ? », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 76. Précisons d'emblée qu'il ne s'agit pas là de la démarche retenue par le Professeur Sur ainsi que par nous.

<sup>206</sup> « Il est possible de voir dans cette approche unitaire [de la question du fondement et des sources en droit international] un signe de peu de maturation, voire même de primitivité persistante du droit international », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 141. L'auteur rejette toutefois cette vision, au contraire, la permanence de ces interrogations sur les sources et le fondement du droit international peut être perçue pour l'internationaliste comme une obligation continue « de constamment retourner aux questions essentielles, maintenant vive son attention, aiguisant constamment sa modestie et apportant ainsi à l'ordre juridique international le fruit d'une réflexion plus mûre et plus totalisante », *Ibid.*, pp. 141-142.

<sup>207</sup> « En somme, la notion de sources du droit, c'est le bazar ou l'auberge espagnole, comme on voudra », Jean-Louis VUILLIERME, « Les anastomoses du droit (Spéculation sur les sources du droit) », *APD*, Tome 27, 1982, p. 6 ; également « il s'agit d'une notion extrêmement équivoque, qui se prête à une pluralité de significations », Paul AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » », *APD*, Tome 27, 1982, p. 251.

<sup>208</sup> Paul REUTER, « Principes de droit international public. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 103, 1961-II, p. 461

<sup>209</sup> Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 42-43.

<sup>210</sup> Voir notamment Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 135.

internationale<sup>211</sup>. Comme le relève M. Virally, « l'individualisation des statuts et des rapports juridiques est beaucoup plus poussée [que dans les ordres juridiques internes], en raison du petit nombre des membres de la société internationale et de leur (relative) stabilité »<sup>212</sup>. Il apparaît donc impossible de limiter la théorie des sources en droit international à la formation des règles générales tandis que les situations individuelles relèveraient de l'application du droit comme il est distingué en droit interne. Cette remarque renvoie à la conséquence principale de la déconcentration du système juridique international, l'absence en son sein de toute hiérarchie des normes. Cette absence fait douter de la pertinence même d'une théorie des sources puisque celles-ci n'influent en aucun cas sur la normativité des règles ainsi produites. Plus encore, la décentralisation du pouvoir caractérisant le système juridique international conduit à écarter toute possibilité d'un véritable approfondissement d'une théorie des sources. En effet, la question des sources du droit est directement liée à celle de la distribution du pouvoir dans un système juridique donné<sup>213</sup>. Elles ne peuvent se comprendre qu'en prenant en compte les spécificités de cette distribution de l'autorité législative dans un système juridique donné. La décentralisation du pouvoir politique et juridique donne au droit international un caractère peu formaliste, dont les implications sont essentielles sur l'ensemble de ses traits structurels et en tout premier lieu donc sur la question des sources. Elle détermine une horizontalité de principe du système juridique international qui conduit à l'absence d'une hiérarchie des normes particulièrement nuisible à l'établissement d'une théorie des sources en droit international<sup>214</sup>. Ces dernières se caractérisent par leur irréductibilité au

---

<sup>211</sup> « De son côté, en droit international surtout, avec sa société décentralisée, la question du fondement a traditionnellement entretenu des rapports multiples et subtils avec cette autre question qu'est celle des sources du droit », *Ibid.*, p. 133.

<sup>212</sup> Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... *op. cit.*, 1983, p. 169.

<sup>213</sup> « Le lien très étroit unissant la société, le droit et les sources s'explique par le fait que ces dernières constituent une rationalisation du pouvoir dans une société donnée. [...] La transformation et la domestication des réalisations du pouvoir à travers des règles juridiques dans cet environnement international si spécifique est le problème cardinal du droit international », Robert KOLB, *Théorie du droit international...* *op. cit.*, 2013, pp. 134-135

<sup>214</sup> « Dans la société internationale horizontale et décentralisée, il n'y a aucune hiérarchie des pouvoirs, ni, par conséquent, des organes et des normes. Dès lors que la source ultime de toutes les normes internationales se trouve dans la volonté des Etats et qu'aucune volonté étatique ne peut prédominer sur les autres, la hiérarchie des normes est tout simplement inconcevable. Là encore, ce n'est pas une pathologie, mais à une simple anatomie que l'on a affaire », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, p. 224.

sein d'une théorie descriptive figée et hiérarchisée<sup>215</sup>. Surtout, parce que toute règle de droit international découle de l'engagement des Etats, les sources se ramènent à une unité conceptuelle<sup>216</sup> influençant directement la question de l'acte juridique international<sup>217</sup>.

### ***b. L'engagement international et l'origine du droit international***

69. La confusion entre la notion de sources et celle de fondement fait ressortir une dualité de la notion de fondement. D'une part, il correspond à un questionnement métaphysique sur les motifs de l'obéissance au droit par les sociétés humaines. En partie extérieure à l'analyse juridique<sup>218</sup> et essentiellement philosophique, cette interrogation renvoie à une réflexion d'ensemble sur la place et la finalité du phénomène juridique dans les sociétés humaines<sup>219</sup>. D'autre part, le faible caractère opératoire de la notion de sources en droit international laisse entière la question de l'origine du caractère obligatoire des règles de droit international. Il y a ainsi un fondement « philosophique » du droit et un fondement « juridique » du droit<sup>220</sup>. La question pour le droit international n'est pas tant celle du processus de formation de la règle, qui va lui donner son caractère légal et donc obligatoire que celle de l'origine de son caractère opposable. Cette

---

<sup>215</sup> « Sources décentralisées, mobiles et historiques (dans le sens qu'elles restent davantage liées aux événements au sein du corps social sans accuser par rapport à eux la distanciation de la loi interne), elles restent plus difficiles à capter et à systématiser que les sources du droit interne, clarifiées par une jurisprudence séculaire et hiérarchisée dans le système de l'Etat », *Ibid*, p. 170 ; également « Les sources du droit international relèvent d'un modèle intermédiaire entre ceux continentaux et anglo-saxons. Leur formalisation est partielle [...] ; le système demeure toutefois ouvert », p. 172.

<sup>216</sup> « Si le traité est un acte, et que là s'arrête sa définition, parce que la volonté des Etats est omnipotente, on doit constater que rien ne vient alors distinguer l'acte conventionnel de l'acte unilatéral ou de la coutume. Tout se réduit à une source du droit, c'est-à-dire à un accord, ou même à un engagement », Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, p. 10.

<sup>217</sup> Voir *Infra*, Section 2.

<sup>218</sup> Voir notamment, Jean-Louis VULLIERME, « Les anastomoses du droit (spéculation sur les sources du droit)... *op. cit.*, 1982, pp. 5-21.

<sup>219</sup> « Dans un sens large, la question du fondement englobe toute la métaphysique du droit, tout la recherche des exigences de la justice en droit, que ce soit en général ou dans un ordre juridique situé », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 136.

<sup>220</sup> « Le concept de fondement [...] permet de distinguer deux grandes régions ontologiques : celle de la réalité et celle de l'idéalité. [...] La réalité originnaire est à la fois hétérogène et intérieure à ce qu'elle fonde. Le fondement en effet ne pourrait pas être fondement s'il était homogène, de même nature, que ce qu'il fonde. De même la représentation, les idées, le savoir objectif ne seraient pas représentation, idée, savoir de quelque chose, s'ils n'étaient à la fois distincts de la réalité et relatifs à elle », Gabrielle DUFOUR-KOWALSKA, « Philosophie du fondement et fondement du droit », *APD*, tome 27, 1982, p. 197.

approche du fondement est un questionnement pleinement juridique qui, dans le cadre du droit international, tend à remplacer celui des sources que peuvent connaître les ordres juridiques internes<sup>221</sup>. Si la centralisation du pouvoir dans le cadre du droit interne tend à réduire la question du fondement « juridique » à celui des sources du droit, le système juridique international, du fait de sa décentralisation, pousse au contraire à effacer la question des sources du droit derrière celui de son fondement « juridique », sans pour autant signifier que la notion de sources soit assimilable à celle de fondement. Il s'agit de distinguer la question de l'origine du caractère obligatoire d'une règle de droit international de celle de l'origine du caractère obligatoire du droit international. Si la première interrogation renvoie à la notion de sources, la deuxième pose celle du fondement juridique du droit international. On constate à nouveau la difficulté pour le droit international d'élaborer une théorie des sources détaillée. En effet, quel que soit le support normatif qui contient la règle de droit international, acte unilatéral, traité ou coutume, la source de la règle est identique, il s'agit du consentement de l'Etat. Le consentement reste néanmoins insuffisant pour expliquer le caractère obligatoire du droit international<sup>222</sup>. La question du fondement conserve toute sa pertinence en vue

---

<sup>221</sup> Cette conception du fondement « juridique » du droit rejoint en fait certaines définitions de la notion de source du droit, cf. par exemple la définition proposée par Charles PERELMAN des sources du droit comme « déterminant l'autorité du droit en question à partir de sa nature », « Ontologie juridique et sources du droit », *APD*, tome 27, 1982, p. 24, on constate plus largement que l'approche philosophique de la question des sources du droit tend souvent à confondre celle-ci avec la notion de fondement, voir Gabrielle DUFOUR-KOWALSKA, « Philosophie du fondement et fondement du droit », *APD*, tome 27, 1982, p. 192 : « La notion de source est en effet en premier lieu et par excellence une notion métaphysique. Il n'y a pas de métaphysicien, dans l'histoire de la pensée, qui n'ait inclus dans sa problématique, dans les motifs les plus profonds de sa quête philosophique, la question de ce que la philosophie appelle le fondement ou le principe ou l'origine » ; également Paul AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit »... *op. cit.*, 1982, p. 252.

S'agissant des ordres juridiques internes, la question du fondement « juridique » apparaît comme étant dépourvu d'un réel intérêt. En effet, dans ce cadre, l'origine juridique du caractère obligatoire d'une règle de droit découle de sa conformité au processus de formalisation prévu ce qui déplace l'intérêt sur la question des sources puisque c'est de celle-ci que dépendra l'articulation entre les règles. Voir par exemple Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, p. 66 : « Problème [celui du fondement du droit] inconnu en droit interne : si la norme juridique interne oblige les sujets du droit, c'est pour la simple raison que l'Etat l'a édictée dans le cadre de sa compétence ».

<sup>222</sup> « Consent can create individual rules of law, but it cannot create the binding force of the law itself. If it did, some antecedent rule of law would at once be required, according to which consent had that legal effect. A new rule may come into existence as law because States have consented to it, but once it exists as law, its binding force does not depend on consent but on its character as law, and on the necessarily obligatory character of all law », Sir Gerald FITZMAURICE, « The General Principles of International Law considered from the standpoint of the rule of law », *RCADI*, vol. 92, 1957-II, p. 40.



d'une compréhension d'ensemble du système juridique international<sup>223</sup>. C'est à l'aune d'une éventuelle évolution de ce fondement que plusieurs internationalistes ont pu considérer que le droit international aurait connu ces dernières décennies une rupture essentielle à travers la mise en avant de la garantie et de la protection internationale des droits de l'homme<sup>224</sup>.

70. On peut observer dans la continuité des réflexions grecques et romaines sur le fondement du droit cette distinction entre fondement philosophique et fondement juridique. La transposition cicéronienne de la philosophie juridique grecque, et notamment stoïcienne, fait ressortir cette distinction. Il s'agit, pour l'auteur romain de traduire empiriquement l'idéalisme grec et ce faisant de reconsidérer les modalités d'apparition et de développement du droit<sup>225</sup>. Par ailleurs, l'analyse du serment dans l'Antiquité gréco-romaine offre la possibilité d'un renouvellement de l'analyse du fondement du droit international. Commandés par le principe de bonne foi, les rapports juridiques internationaux doivent, en l'absence d'une centralisation politique et juridique, être garantis par un serment, témoignant de l'engagement de la cité<sup>226</sup>. La question du respect de ce serment fait ressortir une complémentarité plus qu'une opposition entre les différents fondements du droit international. Le serment est garanti par la volonté d'échapper à la colère divine, par celle de se conformer aux engagements de la cité considérée comme la personnification d'une société donnée ainsi que par le respect du droit pour lui-même<sup>227</sup>. Principe largement consacré par le droit romain et formulé

---

<sup>223</sup> « Quel est le fondement (théorique) du droit international public ? Pourquoi doit-on obéir à la règle de droit ? Pourquoi est-il juste d'y obéir ? La question ainsi posée touche à la racine du phénomène juridique et du sens comme de la mission qui sont les siennes dans ce monde », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 139.

<sup>224</sup> Voir par exemple Pierre-Marie DUPUY, « L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international) », *APD*, Tome 32, 1987, pp. 119-133.

<sup>225</sup> « Pour définir le droit et la loi, il n'est plus besoin [avec Cicéron] de se référer à une loi éternelle, en tant qu'extérieure et supérieure à la règle, fonction régulatrice ou normative de la raison. Cette dissociation de fait entre la doctrine métaphysique et la doctrine logico-psychologique des sources du droit est d'une importance décisive », Jean MOREAU-REIBEL, « Le droit de société interhumaine et le « *jus gentium*... op. cit., 1950, p. 496.

<sup>226</sup> « The essential principle which international law sought to preserve in State relations was good faith. Secondly, good faith had to be guaranteed by an oath invoking some form of sanction in case of non-compliance », David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, p. 50.

<sup>227</sup> *Ibid.*, pp. 51-59.



comme tel par Cicéron<sup>228</sup>, *Pacta sunt servanda* a pu être considéré par plusieurs comme le fondement du droit international<sup>229</sup>. Il a pu apparaître comme réconciliant volontarisme étatique et encadrement juridique tandis que sa présence dans la quasi-totalité des ordres juridiques, aussi bien internes qu'internationaux, tend à établir son caractère inhérent à tout ensemble juridique. Cependant, le principe *Pacta sunt servanda* peut conduire à surévaluer la dimension volontariste du droit international en négligeant les comportements passifs de l'Etat pourtant parfois créateur de droits et de règles ainsi que la portée interne du droit international<sup>230</sup>. *Pacta sunt servanda* apparaît plutôt comme une conséquence du fondement du droit international<sup>231</sup>. Il représente une qualité attachée à la notion d'engagement. L'engagement international est la condition préalable d'existence de ce principe. Celui-ci vient en fait garantir les rapports juridiques créés par l'engagement international préalable<sup>232</sup>.

71. La notion d'engagement n'est pas propre au droit international<sup>233</sup>. Au contraire, elle traverse les systèmes juridiques. Cependant, ses propriétés sont particulièrement adaptées au système juridique international. Parce qu'il facilite l'individuation du droit, l'engagement est particulièrement adapté à une société décentralisée comme la société internationale. Et, parce que son caractère juridique découle de sa reconnaissance par un

---

<sup>228</sup> La première formulation du principe lui est généralement attribué, voir CICERON, *De Officiis (Traité sur les devoirs)*, Livre III, 92-93 et 104-114.

<sup>229</sup> Voir notamment John B. WHITTON, « La règle '*Pacta sunt servanda*' », *RCADI*, vol. 49, 1934-III, pp. 178-206 qui observe que c'est le cas d'auteurs doctrinalement aussi différents que des théoriciens de l'école du droit naturel comme Suarez que des positivistes comme H. Kelsen.

<sup>230</sup> Voir Alexis MARIE, *Le silence de l'Etat comme manifestation de sa volonté*, Thèse Université Paris II Panthéon Assas, le 10 décembre 2013, 711 p. Ainsi, *pacta sunt servanda* nous semble bien plus relever d'un principe général du droit comme en témoigne sa place au sein du droit des traités ou sa difficile insertion dans la formation coutumière du droit international, voir *Infra* 2<sup>ème</sup> Partie Titre 4 Chapitre 1, Section 1, 2. b. Voir en ce sens Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, pp. 137-138.

<sup>231</sup> « A première vue, il existe un fondement apparent, dont se réclame une large partie de la doctrine classique, et qui est le principe *pacta sunt servanda de bona fide*. Plus profondément, cependant, un autre fondement se dessine, celui de l'engagement international de l'Etat », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 79.

<sup>232</sup> Cela explique ainsi la particularité de la sécurité juridique en droit international : « la sécurité juridique possède en droit international une tête de Janus : faible en tant que sécurité juridique générale, elle acquiert tout son poids dans des rapports spécifiques qu'elle stabilise au bénéfice de la sécurité inter-subjective. La sécurité juridique en droit international est essentiellement une sécurité des rapports bilatéraux ou spécifiques. C'est une sécurité *rationae personae* plus que *materiae* », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 689.

système juridique, il limite, de par cette dimension objective, une autonomie absolue de la volonté. L'engagement offre la possibilité de réconcilier volonté et raison, fondement positiviste et fondement naturel du droit international. L'engagement incarne une conciliation entre l'individu et la société à laquelle il appartient comme le rappelle son double caractère, à la fois auto-imposé et licite<sup>234</sup>. On peut ainsi voir, dans cet engagement, le fondement du droit international<sup>235</sup>. Les tentatives d'éclaircissement de la notion restent cependant limitées<sup>236</sup> tant elle recouvre d'aspects : toujours imputable à l'Etat, sujet originaire, l'engagement peut être *immédiat* lorsqu'il est en émane directement ou *médiat* lorsqu'il est le fait d'un sujet dérivé tirant sa compétence d'un engagement étatique antérieur ; de cette imputabilité à l'Etat, découle son invocabilité déterminant la portée juridique de cet engagement ; enfin, cet engagement peut être *actif* ou *passif* suivant qu'il résulte d'un comportement volontaire ou non de l'Etat<sup>237</sup>. En se rattachant aux différentes conceptions sur le fondement du droit, l'engagement représente une notion cardinale. Sa proximité avec le serment contribue à en faire une notion à la fois juridique et morale. La porosité entre les sphères du droit, de l'éthique et de la politique explique en partie les appréciations rapides qui ont pu être portées sur l'œuvre de Thucydide et la faible effectivité de l'encadrement juridique de la guerre dans l'Antiquité grecque. Les engagements internationaux n'y sont pas réduits à de simples éléments de fait devant s'incliner devant les considérations de puissance ou de réalisme. Les différents passages concernant une potentielle rupture ou violation d'un engagement témoignent tous d'une argumentation développée, justifiant, sur le plan juridique notamment, une telle rupture ou violation qui est alors considérée comme conforme au

---

<sup>233</sup> Voir par exemple Liliana TODOROVA, *L'engagement en droit. L'individuation et le Code civil au XXI<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Publibook, 2007, 446 p. ainsi que Cyril GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Paris, Editions Defrénois, coll. « Doctorat et notariat », 2007, 580 p.

<sup>234</sup> « En tant que volition visant à déterminer des actes à venir du sujet volitif lui-même, il constitue, en principe, une norme auto-imposée. En tant que volition licite pourvue d'une effectivité en droit, il relève d'un ordre de validité juridique », *Ibid*, p. 27.

<sup>235</sup> Voir en ce sens, Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, pp. 78-87

<sup>236</sup> En témoigne par exemple, l'absence de l'entrée dans l'*Encyclopedia of Public International Law* ou le dictionnaire *Basdevant*. Egalement la large définition proposée par le dictionnaire Salmon qui conduit à un rapprochement avec la notion d'acte ou encore l'absence d'entrée spécifique à l'index de certains manuels de droit international public, voir en ce sens, Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, 920 p. ou Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Nguyen QUOC DIN et Alain PELLET, *Droit international public... op. cit.*, 2009, 1722 p.

<sup>237</sup> Voir Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 47-48.

droit et donc à la Justice<sup>238</sup>. Plus largement, l'Antiquité gréco-romaine en étant traversée par la tension entre raison et volonté en droit, nourrit ce questionnement à travers la progressive conceptualisation d'un droit international. Le droit romain, produit des réflexions philosophiques grecques, offre une synthèse de cette opposition qui va subsister dans le système juridique international. Dans une continuité avec la pensée des sophistes grecs, le droit romain va consacrer le principe d'autonomie individuelle comme source du droit<sup>239</sup>, dont on voit bien combien la notion d'engagement, incarnant le « passage de la puissance à l'acte »<sup>240</sup>, est tributaire. Le développement concomitant du *ius gentium*, comme branche du droit romain portant sur les relations entre citoyens romains et étrangers, va s'appuyer sur la philosophie stoïcienne et l'universalisme qu'elle incarne pour défendre l'idée d'un droit objectif, commun à tous, car fondé sur la raison humaine. C'est alors l'intervention de la *Fides* en tant qu'inhérente à la notion d'engagement<sup>241</sup>, dimension morale d'une notion conciliant objectivité et subjectivité dans la formation du droit. De cette intervention découlent les principes de bonne foi et de *pacta sunt servanda*. Ce dernier, apparu sous la plume de Cicéron, découle directement du syncrétisme entre l'universalisme philosophique grec et l'esprit juridique romain<sup>242</sup>.

72. L'attention portée à la question du fondement et des sources du droit international ont conduit certains à y voir la raison de l'absence d'une théorie des actes qui permettrait de contourner ces limites<sup>243</sup>. Pour autant, les tentatives d'esquisse d'une

---

<sup>238</sup> L'un des exemples les plus probants se situe dans le débat à Sparte qui va sceller l'opposition radicale entre les deux puissances et ouvrir la voie au long affrontement entre elles, Voir THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre 1, 71,5.

<sup>239</sup> « [Dans la Rome Antique] le droit repose inmanquablement sur une forme de liberté individuelle qu'il s'agit d'harmoniser avec celle des autres. [...] Il se développe ainsi un droit privé basé sur l'autonomie personnelle et englobant des relations publiques. [...] La volonté est conçue comme pouvoir juridique, comme faculté juridiquement protégé », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 766-767.

<sup>240</sup> Liliana TODOROVA, *L'engagement en droit. L'individuation et le Code civil au XXI<sup>ème</sup> siècle... op. cit.*, 2007, p. 10.

<sup>241</sup> « La *fides* requiert de respecter les attentes légitimes que l'on a créée chez autrui [...] le devoir d'honorer cette foi affichée est indispensable à la justice (d'où le principe *Pacta sunt servanda*). Or un tel devoir est intrinsèquement lié au bien et au juste, idées morales », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 661.

<sup>242</sup> Voir notamment Jean MOREAU-REIBEL, « Le droit de société interhumaine et le « *jus gentium* ». Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius... *op. cit.*, 1950, p. 495.

<sup>243</sup> Voir Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, pp. 7-9.

telle théorie des actes ne sont pas apparues plus probantes<sup>244</sup>. S'appuyant sur une analogie avec les théories des actes élaborées dans le cadre des systèmes de droit interne, elles souffrent, encore plus que les sources, d'un prisme interniste faisant douter de leur pertinence. Le renouvellement de l'approche de la question du fondement du droit international conduit non seulement à nuancer la pertinence de la notion de source en droit international mais permet également de reconsidérer la notion d'acte juridique dans le cadre de ce système<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> Sur le lien entre indétermination de la théorie des sources en droit international et absence d'une véritable théorie des actes, voir Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op cit.*, 1992, pp. 134-137. Ce dernier dénonce ainsi la tentation d'une construction d'une théorie des actes en droit international : « une théorie des actes juridiques internationaux est pour le moment, sinon impossible, du moins inutile ou, en tout cas, prématurée. Elle rend mal compte de la réalité du système ; elle est artificielle et, pour tout dire, faussement scientifique », *Ibid.*, p. 137.

<sup>245</sup> La question du fondement du droit comme celle de ces sources présente des liens importants avec la notion d'acte juridique. En effet, « si l'accord constitue une source essentielle dans une société paritaire, la tendance naturelle d'une partie des auteurs sera de considérer que l'accord ou l'expression de volonté constitue autant l'expression positive du droit que le fondement de sa validité. [...] La justification et la production du droit constitue le pilastre sur lequel repose l'ordre juridique », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 133.

## Conclusion du Chapitre 1

73. La proximité du droit et de la religion dans l'Antiquité gréco-romaine conduit à porter une attention particulière au formalisme juridique en s'appuyant sur la parenté intellectuelle entre ces deux sphères. Le formalisme de ces procédures doit avant tout signifier, et notamment pour leur auteur, l'obligation d'en exécuter les obligations sous peine de sanctions. Ce formalisme témoigne également de son attachement et de sa participation à la communauté religieuse ou au système juridique auxquels il prend part<sup>246</sup>. Le serment antique joue un rôle décisif en dépassant le processus de sécularisation du droit sur le plan international. En effet, si le droit interne ne réserve plus au serment une place décisive, le système juridique horizontal du droit international lui a permis de subsister<sup>247</sup> en s'incarnant dans la notion d'engagement international. Celui-ci reprend plusieurs propriétés du serment antique qui vont lui donner, en raison des spécificités du système juridique international, une place décisive. Plus particulièrement sa double dimension, d'engagement vers soi-même et d'engagement vers un ou des autres, se révèle tout à fait pertinente sur le plan des rapports internationaux.

74. Dans le cadre du traité international, il incarne l'engagement des parties en représentant la dernière étape de la conclusion, déclenchant son exécution. Ainsi, sans serment, il ne saurait y avoir de traité : « le traité grec, étant un acte solennel, c'est le serment seul qui lui confère sa force obligatoire. [...] Le traité n'engageait chaque partie que depuis le moment où elle avait prêté serment. Le serment avait pour effet de placer l'accord sous la protection et la garantie de la divinité qui, au besoin, se chargeait d'appliquer les sanctions nécessaires en vengeant les infractions à la foi jurée »<sup>248</sup>. Ainsi, comme le serment antique s'appuie sur la notion juridico-religieuse de *pistis* ou de *fides*,

---

<sup>246</sup> « [R]ituals which strengthened the sense of international legal obligation were invariably connected with powerful institutions in ancient civilizations », David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity...* *op. cit.*, 2001, pp. 73-74.

<sup>247</sup> « [L]es origines historiques [de *Pacta sunt servanda*] lient la bonne foi à une conception du serment qui n'est pas seulement un rite, mais une extériorisation de l'honneur des sujets de droit — la foi jurée, qui a certains égards à une dimension sacrée. Le serment existe toujours dans diverses activités juridiques, aussi bien internes qu'internationales », Serge SUR, « La créativité du droit international... » *op. cit.*, 2012, p. 80.

l'engagement international intègre, à travers le principe de bonne foi, l'idée de sa propre force obligatoire<sup>249</sup>. Plus largement, la notion d'engagement attire l'attention sur la conciliation de la raison et de la volonté dans la détermination du fondement du droit international, tension consubstantielle à tout ordre juridique<sup>250</sup>. L'engagement est le fondement du droit international parce qu'il permet cette conciliation et se présente comme alors à l'origine de tout acte juridique en droit international. La question des sources est accessoire dans la mesure où elle s'identifie à celle du fondement. L'analyse des modes de formation du droit international ressort dès lors bien plus de la question des actes juridiques que de celle des sources. La notion d'engagement international permet de se détacher des tentations d'une transposition en droit international des théories des sources et des actes que l'on peut connaître en droit interne. En témoignant de la volonté unilatérale de son auteur de s'engager, l'engagement international établit, au contraire, un lien, déterminant, entre le fondement du droit international et l'acte juridique international.

---

<sup>248</sup> Georges TENEKIDES, « Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des Cités (V<sup>ème</sup>-III<sup>ème</sup> s. av. J-C)... *op. cit.*, 1956, pp. 521-523

<sup>249</sup> On observe ainsi que le droit international contemporain place sous l'exigence de bonne foi l'ensemble des obligations internationales car celles-ci découlent d'un engagement international. C'est donc de cet engagement international que dérive l'exigence de bonne foi et non d'un mode de formation déterminé : « L'un des principes de base qui président à la création et l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. [...] Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi », CIJ, arrêt 20 décembre 1974, *Affaire des Essais nucléaires*, *Rec. CIJ* 1974, p. 268, § 46.

<sup>250</sup> « Tout droit vit d'une tension permanente entre ses deux pôles essentiels, la *raison et la volonté*. Le phénomène juridique se nourrit des multiples convergences et divergences de l'intellectualisme et du volontarisme, de l'hétéronomie et de l'autonomie, de l'objectivisme et du subjectivisme, du transcendant et de l'immanent. A travers la raison, l'élément « naturel » du droit est souligné, à savoir son appartenance au monde des valeurs, son orientation à la justice. A travers la volonté, l'élément « positif » du droit s'affirme, à savoir son appartenance au monde du réel, et aussi sa dépendance du pouvoir », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 765.

## Chapitre 2 : L'engagement conventionnel comme acte juridique international

75. Fondement du droit international, la notion d'engagement international offre la possibilité d'une conciliation de la raison et de la volonté dans le système juridique international, malgré les difficultés qui s'y rattachent. Il est également le critère d'identification de l'acte juridique international. A priori, la notion d'acte juridique international ne se distingue pas de celle d'acte juridique interne. Les essais de définition de l'un et de l'autre mettent l'accent sur les mêmes traits, l'acte juridique est qualifié comme tel dès lors que sont réunis quatre éléments : un acte, une volonté, un ordre juridique et un effet juridique<sup>251</sup>. Le faible intérêt de la doctrine internationaliste pour la notion est ainsi d'autant plus étonnant que le droit international devrait accueillir favorablement celle-ci en raison de la place essentielle qu'y occupe la volonté<sup>252</sup>.

76. L'analyse du traité comme acte juridique tend finalement à renforcer la confusion autour de la notion d'acte juridique international, d'autant plus difficile à saisir que le prisme du droit interne conduit soit à ignorer la notion<sup>253</sup>, soit à la transposer en

---

<sup>251</sup> Comp. la définition proposée par Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2014, p. 19 : « Opération juridique consistant en une manifestation de la volonté [...] ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique » et la définition proposée par Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 31 : « Manifestation de volonté ayant pour but de produire un effet juridique » ou encore la définition posée par le nouvel article 1100-1 du Code civil français : « manifestation de volonté destinée à créer des effets de droits ».

<sup>252</sup> « En droit international, par contre, le problème des actes juridiques a fort peu retenu l'attention, et c'est au processus de formation des normes, mêlant actes juridiques (tels que les traités) et actes spontanés (telles les règles coutumières) que l'on s'est intéressé. [...] Les ouvrages de droit international étudient certes les traités et actes unilatéraux, mais ils le font le plus souvent sous l'angle des sources plus que sous celui des actes juridiques », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, p. 133. Ce rapport du droit international à l'acte juridique peut paraître en partie paradoxal : « marqué plus que tout autre ordre juridique par l'importance accordé à la volonté, et plus particulièrement à celle des Etats, le droit international devait faire un sort tout particulier à l'acte juridique, procédé volontaire de création du droit », Jean-Paul JACQUE, « L'acte juridique : réflexions d'un internationaliste », *Droits*, vol. 7, 1988, p. 95.

<sup>253</sup> « Le concept d'acte reste encore largement étranger à la doctrine anglo-saxonne [...]. En effet, la théorie des actes est largement imprégnée des conceptions nationales et procède, souvent à tort, parce que la structure même de l'ordre juridique international est différente, d'une transposition », Jean-Paul JACQUE, « Acte et norme en droit international public », *RCADI*, vol. 227, 1991/II, p. 367.

minorant les spécificités du système juridique international. La formation conceptuelle de la notion dans le cadre des réflexions et pratiques dans l'Antiquité gréco-romaine offre alors la possibilité de reconsidérer l'acte juridique international en en saisissant à la fois la racine commune avec la notion générale d'acte juridique et les spécificités découlant de son appartenance au système juridique international (Section 1). Cela conduit à insister sur l'autonomie d'une notion qui ne peut se confondre avec le traité lui-même, ce dernier apparaissant comme une collection d'actes juridiques plus que comme un acte juridique lui-même (Section 2).

### **Section 1 : L'engagement international et la naissance de l'acte juridique international**

77. Comme pour les actes juridiques internes, l'acte juridique international interroge la place de la volonté au sein de son système juridique. Surtout, l'analyse de la notion d'acte juridique dans le cadre d'une analyse conceptuelle du traité international se justifie, d'une part parce que le traité international est généralement considéré comme l'acte international par excellence et donc son étude de l'acte juridique devrait éclairer la notion de traité et d'autre part, parce que toute analyse de l'acte juridique doit permettre une meilleure compréhension du système juridique dans lequel il se déploie<sup>254</sup>. La difficulté est alors de conserver l'unité conceptuelle de la notion d'acte juridique au regard des particularités d'un système juridique international qui semble consacrer de façon absolue la volonté de certains de ces sujets. Si les difficultés d'élaboration d'une théorie de l'acte en droit international peuvent laisser penser que la notion d'acte juridique serait trompeuse en droit international<sup>255</sup>, l'analyse de la place de la volonté

---

<sup>254</sup> « [L]'acte a en lui-même une valeur totalisante. Dans une certaine mesure, à l'instar d'une monade, il contient et reflète le système dans son ensemble, dont il est indissociable. [...] En ce sens, tout acte juridique, résumé et indice du système, est un acte complexe », Serge SUR, « Actes, normes, droit : dix mille signes », *Droits*, vol. 11, 1990, p. 60.

<sup>255</sup> Témoigne de cette confusion, la place même que l'on accorde à la question des actes unilatéraux dans les présentations de la discipline : « Il est à la fois intéressant et significatif de constater que, dans la présentation systématique qu'ils font du droit international, les auteurs de manuels ou de cours généraux à l'Académie de droit international, par exemple, se partagent approximativement en deux catégories. Certains choisissent de présenter les actes unilatéraux [...] parmi les modes de formation, sinon toujours les sources formelles du droit international. D'autres, au contraire, font l'analyse de tels actes au titre de



dans la notion d'acte juridique international permet d'établir la pertinence de cette notion pour le droit international comme pour tout système juridique (1). L'unilatéralisme inhérent à la notion d'acte juridique donne cependant à l'acte international un caractère particulier du fait de l'horizontalité du système juridique dans lequel il se déploie (2).

### ***1. Volonté et unité de l'acte juridique international***

78. L'Antiquité gréco-romaine voit la construction de la notion d'acte juridique dans le cadre d'un système juridique originel caractérisé par une faible distinction entre sphère interne et internationale et par une proximité avec le sacré. Les réflexions menées dans ce cadre nous rappellent que l'unité de la notion d'acte juridique s'articule autour de la volonté (a). Le lien entre la théorie des sources et celle des actes<sup>256</sup> se traduit, sur le plan du droit international, par le rôle déterminant que joue l'engagement international dans l'identification de l'acte juridique international (b).

#### ***a. La volonté dans l'acte juridique et les réflexions antiques***

79. La réflexion sur la place de la volonté dans la définition et la conceptualisation de la notion de l'acte juridique trouve sa place dès l'Antiquité gréco-romaine<sup>257</sup>. Tandis que le monde grec offre les premières analyses sur la portée juridique de la volonté, Rome va

---

l'application du droit international », Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 379.

<sup>256</sup> Sur les rapports entre théorie des sources et théorie des actes, voir notamment Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2002, pp. 119-121, not. : « On doit constater [...] une absence de hiérarchie entre les normes et, partant, entre les actes juridiques en droit international. C'est du reste la raison majeure [...] pour laquelle il serait peu pertinent de s'y livrer à l'élaboration rigoureuse d'une théorie des actes juridiques analogue à celle des droit internes », p. 121.

<sup>257</sup> Il ne s'agit pas d'exagérer cette conceptualisation romaine de la notion d'acte juridique. En effet, il est généralement admis que, si le droit romain fait une large place sur le plan pratique au contrat et à l'acte juridique, cet ensemble ne représente pas pour autant un régime commun dégageant une théorie générale en raison de son absence d'esprit systémique, Voir Jean GAUDEMET et Emmanuelle CHEVREAU, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, 2011, p. 262 ; Benjamin MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ?... op. cit.*, 2016, p. 16 ou encore Georges ROUHETTE, « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents », *Droits*, vol. 7, 1988, pp. 29-35.

incarner la mise en place pratique de ces éléments. En dépit la prédominance d'un fondement jusnaturaliste dans les réflexions juridiques de l'Antiquité, le monde romain introduit progressivement dans la notion d'acte juridique une dimension volontariste forte, source de nombreuses confusions quant à la place de cette volonté, qui vont perdurer jusqu'aux analyses juridiques contemporaines. En droit international, le rapprochement de la notion d'engagement et avec celle d'acte juridique semble traduire une consécration de l'autonomie de la volonté. On retrouve les interrogations classiques sur la place de la volonté dans la définition de l'acte juridique mais de façon peut être plus prégnante en droit international en raison des particularités de cet ordre juridique<sup>258</sup>. En effet, au-delà du droit international, les différentes définitions de l'acte juridique se caractérisent par la mise en avant de la production d'effets juridiques dont le moteur reste la volonté des sujets, soit que cette volonté découle d'une règle « objective » soit qu'elle contienne sa propre capacité normative<sup>259</sup>. Propre aux réflexions modernes, l'individualisme qu'elle suppose n'est pourtant pas ignoré par la pensée antique<sup>260</sup>. Elle trouve dans le droit des contrats romains mais également dans l'action internationale des cités un terrain d'application privilégié.

---

<sup>258</sup> « Aucun autre ordre juridique que le droit international n'a oscillé d'une manière aussi prononcée entre le rationalisme et le volontarisme », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 783.

<sup>259</sup> Jean COMBACAU, « Ouverture », *Droits*, vol. 7, 1988, pp. 3-5 : « Cette volonté, le rôle qu'elle joue dans la définition de l'acte juridique et la façon dont elle se combine avec les mécanismes du droit objectif [...] sont au centre de la question continuellement ouverte de la définition de l'acte et de ce qui le distingue du fait juridique. [...] La frontière [...] témoigne d'une vision contrastée des voies par lesquelles seraient produits les éléments constitutifs d'un système juridique [...] : ou bien par le jeu d'une règle qui attribue de telles conséquences à un fait [...] ou bien par une sorte de productivité juridique spontanée du sujet ». On reconnaît, dans cette seconde possibilité, l'orientation subjectiviste, longtemps dominante en droit international en raison de la souveraineté de ses sujets principaux, les Etats et qui tend à consacrer une autonomie de la volonté quasi-absolue.

<sup>260</sup> Comme on l'a vu, la question de la reconnaissance par le droit romain de la notion d'acte juridique reste en débat. En effet, sa conceptualisation ne semble pas une priorité des jurisconsultes romains, plus attachés à un effort de classification qui s'oppose dans une certaine mesure à l'uniformité vers laquelle tend la notion dès lors que la volonté joue un rôle central dans sa définition : « Une catégorie aussi compréhensive que celle du contrat, même, n'est qu'exceptionnellement formulée par les jurisconsultes latins, qui hésitaient à regrouper sous un même mot, à ériger en un concept unique, les rapports d'affaire – les *negotia* – que la langue du droit et que le système des actions eurent toujours tendance à compartimenter, à distinguer, à enclore dans leurs contours propres. [...] La méthode des anciens était plutôt d'en discerner analytiquement les « figures » (*figura, forma*). Ils étaient beaucoup moins soucieux que les modernes d'en rapporter tous les traits à l'action d'un principe unique, comme la volonté. [...] C'est moins l'agir, la *Willenserklärung* (manifestation de la volonté), qui importent, que la réalité de ce qui a été accompli », Yan THOMAS, « Une invention de la romanistique allemande : l'acte de transfert abstrait », *Droits*, n° 7, 1988, pp. 37-38.

80. On peut également voir dans le droit romain une préfiguration de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, témoignant de la conscience romaine de celle-ci comme modalité de création de droits et d'obligations juridiques pour les sujets de droit<sup>261</sup>. Les approches sociologiques du contrat en droit civil mettent ainsi l'accent sur la parenté entre l'autonomie de la volonté et le serment tel qu'il s'observe dans les mondes grec et romain<sup>262</sup>. Ces analyses font notamment ressortir la proximité que l'on peut observer dans la promesse garantie par la religion avec le fondement de la puissance contractuelle<sup>263</sup>. Surtout, ces réflexions antiques permettent de consacrer l'autonomie de la volonté qui ne conduit pas à une liberté contractuelle que seule la loi pourrait limiter. Sur le plan international, cela reviendrait à considérer que la volonté de l'Etat est absolue. La progressive sécularisation du serment se traduit par une consécration de l'autonomie de la volonté ayant pour conséquence, sur le plan interne, le développement d'un droit des contrats marqué par le consensualisme et la liberté contractuelle et, sur le plan international, l'apparition de la notion d'engagement international. Tout comme la liberté contractuelle, l'engagement international n'est pas absolu mais autonome. Le sujet de droit reste le seul juge de l'opportunité de son engagement, mais la portée de celui-ci peut être limitée en raison de ses précédents engagements. Ainsi, alors que la vision civiliste contemporaine tend à faire du juste et de l'utile les deux fondements du contrat<sup>264</sup> opposant respectivement défenseurs de la justice contractuelle et défenseurs de la liberté contractuelle<sup>265</sup>, on observe, dans les réflexions antiques, d'Aristote à Saint-Augustin, une tentative de dépassement de ce conflit qui a eu une large influence sur le

---

<sup>261</sup> « [L'autonomie de la volonté] a prolongé des courants antérieurs : 1° le *droit romain*, dans son effort (où la pensée stoïcienne a dû jouer un rôle) pour se dégager du formalisme et exalter la *voluntas* », Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 2 : Les biens, les obligations*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p. 60. Sur l'autonomie de la volonté dans le monde grec, voir notamment Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce. 1. D'Homère à Héraclite... op. cit.*, 2004, pp. 115-121.

<sup>262</sup> Voir par exemple Gustave DAVY, *La foi jurée, étude sociologique du problème de contrat*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1922, 379 p. ; Pierre NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil*, Paris, Sirey, 1949, 310 p. ou encore Louis GERNET, *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, François Maspéro, 1968, 455 p.

<sup>263</sup> André MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, Thèse de l'Université de Paris, 1943, pp. 101-146.

<sup>264</sup> Voir Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *APD*, 1981, pp. 35-45

<sup>265</sup> « Apparaît ici la véritable ligne de fracture du droit des contrats. Elle n'a jamais séparé les partisans de l'autonomie de la volonté aux tenants de son hétéronomie (la première n'ayant jamais été sérieusement défendue), mais, plus simplement, les partisans d'une plus grande liberté contractuelle et les tenants d'une limitation accrue des volontés individuelles au nom de l'intérêt général ou de la justice contractuelle. Le conflit est donc double : liberté contractuelle versus intérêt général, d'une part ; liberté contractuelle contre justice contractuelle, d'autre part », François CHENEDE, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *Droit et Philosophie*, vol. 4, 2012, p. 169.

droit romain des contrats. Dans l'*Éthique à Nicomaque*, Aristote estime que la finalité des conventions volontaires est la justice contractuelle et que cette finalité ne peut être assurée que par les parties à la convention elles-mêmes. Loin de s'opposer, la liberté contractuelle est la garantie de la justice contractuelle<sup>266</sup>.

81. Les analyses modernes sur la place de la volonté dans l'acte juridique vont, dans un premier temps, s'éloigner de ces réflexions pour consacrer l'autonomie de la volonté dans le cadre du droit civil. Celle-ci est considérée comme le moteur commun de l'acte juridique, conception qui se fonde sur un certain a priori théorique<sup>267</sup>. En effet, « elle peut être perçue comme une théorie purement descriptive ayant pour seule ambition de rendre compte, le plus exactement possible, de la réalité observée. Mais elle peut également être comprise comme une théorie prescriptive visant, cette fois-ci, à promouvoir un certain droit des contrats, à militer pour certaines règles contractuelles »<sup>268</sup>. Par ailleurs, on considère classiquement que les juristes s'en saisissent au XIX<sup>ème</sup> siècle dans le cadre de l'exaltation d'un libéralisme d'inspiration kantienne<sup>269</sup>. C'est que le premier travail doctrinal d'importance consacré à la notion sur le plan du droit privé est une œuvre de critique de l'autonomie de la volonté en ce qu'elle est une « doctrine individualiste classique des libertés individuelles »<sup>270</sup>. Cette vision classique de l'origine et de l'apparition de ce concept relève plutôt d'une instrumentalisation de l'autonomie de la volonté dans le cadre d'une théorie prescriptive, ou de sa dénonciation.

---

<sup>266</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, 1132 et 12 : « On voit donc qu'il n'est pas possible de subir volontairement l'injustice ».

<sup>267</sup> On retrouve ici une certaine philosophie juridique « suivant laquelle la volonté humaine est à elle-même sa propre loi, se crée sa propre obligation : si l'homme est obligé par un contrat, c'est parce qu'il l'a voulu ; le contrat est le principe de la vie juridique ; la volonté individuelle, le principe du contrat », Jean CARBONNIER, *Droit civil, Volume 2... op. cit.*, 2004, p. 53. Également : « Parmi les trois éléments analytique de la définition [de l'acte juridique], c'est sans conteste celui de la volonté qui est premier et constitutif. C'est lui, en effet, qui joue le rôle de la condition *sine qua non* de la réalisation de l'acte juridique, sa différence spécifique par rapport à la catégorie la plus proche et la plus opposée – le fait juridique [...]. C'est précisément le choix du *principe* de définition qui trahit et dévoile les présupposés philosophiques partagés par la doctrine traditionnelle, et dominante encore aujourd'hui, en la matière », Christophe GRZEGORCZYK, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits*, n° 7, 1988, p. 48.

<sup>268</sup> François CHENEDE, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative... *op. cit.*, 2012, p. 155.

<sup>269</sup> Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, 165 p.

<sup>270</sup> Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912, pp. 24-26.

En droit civil, elle a conduit, à tort, à faire l'histoire de son déclin continu<sup>271</sup>. A tort, d'une part, parce que sa consécration en droit positif a toujours paru limitée<sup>272</sup> et d'autre part parce que sa parenté avec la philosophie kantienne et le libéralisme moderne apparaît largement contestable<sup>273</sup>, ce qui contribue à revaloriser une origine plus lointaine de la notion. Largement erroné sur le plan positif, cette présentation n'en pas moins amené la doctrine civiliste à consacrer une large attention à l'autonomie de la volonté qui constitue le point de départ de toute théorie du contrat<sup>274</sup>. Toutefois, devant l'impossibilité de saisir par l'autonomie de la volonté l'ensemble du phénomène contractuel, son importance fut progressivement nuancée au profit d'une théorie mixte associant les volontés individuelles, initiatrices des droits et obligations contractuelles et la loi ou l'ordre social comme garant, en aval, de l'exécution de ces volontés individuelles<sup>275</sup>. La conciliation des volontés individuelles et de la loi pour expliquer le phénomène du contrat a conduit à s'interroger sur le lien entre ces deux éléments à travers la question de son fondement, rejoignant les réflexions des internationalistes sur le fondement de la règle *pacta sunt servanda*<sup>276</sup>.

**82.** Au vu de cette présentation, le système juridique international, en l'absence de l'encadrement des volontés individuelles par la loi, pourrait apparaître comme le lieu d'un véritable épanouissement de l'idée d'autonomie de la volonté. Elle commanderait

---

<sup>271</sup> « L'autonomie de la volonté, après avoir régné en maître au XIXe siècle, au moins dans le domaine du contrat, aurait reculé sous les coups des critiques doctrinales qui lui ont été adressées au début du XXe siècle et de la montée de l'impératif qui a caractérisé la période de l'entre-deux-guerres et engendré ce qu'il est convenu d'appeler la « crise du contrat » », Yves LEQUETTE, « Libre propos », *Droit et philosophie*, vol. 4, 2012, p. 151.

<sup>272</sup> *Ibid.*, pp. 152-153.

<sup>273</sup> Voir notamment, Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté... op. cit.*, 1980, p. 53 et Michel VILLEY, « Kant dans l'histoire du Droit », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* (1962), Paris, Dalloz, 2002, p. 266.

<sup>274</sup> L'étude des principaux manuels de droit civil témoigne, encore aujourd'hui de ce prisme, voir par exemple Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations 1. L'acte juridique*, 15<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 2012, pp. 82-83 ; François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 29 ou encore Jean CARBONNIER, *Droit civil, Volume 2... op. cit.*, 2004, p. 18-19.

<sup>275</sup> François CHENEDE, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative... op. cit. », 2012, pp. 165-167 ; Voir également Benjamin MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique... op. cit.*, 2016, 632 p.

<sup>276</sup> Voir François CHENEDE, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative... op. cit. », 2012, p. 167 : « La question est simple à formuler, plus délicate à résoudre : pourquoi la loi impose-t-elle le respect des engagements contractuels ? Ou encore, [...] : pourquoi la norme légale rend-elle obligatoire la norme contractuelle ? Pourquoi la société impose-t-elle le respect des volontés individuelles ? ».

ainsi toute la théorie de l'acte juridique international, marquée par un volontarisme quasi-absolu de ses sujets découlant de leur caractère souverain<sup>277</sup>. Ce primat de l'autonomie de la volonté dans la définition de l'acte juridique international conduit à consacrer une unité conceptuelle de l'acte en droit international : « si le traité est un acte, et que là s'arrête sa définition, parce que la volonté des Etats est omnipotente, on doit constater que rien ne vient distinguer l'acte conventionnel de l'acte unilatéral ou de la coutume. Tout se réduit à une source de droit, c'est-à-dire à un accord ou, même, à un engagement »<sup>278</sup>. Ainsi, les différents modes de production du droit international, conventionnels, coutumiers ou unilatéraux se réduisent tous à un acte juridique caractérisé par l'autonomie de la volonté des sujets à l'origine de ces actes<sup>279</sup>. Cette influence semble particulièrement forte dans le droit des traités comme le montre, de façon quelque peu paradoxale, la Convention de Vienne de 1969. En effet, alors que la consécration par le droit international classique de l'autonomie de la volonté tend à faire du traité l'instrument central de cet ordre juridique, le souci de sécurité juridique conduit à élaborer un formalisme, particulièrement marqué lors de la phase de conclusion mais dont le respect apparaît finalement secondaire<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> « Tandis que le droit interne a largement abandonné le mythe de l'autonomie de la volonté, le droit international semble le consacrer et la doctrine parfois le revendiquer. La définition de l'acte en témoigne, il devient toute manifestation de volonté des sujets de droit destinée à produire des effets de droit », Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, pp. 8-9. Voir également la définition de l'acte juridique international proposé par M. Jacqué : « L'acte juridique apparaît bien comme une manifestation de volonté prise en considération par une norme de droit international imputable à un ou plusieurs sujets de droit ayant pour objet la production d'effets de droit, pouvant être, mais pas nécessairement, la création d'une norme », Jean-Paul JACQUE, « Acte et norme en droit international public... op. cit. », 1991, p. 384.

<sup>278</sup> Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, p. 10. Au-delà du droit international, on constate combien le primat de l'autonomie de la volonté conduit à une uniformité de la notion d'acte juridique rendant illusoire toute classification, voir Jean-Jacques BIENVENU, « Actes juridiques et classification », *Droits*, vol. 7, 1988, pp. 21-27. L'auteur constate alors que cela déplace l'analyse juridique vers le contenu de la volonté et réduit l'effort de classification « à la simple exégèse des catégories du droit positif », p. 26.

<sup>279</sup> Cette unité conceptuelle de l'acte ne semble en fait guère problématique dès lors que l'on considère que l'engagement international, acte juridique international, est également le fondement du droit international. Elle apparaît alors logique dans la mesure où « la démultiplication des engagements des sujets de droit international et de leurs conséquences constitue ainsi la substance de ce droit », Serge SUR, « La créativité du droit international... op. cit. », 2012, p. 87. Par ailleurs, elle explique l'impossibilité de la construction d'une théorie générale de l'acte en droit international, voir *Infra*, 1<sup>ère</sup> partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, 1. a.

<sup>280</sup> Voir *Infra* 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, 2. a. Le rapprochement entre les articles 7 à 24 de la Convention de Vienne et l'arrêt *Plateau continental de la Mer Egée* (CIJ, arrêt du 19 décembre 1978 (Grèce c. Turquie), § 95-107) est tout à fait révélateur de cette apparente contradiction. Voir également en ce



### ***b. L'engagement international, critère de l'unité du negotium***

83. L'engagement apparaît donc comme l'acte juridique par excellence du droit international<sup>281</sup>. Cependant, ce rapprochement entre engagement et acte juridique international conduit à nuancer l'importance de l'autonomie de la volonté dont le caractère en grande partie fictionnel ne rend pas compte de la réalité du droit international et reflète une unité conceptuelle trompeuse de la notion d'acte juridique international. L'engagement international est alors le critère d'identification de l'acte juridique international, entendu comme *negotium*, dans une dimension matérielle d'extériorisation de la volonté bien plus que dans son aspect formel.

84. La conceptualisation de l'engagement international dans la pensée gréco-romaine démontre qu'il ne s'agissait pas de consacrer la toute-puissance de la volonté des sujets de droit mais de proposer un mécanisme permettant à la conciliation des expressions unilatérales des différents sujets<sup>282</sup>. Plus particulièrement, l'étude du droit romain

---

sens Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... *op. cit.*, 1983, pp. 187-189. Egalement, « le caractère, juridique ou purement politique, d'un engagement figurant dans un texte international de nature incertaine dépend de l'intention des parties telle qu'elle peut être établie par les règles habituelles en matière d'interprétation et notamment par l'examen des termes employés pour exprimer cette intention, des circonstances dans lesquelles le texte a été adopté et du comportement des parties », *Résolution de l'I.D.I.* sur les « Textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus », Session de Cambridge, 1983, par. 8.

<sup>281</sup> On peut ainsi constater la proximité de la définition de l'acte juridique avec celle de l'engagement en droit international. Reprenant la distinction entre *negotium* et *instrumentum* pour définir « l'acte juridique matériel » et « l'acte juridique formel », le dictionnaire Salmon définit l'acte juridique comme une « manifestation de volonté ayant pour but de produire un effet juridique » tandis que l'engagement est défini comme une « manifestation de volonté par laquelle un sujet de droit assume une obligation, se lie par une promesse de faire ou de ne pas faire quelque chose », définition dans laquelle se retrouve à nouveau la distinction entre le *negotium* (« accord résultant de cette action [d'engagement] ») et l'*instrumentum* (« acte dans lequel cette obligation est souscrite »), Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public...* *op. cit.*, 2001, pp. 24-33 et pp. 426-427. Au-delà du droit international, « les définitions les plus classiques de l'acte juridique articulent au sein de ce concept trois éléments : une manifestation de volonté, son effet dans l'ordonnement juridique, et un lien entre les deux, qui peut être objectif (imposé par la loi) ou subjectif (créé par le pouvoir propre du sujet) », Christophe GRZEGORCZYK, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit... *op. cit.*, 1988, p. 47.

<sup>282</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Chapitre 1, Section 2, 2. Cela rejoint l'observation suivante : « la manifestation de la volonté est essentielle dans la théorie de l'acte juridique, non pas en ce qu'elle est l'*extériorisation* d'une insaisissable volonté psychique, mais en ce qu'elle est érigée en *moyen de communiquer* la volonté de

souligne la nécessité de concevoir le consentement comme déclinaison de l'engagement à l'égard d'un acte juridique. Alors que le consentement se présente généralement d'un point de vue consensuel, la construction historique de la notion fait ressortir sa dimension unilatérale<sup>283</sup>. L'existence du consentement se détermine ainsi plus de la manifestation de la volonté que de la rencontre de volontés concordantes<sup>284</sup>. L'autonomie de la volonté apparaît alors comme un outil d'analyse limité. Elle repose sur une fiction éloignée de la réalité de l'expression des sujets internationaux et a largement contribué à la mise en avant d'une doctrine volontariste en droit international qui ne permet pas de distinguer la variété des comportements des Etats<sup>285</sup>. Ce volontarisme du droit international contemporain doit être nuancé dans ses fondements même. Les arrêts fondateurs de la Cour Permanente de Justice Internationale dans les affaires du *Vapeur Wimbledon* puis du *Lotus* ne consacrent pas tant une liberté absolue d'action des Etats dans le fonctionnement du droit international que la manifestation de leur volonté comme base de la création des règles de droit international<sup>286</sup>. Le développement de la

---

produire tel effet et qu'elle est comprise en tant que telle par les tiers », Alexis MARIE, *Le silence de l'Etat comme manifestation de sa volonté... op. cit.*, 2013, p. 26.

<sup>283</sup> Sur évolution historique de la notion de consentement, voir Vincent FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat... op. cit.*, 2007, pp. 307-309.

<sup>284</sup> « L'essence de la volonté importe, d'ailleurs moins au droit que son extériorisation. C'est que les phénomènes psychiques ne sont pas perceptibles directement et ne peuvent être déduits avec quelque certitude que du comportement extérieur de l'homme. Aussi est-ce la manifestation de la volonté du contractant plus que sa volonté elle-même, qui est l'élément primaire du contrat », Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 2... op. cit.*, 2004, p. 1974.

<sup>285</sup> « Il n'en demeure pas moins qu'il faut limiter la pertinence du volontarisme en droit positif. [...] peut-on véritablement parler de la volonté des Etats ? Il y a là une sorte d'anthropomorphisme qui suppose que l'on traite l'Etat comme un être animé [...]. Or, on l'a dit, il s'agit d'une personne morale, d'un être collectif, constitué par des institutions et des bureaucraties, et le processus de décision en son sein n'est que rarement dominé par des volontés subjectives et individuelles. La volonté est donc une fiction juridique », Serge SUR, « La créativité du droit international... op. cit. », 2012, p. 81. Voir également, sur les limites de la notion de « volonté de l'Etat », Maurice KAMTO, « La volonté de l'Etat en droit international », *RCADI*, vol. 310, 2004, pp. 28-32.

<sup>286</sup> Voir à propos de l'Affaire du *Lotus* : « La Cour n'avait-elle pas souligné alors que la conclusion d'accords internationaux, bien loin de porter atteinte à la souveraineté d'un Etat constituait au contraire l'expression de cette dernière ? N'était-ce pas dire là que l'idée d'une souveraineté « absolue » était tout simplement incompatible avec la notion même de droit international, un Etat ne pouvant prétendre à la fois être soumis à ce dernier et lui être supérieur ? C'est évidemment la même conception de la souveraineté qui se dégage de l'arrêt de 1927, comme l'indique très clairement l'évocation par la Cour des limitations à la souveraineté des Etats résultants de leurs engagements internationaux », Pierre KLEIN, « *Lotus* : fané » in Hervé ASCENSIO, Pierre BODEAU-LIVINEC, Mathias FORTEAU, Franck LATTY, Jean-Marc SOREL et Muriel UBEDA-SAILLARD (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 375. Cette conception reste largement en vigueur aujourd'hui malgré quelques



notion d'engagement international permet de dépasser cette limite en s'attachant aux différentes manifestations de cette volonté<sup>287</sup>. En se détachant de l'impossible recherche de la volonté réelle des personnes morales, la notion d'engagement met l'accent sur l'interaction des volontés des différents sujets<sup>288</sup>. En faisant l'objet d'une progressive sécularisation cette interaction des volontés se voit saisie par le droit. Initialement placée sous les auspices de la *Fides*, le serment-engagement est encadré par un principe de bonne foi qui témoigne de l'intérêt du droit pour les interactions entre les manifestations de volontés plus que pour leur seule manifestation<sup>289</sup>.

85. L'uniformité de l'acte juridique international s'incarne dans l'engagement international qu'il contient, distinct du simple consentement<sup>290</sup>. Il n'y a pas de volonté absolue mais au contraire une volonté conforme au droit. C'est plus sa manifestation que sa simple existence qui importe puisque cette manifestation se doit d'être conforme au système juridique auquel elle se rattache<sup>291</sup>. L'accent mis sur la manifestation de la volonté plus que sur la volonté elle-même est d'autant plus nécessaire qu'elle facilite la distinction entre les engagements juridiques et les engagements simplement politiques ou

---

évolutions. En effet, si la production des règles de droit international a connu quelques évolutions, « à l'égard de nombreuses problématiques internationales fondamentales, la prégnance de la souveraineté des Etats – et le poids accordé à l'expression de leur volonté, qui en découle – demeurent incontestables », *Ibid.*, p. 378.

<sup>287</sup> Voir par exemple « Le mot « engagement » peut désigner un acte, c'est-à-dire *la forme* sous laquelle se matérialise, le cas échéant, la volonté des parties [...] De ce point de vue, le cas du traité est assez simple à comprendre : accord écrit, il est un acte conclu entre deux ou plusieurs sujets de droit international [...]. L'engagement international peut aussi résulter d'une règle non écrite », Denis ALLAND, *Manuel de droit international public... op. cit.*, 2015, p. 107.

<sup>288</sup> Alfred RIEG, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIXème siècle », *APD*, 1957, p. 125-133.

<sup>289</sup> « [A]ll the other contracts [...] were what were called *bonae fidei* contracts or in other words their legal enforcement was permitted only subject to all proper considerations of justice and equity as between the parties », Augustus H. F. LEFROY, « Rome and Law », *Harvard Law Review*, vol. 20, 1907/8, p. 613.

<sup>290</sup> Voir Cyril GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherche sur les sources de l'obligation*, Paris, Deffrénois, 2007, pp. 22-23.

<sup>291</sup> Le rapport entre manifestation et volonté dans la définition de l'acte juridique renvoie avant tout au rapport entre dimension objective et subjective de l'acte juridique. Comme le rappelle A. Marie : « si les définitions données de l'acte juridique varient peu et que chacun s'accorde sur le fait qu'il est un comportement manifestant la volonté de produire un effet légal, certains retiennent une conception subjective ou réaliste de la volonté et d'autres une conception « objective ». Pour les premiers, l'accent est porté sur la volonté réelle de l'auteur de l'acte. Pour les seconds, au contraire, la volonté qui importe n'est pas la volonté psychique de celui à qui le comportement est imputable mais celle qui est reconstruite par le droit », Alexis MARIE, *Le silence de l'Etat comme manifestation de sa volonté... op. cit.*, 2013, p. 24.

moraux<sup>292</sup>. Là où il pourrait y avoir une confusion entre volonté politique et volonté juridique de l'Etat, la prise en compte de la manifestation de la volonté doit permettre d'établir une telle distinction. Ainsi, c'est en s'attachant à la manifestation de la volonté que l'on déterminera si l'engagement de l'Etat est un engagement juridique ou non. Il impose à la notion d'acte international une unité, certes regrettable du point de vue classificatoire mais inhérente à la nature même du droit international. Alors que la typologie interne de la théorie des actes se fonde avant sur une différenciation selon l'auteur de l'acte et qui amène à son tour, une portée différente de ces actes, le droit international ignore un tel mécanisme. Si l'ensemble des actes juridiques internationaux n'ont pas une origine étatique, ils peuvent tous se ramener à un engagement étatique originel. Ainsi, l'engagement apparaît, y compris pour la doctrine non volontariste, comme le critère de distinction de l'acte juridique international<sup>293</sup>.

**86.** L'engagement juridique se caractérise par son caractère auto-imposée et licite<sup>294</sup>. Ces traits expliquent l'importance de l'engagement dans le système décentralisé qu'est le droit international, dans lequel les engagements ne peuvent par nature qu'être auto-imposés. Cela ne conduit pas pour autant à consacrer le caractère absolu de la volonté car l'engagement international, comme tout engagement juridique, se caractérise également par sa licéité. Ce deuxième trait rejoint l'importance de la manifestation de la volonté comme critère d'identification de l'acte juridique. En effet, pour être reconnu comme acte juridique, la volonté doit être manifestée d'une façon que le système juridique auquel cet acte se rattache considère comme licite. Cette manifestation qui importe plus que la volonté en elle-même, car c'est de cette manifestation que découlera la reconnaissance par le système juridique du caractère juridique de l'engagement<sup>295</sup>. Ce deuxième élément a longtemps contribué à faire du droit international le système juridique consacrant un caractère absolu de la volonté. En raison de son caractère décentralisé, se pose la question de la soumission de cette volonté à des conditions

---

<sup>292</sup> Voir Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, pp. 230-244.

<sup>293</sup> Voir par exemple Maurice KAMTO, « La volonté de l'Etat... *op. cit.*, 2004, pp. 54-60, notamment p. 54 : « En droit, la volonté se manifeste dans l'acte juridique. Celui-ci est révélateur d'une volonté destinée à générer des effets juridiques. L'acte juridique est en effet un moyen de création de la norme, l'opération qui aboutit à cette création, la manifestation de volonté qui donne naissance à la règle de droit ».

<sup>294</sup> Voir Liliana TODOROVA, *L'engagement en droit. L'individuation et le Code Civil au XXI<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Publibook, 2007, pp. 29-32.

<sup>295</sup> *Ibid.* pp. 39-43 et pp. 61-65.

préalablement déterminées par le système juridique. La notion d'engagement international apparaît alors comme particulièrement pertinente. En étant le fondement du droit international, ce même engagement définit préalablement la reconnaissance par l'auteur de l'acte des conditions auxquels devront se soumettre les manifestations de volonté. L'engagement international comme acte juridique contient en fait en lui-même le rappel de l'engagement international comme fondement du droit international.

87. Dans l'Antiquité gréco-romaine, l'engagement international, par la double fonction de garantie et de protection qu'implique le ritualisme religieux du serment, est considéré comme protégé par les lois de la cité et garantie à l'égard du ou des co-contractants. Cette parenté ancienne explique cette qualité de l'engagement international d'être à l'origine de toute règle internationale en réconciliant l'unilatéral et le concerté<sup>296</sup>. En s'engageant conformément à ses propres lois, la cité est engagée à l'égard de ses partenaires. L'engagement international se présente alors comme une interface entre le système juridique interne et le système juridique international<sup>297</sup>. D'un côté, le processus de l'engagement traduit une volonté unilatérale et s'incarne dans un formalisme à visée avant tout interne que l'on retrouve dans la finalité de protection du ritualisme religieux. De l'autre, le résultat de ce processus, en mettant en avant une finalité de garantie, se présente comme une offre de concertation pour les autres entités qui adapteront leur conduite en fonction de celui-ci. Cette parenté entre serment et engagement international se traduit également dans leur fondement respectif, la déesse *Fides* et le principe de bonne foi<sup>298</sup>. Cette conciliation d'un processus et de son résultat conduit

---

<sup>296</sup> « Le critère de l'existence d'une norme de droit international réside en dernière analyse dans l'engagement des Etats à son sujet [...]. C'est en vertu et dans la mesure de son engagement qu'un Etat est lié par le droit international. *A priori* toutefois, le recours à cette notion ne surmonte pas la dialectique entre l'unilatéral et le concerté. Elle l'intériorise plutôt », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 47.

<sup>297</sup> « L'Etat s'engage à son propre égard comme à l'égard d'autres sujets de droit international. L'engagement international comporte ainsi une double dimension interne et internationale, de même que dans chacune d'elles il comprend un aspect actif et un aspect passif », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 86.

<sup>298</sup> « Les origines historiques [du principe *Pacta sunt servanda de bona fide*] lient la bonne foi à une conception du serment qui n'est pas seulement un rite, mais une extériorisation de l'honneur des sujets de droit — la foi jurée, qui a certains égards à une dimension sacrée », *Ibid.*, p. 80.

également à une confusion entre l'engagement et le contenu de l'engagement<sup>299</sup>. Il n'en reste pas moins que dans une conception strictement juridique, l'engagement est avant tout un acte juridique indifférent à son contenu, il « est une emprise de l'individu sur son avenir réalisée par une promesse saisie par le droit. Ainsi ce n'est qu'un moyen de parvenir à une fin, à la réalisation d'une prestation dans le futur [...]. C'est un pont jeté entre deux rives, reliant le présent à l'avenir »<sup>300</sup>. Dès lors, seul l'engagement, en tant que critère de l'acte juridique, peut produire des règles de droit international<sup>301</sup>. Tant le monde grec que le droit romain n'ignorent pas le lien essentiel qui existe entre l'engagement et l'obligation juridique, que ce soit sur le plan interne ou international. Ainsi, Aristote considère que l'engagement est l'une des modalités des *sunallavgmata* qui s'apparentent à une des premières formes de la convention juridique au sens d'un acte créant un lien juridique s'incarnant dans l'obligation<sup>302</sup>. Ce lien va s'affirmer dans le cadre du droit romain. Dès les premiers temps de Rome, on imagine la valeur créatrice de droit que prennent certains actes dans le cadre des rapports entre personnes privées. L'apparition du concept juridique du contrat, entre le II<sup>ème</sup> siècle av. J-C et le I<sup>er</sup> siècle ap. J-C, va mettre en avant cette notion d'engagement, l'addition de deux engagements permettant la formation du contrat, acte juridique fondant l'obligation en droit civil. Parallèlement, se développe la notion, plus large, d'obligation qui insiste également sur

---

<sup>299</sup> « Le mot « engagement » peut désigner un acte, c'est-à-dire la *forme* sous laquelle se matérialise, le cas échéant, la volonté des parties, tout comme il peut désigner des règles substantielles », Denis ALLAND, *Manuel de droit international public... op. cit.*, 2015, p. 107.

<sup>300</sup> Cyril GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé... op. cit.*, 2007, p. 25.

<sup>301</sup> Cela revient à considérer que ne peuvent être qualifiés d'engagements, au sens de critère de distinction des actes juridiques, que les seuls engagements juridiques. Ainsi la question de la distinction entre acte juridique et acte non juridique en droit international perd de son importance. Les éventuels engagements non juridique sont des faits sans effet sur le plan du droit international et ne peuvent être qualifiés d'acte. Sur les difficultés, voire l'impasse, à distinguer acte juridique et acte non juridique, voir Paul REUTER, « Le traité international, acte et norme... op. cit. », 1987, p. 111-112 : « il est bien connu que beaucoup de traités présentent un caractère essentiellement politique, marqué par le caractère de leur objet, mais surtout par la portée très générale et vague des formules qu'ils emploient. On a essayé par diverses formules théoriques de rendre compte de cette situation mais avec la pensée de dénier aux engagements qu'ils contiennent tout caractère juridique. S'il en était ainsi, il y aurait là un "acte juridique" qui n'engendrerait "aucune norme", à moins de dire que "l'acte" en cause n'est plus un "acte juridique" ».

<sup>302</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, 1131 a : « les transactions privées, en effet, sont les unes volontaires et les autres involontaires : sont volontaires les actes tels qu'une vente, un achat, un prêt de consommation, une caution, un prêt à usage, un dépôt, une location (ces actes sont dits volontaires parce que le fait qui est à l'origine de ces transactions est volontaire ». Voir également Jean GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de « l'obligation » dans le droit de la Rome antique », *APD*, vol. 44, 2000, pp. 21-22.

sa parenté avec l'engagement<sup>303</sup>. Sur le plan international, l'engagement, en l'absence d'une intégration à un ordre juridique hiérarchisé, va conserver un caractère « primitif », une parenté avec le serment. Pourtant l'importance de la notion d'engagement en droit international n'a pas conduit au développement d'une théorie de l'engagement à l'image de ce que l'on peut trouver en droit civil<sup>304</sup>. En effet, son origine dans le serment antique conduit l'engagement international à conserver certains traits le rendant rétif à tout encadrement juridique poussé. Plus encore, la souveraineté vient consacrer l'engagement international des Etats comme mode de formation unique du droit international et en protéger la liberté tant sur le plan formel que sur le plan matériel, comme le résume l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale dans l'*Affaire du vapeur Wimbledon* : la faculté de contracter des engagements internationaux ne constitue pas un abandon de souveraineté mais au contraire la manifestation de cette souveraineté<sup>305</sup>. En présence d'un système juridique marqué par son horizontalité, les obligations juridiques pesant sur les sujets ne peuvent avoir pour origine que cette même volonté des sujets manifestée dans un acte d'engagement.

**88.** Il s'agit donc de considérer l'acte juridique en premier lieu en tant que *negotium*. L'apport premier des réflexions antiques sur ce point est alors d'attirer l'attention sur une confusion possible. La distinction entre *negotium* et *instrumentum* ne fait pas tant référence à une dualité de la notion d'acte juridique qu'à une confusion de deux notions, celle d'*instrumentum* et celle de *negotium* derrière le même mot<sup>306</sup>. En effet, l'acte juridique

---

<sup>303</sup> *Ibid.*, pp. 24-27. On observe par ailleurs que l'analyse classique du droit romain considère l'obligation comme étant constituée de deux composantes, le devoir et l'engagement ou *obligatio*, voir notamment François TERRE, « Présentation », *APD*, vol. 44, 2000, p. 9

<sup>304</sup> Voir notamment Nathalie CLARENC, *La suspension des engagements internationaux*, Thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, soutenue le 1<sup>er</sup> décembre 2015, p. 131 et suiv. La possibilité d'une théorie de l'engagement aussi développée qu'elle peut l'être en droit civil peut apparaître toutefois secondaire pour le droit international. Dès lors qu'on y voit le fondement du droit international, il paraît illusoire d'enserrer celui-ci dans un cadre juridique abouti, étant lui-même à l'origine de ce cadre.

<sup>305</sup> « La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat », CPJI, arrêt du 17 août 1923, *Affaire du Vapeur « Wimbledon »*, Série A, n° 1, p. 25.

<sup>306</sup> Voir Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique... op. cit.*, 2014 : *Instrumentum* « terme latin signifiant « document », « pièce », utilisé pour désigner dans un acte juridique l'écrit qui le constate », p. 559 et *Negotium* « terme latin signifiant « occupation », « affaire », utilisé pour désigner, dans l'acte juridique, l'opération en laquelle il consiste », p. 683.

est en premier lieu un *negotium* en ce qu'il est une manifestation de volonté. L'*instrumentum* n'est qu'une conséquence, avant tout formelle et à visée probatoire, de ce *negotium*<sup>307</sup>. La notion est ainsi directement liée à celle des sources du droit et expliquer ce rapport entre théorie des sources et théories des actes. L'unité de la notion d'acte international est en fait l'unité du *negotium* mais sans préjuger de la diversité de l'*instrumentum*. Cela conduit à accorder une priorité toute particulière à l'acte unilatéral en droit international dont les différentes déclinaisons ne manquent pas de susciter l'intérêt de la doctrine sans pour autant permettre l'élaboration en droit positif d'une classification et d'un régime précis<sup>308</sup>.

## ***2. L'unilatéralisme de l'acte juridique international***

89. L'unilatéralisme du droit international est tout autant reconnu, et souvent dénoncé, que mal compris. Structurant ce système juridique, il découle directement des traits constitutifs de celui-ci comme le révèlent les études consacrées à la notion de fondement et d'acte juridique international. Ce dernier est unilatéral par nature<sup>309</sup>. De cet unilatéralisme découle une première difficulté dans l'élaboration d'une théorie de l'acte en droit international. Les actes juridiques internationaux sont en effet tous caractérisés par leur unilatéralité, celle-ci ne pouvant ainsi servir d'élément de classification des actes. Cela explique notamment les difficultés qu'a éprouvées la Commission du droit international à déterminer l'autonomie de l'acte unilatéral étatique à l'égard des autres modes de formations du droit international, difficulté insurmontable dans la mesure où l'ensemble des actes juridiques internationaux sont des actes unilatéraux. Dit autrement,

---

<sup>307</sup> Voir par exemple Jean HAUSER, « Acte » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique...* *op. cit.*, 2003, p. 7 : « Il est classique de souligner [...] que le mot recouvre à la fois le contenu de l'action – que les juristes appellent en général le *negotium* – et le résultat formel auquel peut donner lieu cette action, et que les juristes appellent alors l'*instrumentum*. C'est sous le cf. *Preuve* que cet aspect formel sera traité ».

<sup>308</sup> Voir par exemple Christian ECKART, *Promises of States under International Law*, Oxford (G-B) / Portland (É-U), Hart Publishing, 2012, 335 p. et spec. pp. 60-62. Cet ouvrage témoigne tout à fait de l'impossible consécration d'une classification rigoureuse des différents actes unilatéraux tout comme l'avait préalablement démontré les travaux de la Commission du droit international en la matière.

<sup>309</sup> Voir par exemple la définition suivante de l'acte juridique : « On appellera acte juridique le comportement formalisé ou qualifié d'une personne juridique, élément constitutif d'un ensemble organisé et revêtu par lui d'une autorité déterminée. [...] il doit être rapporté à une personne juridique et à une seule », Serge SUR, « Actes, normes, droit : dix mille signes... » *op. cit.*, 1990, p. 60

le système juridique international se fonde sur un unilatéralisme de principe inhérent à sa nature qui vient renforcer celui propre à tout acte juridique. Cependant, l'Antiquité gréco-romaine permet de percevoir les spécificités de cet unilatéralisme du droit international, dont les propriétés se retrouvent dans l'acte juridique international. Parce que l'acte juridique international incarne un engagement international, version sécularisée du serment antique, l'acte international déploie un unilatéralisme particulier qui permet, dans le cadre du système juridique international, de garantir son engagement à l'égard des autres sujets de cet ordre. Il est nécessaire de revenir sur la place de l'unilatéralisme en droit international (a) afin de prendre en compte l'unilatéralisme particulier de l'acte juridique international (b).

### *a. L'unilatéralisme en droit international*

90. La place centrale et même structurante de l'unilatéralisme en droit international relève d'un constat des plus courants. Il découle de la souveraineté de ses principaux sujets, les Etats. Il est généralement vu, et plus particulièrement par les juristes non internationalistes, comme la principale faiblesse du système juridique international<sup>310</sup>. A la fois cause et conséquence d'une reconnaissance du caractère absolu de la volonté étatique, il viendrait limiter fortement l'objectivité du droit international qui ne serait alors qu'un ensemble d'« obligations potestatives, à la discrétion de chaque Etat concerné »<sup>311</sup>. L'unilatéralité juridique renvoie à l'idée d'une volonté exprimée par un unique auteur, elle est alors traditionnellement opposée à la bilatéralité, à la multilatéralité ainsi qu'à la plurilatéralité<sup>312</sup>. Tout ordre juridique connaît et reconnaît un certain unilatéralisme. Celui-ci découle de la reconnaissance d'une capacité normative autonome aux sujets de cet ordre. Il est ainsi lié à la question de la place accordée à la volonté dans un système juridique donné et entretient un rapport essentiel avec l'acte juridique. L'unilatéralisme est accueilli avec scepticisme par le droit, et plus particulièrement le droit interne<sup>313</sup>. Il semble contredire l'idée même d'une légalité des

---

<sup>310</sup> Voir Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, pp. 31-32 et pp. 88-89.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>312</sup> Voir la définition d'unilatéral proposée par Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique... op. cit.*, 2014, pp. 1048-1049 : « Qui émane d'une seule personne, d'une volonté unique ».

<sup>313</sup> « Unilateralism undeniably has a strong pejorative connotation », Pierre-Marie DUPUY, « The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law », *EJIL*, vol. 11, 2000/1, p. 20.



actions découlant de la dimension objective d'un ordre juridique<sup>314</sup>. L'unilatéralisme n'est reconnu que dans la mesure où il se soumet à un certain nombre de règles de droit. En droit interne, la hiérarchie des normes permet de garantir la légalité des actes unilatéraux. Le droit international ignorant cette possibilité, l'unilatéralisme ne peut donc y être contrôlé par des règles supérieures. On retrouve alors les critiques traditionnelles sur l'impossibilité d'un droit international du fait de la souveraineté étatique. Cependant, c'est ce principe même de souveraineté qui permet la création des règles de droit au sein du système juridique international faisant de l'unilatéralisme un caractère consubstantiel à ce système. Le droit international est avant tout un système juridique marqué par la subjectivité et donc l'unilatéralisme<sup>315</sup>. La consécration de l'unilatéralisme est une conséquence intrinsèque de la structure même du droit international et vient en renforcer l'individualisation. Celle-ci explique à son tour la place décisive qu'occupe, dans ce système juridique, l'acte juridique dans la mesure où ce dernier recueille les manifestations de volontés des sujets de droit international pris individuellement<sup>316</sup>.

**91.** L'influence du droit romain apparaît ici déterminante dans la mesure où il a largement conceptualisé et reconnu la capacité des sujets de droit de produire des effets juridiques du fait de leur seule volonté<sup>317</sup>. L'absence de la conception moderne de la souveraineté dans les réflexions antiques est ici accessoire. En effet, les interrogations sur la place de la volonté unilatérale des sujets dans un système juridique se posent de façon similaire dans le cadre de l'antiquité et du droit international. La question est avant tout celle de la sécurité des rapports juridiques qui découle de cette volonté créatrice de

---

<sup>314</sup> « For all lawyers [...] the entire idea of unilateral action imports a normative ambiguity that provokes a deep professional ambivalence. The normative ambiguity arises from the fact that the question of lawfulness of acts or decisions is ordinarily assessed in terms of the conformity to law of their substance as well as the procedures by which they were taken », Michael W. REISMAN, « Unilateral Action and the Transformations of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention », *EJIL*, vol. 11, 2000/1, p. 5.

<sup>315</sup> « Les conséquences de la structure égalitaire de la société des Etats apparaissent clairement dans les traits qui caractérisent dans l'ordre international la production du droit et sa réalisation. [...] La différenciation interne du droit objectif dont la loi constitue le type n'existe pas en droit international, qui est celui d'une société de droit mais aussi une société sans loi. On peut donc poser en principe général que ni les actes ni les faits juridiques dont les effets légaux sont prédéterminés par l'existence d'une règle objective qui les ordonne ne produisent automatiquement cet effet en droit international comme ils le font en droit interne », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 24.

<sup>316</sup> Voir Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, pp. 236-238.

<sup>317</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, 1. a.



droit. L'unilatéralisme du droit international semble finalement comme une menace pour lui-même. S'il contribue à mettre en avant la notion d'acte juridique au sein de cet ordre en soulignant l'importance de la volonté dans la création des règles internationales, la subjectivité qu'il implique fragilise le concept même d'ordre juridique<sup>318</sup>. L'unilatéralisme du droit international pose donc la question de la sécurité juridique dans ce système et, au-delà, de la possibilité même d'un droit international horizontal.

92. La notion de sécurité juridique dans un système juridique connaît deux dimensions, l'une objective, la sécurité juridique générale et l'autre, subjective, portant sur les rapports entre sujets de droit<sup>319</sup>. Le système juridique international forme un ordre juridique marqué par une relative insécurité juridique générale en l'absence d'une centralisation politique suffisante à même de fonder un ordre juridique hiérarchisé. A l'inverse, la sécurité juridique subjective y est nettement plus affirmée en raison de ses fondements même<sup>320</sup>. Cela explique la permanence des principes de bonne foi et de *pacta sunt servanda* tirés du droit romain. Ils permettent de « protéger l'attente légitime, la confiance créée, l'apparence manifestée par un certain comportement extérieur »<sup>321</sup>. Plus particulièrement, la *fides* et à sa suite le concept de bonne foi vont jouer un rôle déterminant pour comprendre le fonctionnement particulier de l'unilatéralisme du droit international.

93. Les origines religieuses du droit romain vont conduire à une évolution de la *fides* en véritable principe juridique<sup>322</sup>. A Rome, il s'agit en premier lieu d'un concept social qui va être divinisé en tant que tel. La *fides* renvoie avant tout à une idée d'« abandon

---

<sup>318</sup> « Un droit exclusivement volontariste fragmente le phénomène juridique. [...] La volonté [...] aboutit alors à la paralysie du droit en tant que système préposé à certaines fins, par le fait d'attribuer un privilège excessif à l'intérêt individuel. [...] un parti résolument volontariste mène en droit international à l'anarchie et à l'unilatéralisme », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 791.

<sup>319</sup> *Ibid.*, pp. 662-668.

<sup>320</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, 2, b.

<sup>321</sup> Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, pp. 667-669. Celui-ci observe par ailleurs que l'unilatéralisme du droit international s'observe également dans l'individualisation particulièrement marquée de la règle de droit international, *Ibid.*, pp. 294-313

<sup>322</sup> La différence entre la Grèce antique et Rome ne se situe pas dans la présence ou l'absence d'un tel principe mais dans son caractère juridique. En effet, la *Fides* est la transposition romaine de la déesse grecque Thémis. Cependant, la transposition sur le plan juridique est bien plus achevée dans la république romaine qu'elle ne l'a jamais été dans le droit grec. Sur cette parenté, voir CICERON, *Des devoirs*, 3, 29, 104.

total et confiant d'une personne à une autre, d'un peuple à un autre »<sup>323</sup> et ne peut alors, en ce sens, représenter une notion juridique<sup>324</sup>. Celle-ci va se former progressivement du fait de la place publique qu'occupent les religions antiques ainsi qu'en raison du rôle joué par le sacré. Ainsi s'esquisse une dualité de la notion qui présente en fait deux aspects, « l'un presque mystique, l'autre pleinement juridique [car] les actes de cultes [...] sont à Rome des actes de commerce, l'exécution de contrats d'échange entre l'homme et la divinité »<sup>325</sup>. La dimension juridique de la *fides* va ainsi progressivement s'autonomiser à partir du II<sup>ème</sup> siècle av. J-C. à travers l'action des préteurs et des juristes à la fin de la période républicaine. Apparaît alors la notion de *bona fides*, obligation juridique de respect des engagements pris, aussi bien sur le plan du droit civil que des relations juridiques internationales<sup>326</sup>.

### ***b. L'acte juridique international, un unilatéralisme particulier***

94. En incarnant les manifestations de volonté des sujets de droit international, l'acte juridique international se caractérise par un unilatéralisme naturel qui se déploie dans un système juridique marqué également par son unilatéralisme structurel, qu'il s'agira alors de dépasser pour garantir la sécurité juridique au sein du droit international. Ces propriétés conduisent ensuite à reconsidérer la distinction entre acte unilatéral et traité. La différence ne s'articule pas autour du nombre de sujets prenant part à l'acte juridique, celui-ci étant nécessairement unilatéral.

95. L'unilatéralisme inhérent de l'acte juridique s'observe, dans le cadre du droit international, à travers l'impossible consécration d'une catégorie autonome d'actes juridiques que seraient les actes juridiques unilatéraux, distincts de l'acte juridique plurilatéral que serait le traité. En effet, il est généralement considéré que l'acte juridique

---

<sup>323</sup> Jean IMBERT, « De la sociologie au droit : la *Fides* romaine... *op. cit.*, 1959, p. 407.

<sup>324</sup> « Aux origines de Rome, la *fides* est donc une notion morale, sociale et religieuse tout à la fois, qui traduit l'abandon total et confiant d'une personne à une autre et à laquelle on se référera dans les actes les plus solennels comme les plus habituels de la vie : mariage, clientèle, tutelle, contrats de société, de mandat, de vente. Peut-on dire alors que la *fides* soit alors un concept juridique ? Certainement pas, si l'on prend le mot droit en son sens strict : aucune action de loi ne sanctionne la *fides* en tant que telle [...] si le droit n'existe que dans la mesure où il est assorti de règles et de sanction précises, la *fides* n'est pas du domaine du droit », *Ibid.*, p. 411.

<sup>325</sup> Georges DUMEZIL, *Idées romaines... op. cit.*, 1969, p. 57.

international pourrait être présenté autour d'une distinction entre acte unilatéral et acte plurilatéral<sup>327</sup>, sur un modèle proche de la distinction civiliste entre contrat et acte unilatéral. C'est notamment à partir de cette distinction que s'est développée la notion d'acte juridique unilatéral, considéré comme une sous-catégorie de l'acte juridique et comme l'un des modes de formation du droit international<sup>328</sup>. Cette reconnaissance de l'autonomie de l'acte unilatéral apparaît relativement tardive en droit international<sup>329</sup>. D'une façon assez similaire à la doctrine civiliste sur le plan interne, le traité a longtemps exercé une attractivité qui a conduit à négliger la catégorie des actes unilatéraux<sup>330</sup>. Comme pour le contrat de droit interne, le traité était perçu comme un acte juridique du fait de la rencontre des volontés qu'il contient. *A contrario*, en raison de l'absence d'un tel accord, une large partie de la doctrine internationaliste a éprouvé les plus grandes difficultés à reconnaître le caractère obligatoire d'un engagement international pris en-dehors d'un cadre conventionnel<sup>331</sup>. Difficultés renforcées par le fait que la plupart des actes juridiques identifiés comme actes unilatéraux le sont dans le cadre de rapports conventionnels<sup>332</sup>. Le paradoxe de cette conception se situe justement dans la place de l'unilatéralisme. Si la forte subjectivité qu'il imprime au droit international a pu contredire la reconnaissance du caractère obligatoire de l'engagement unilatéral, c'est en

---

<sup>326</sup> Voir Jean IMBERT, « De la sociologie au droit : la *Fides* romaine... *op. cit.*, 1959, pp. 412-415.

<sup>327</sup> Voir par exemple Denizio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, LGDJ, 1999, p. 345 : « Les actes juridiques internationaux se divisent [...] en acte unilatéraux et bilatéraux suivant que le droit rattache l'effet juridique à la déclaration de volonté d'un seul sujet ou requiert, au contraire, le concours de la volonté de deux ou plusieurs sujets ».

<sup>328</sup> Voir la présentation des modes de formation dans les principaux manuels de droit international ou encore dans les cours généraux de l'Académie de droit international.

<sup>329</sup> Voir Jean-Didier SICAULT, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *RGDIP*, Tome 83, 1979/3, pp. 633-645.

<sup>330</sup> « Il faut probablement imputer la résistance offerte par la doctrine du droit international à admettre la valeur obligatoire de la promesse unilatérale à la vieille conception du droit international comme droit purement volontaire, voire contractuel, ayant pour fondement ultime le principe *Pacta sunt servanda* », Gian Carlo VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *RCADI*, tome 112, 1964/II, p. 401.

<sup>331</sup> « Une explication possible des prétendues déclarations unilatérales créant des obligations à la charge du déclarant peut être trouvée dans la théorie du consentement présumé du bénéficiaire », James L. BRIERLY, « Rapport sur le droit des traités », *Ann. CDI*, 1950, vol. II, p. 227. Également en ce sens, Rolando QUADRI, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 113, 1964/III, p. 363 : « la question du caractère obligatoire de la promesse en tant qu'acte unilatéral a toujours été résolue négativement par la pratique internationale avec l'assentiment unanime de la doctrine ».

raison de la souveraineté reconnue aux Etats, elle-même cause de cet unilatéralisme. En effet, « les Etats n'exerçant pas, en principe, d'autorité les uns sur les autres, les actes unilatéraux qu'ils sont amenés à poser ne sont pas en principe, créateurs de droit »<sup>333</sup>. La notion d'acte juridique international reste donc marquée par un certain flou en droit international en raison de son unilatéralisme.

96. Surtout, dès lors que l'acte juridique international est unilatéral par nature, on ne peut considérer le traité comme un seul acte juridique et encore moins envisager une typologie des actes articulée autour du nombre de volontés dont ils procéderaient comme le fait par exemple le droit civil et qui conduit à distinguer le contrat de l'acte unilatéral. Cette distinction laisse apparaître un certain nombre de faiblesses et de confusions en droit civil même. Alors que l'acte juridique unilatéral découlerait d'une volonté unique, le contrat serait un acte juridique caractérisé par un accord de volontés<sup>334</sup>. Il s'agit notamment de la définition reprise par le nouveau code civil français à l'article 1103<sup>335</sup>. Celle-ci se heurte à plusieurs constats qui tendent à refuser au contrat la qualification d'acte juridique et, en conséquence, à consacrer l'unilatéralisme de principe de l'acte juridique. Ainsi, le contrat ne se forme pas toujours par la rencontre d'une offre et d'une acceptation. En fait, le contrat est lui-même créé par l'addition d'actes unilatéraux sans pour autant nécessairement former un acte juridique indépendant<sup>336</sup>. En droit civil comme en droit international, les « actes plurilatéraux » ne sont pas des actes juridiques en tant que tels mais une succession ou une collection d'actes juridiques, unilatéraux par essence. En effet, « il ne paraît pas douteux d'un point

---

<sup>332</sup> « La plupart des prétendus actes unilatéraux des Etats sont liés à une procédure conventionnelle ou apparaissent à propos de droits établis conventionnellement », Paul REUTER, « Principes de droit international public... *op. cit.*, 1961, p. 574.

<sup>333</sup> *Ibid.*, p. 574.

<sup>334</sup> Voir par exemple Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique... op. cit.* 2014 qui définit le contrat comme une forme de convention, p. 259, elle-même définie comme un « accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinés à produire un effet de droit quelconque », p. 268.

<sup>335</sup> « La formation du contrat requiert la rencontre d'une offre et d'une acceptation, manifestant la volonté de s'engager de chacune des parties », article 1103 du code civil.

<sup>336</sup> Pour une démonstration détaillée des arguments tendant à voir dans le contrat le résultat d'une succession d'actes juridiques et non un acte juridique lui-même, voir Benjamin MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ?... op. cit.*, 2016, pp. 302-332. Comme l'observe l'auteur, « Si cette analyse peut paraître innovante aux yeux d'un privatiste, peu habitué à l'idée que la volonté de chaque partie puisse constituer un engagement avant même l'existence d'un contrat, elle heurtera moins un internationaliste », p. 311.

de vue logique qu'il suffit d'une seule volonté pour engendrer des obligations uniquement à la charge de l'auteur de la déclaration de cette même volonté »<sup>337</sup>. La question de la reconnaissance de la valeur juridique de l'acte unilatéral par rapport au contrat porte sur le problème de la reconnaissance d'une valeur juridique de l'expression unilatérale de la volonté. Là où la force obligatoire du contrat reposerait sur l'échange ou la rencontre des volontés, l'acte unilatéral suppose une consécration de l'autonomie de la volonté telle que la seule volonté d'un sujet lui permette de se constituer débiteur sans que le créancier n'ait besoin d'accepter. Si les systèmes de droit interne contemporains éprouvent quelques difficultés à accueillir une telle idée, cela semble moins avoir été le cas dans le droit romain malgré l'absence d'une philosophie individualiste telle que celle qui a permis la consécration du principe d'autonomie de la volonté à partir des XVIII<sup>ème</sup> et XIX<sup>ème</sup> siècles. La place de la religion dans le système juridique de l'antiquité gréco-romaine favorise la reconnaissance des vœux et des promesses recueillis par la religion et ne nécessitant donc pas l'accord d'un co-contractant. Si le principe d'autonomie de la volonté se construit avant tout sous l'influence de l'école du droit naturel et de la philosophie libérale, ses racines plus anciennes remontent jusqu'aux réflexions romaines favorisant l'affaiblissement du formalisme au profit de la *voluntas*<sup>338</sup>.

97. L'autonomie de l'acte juridique international face aux autres modes de formation reste marquée par un certain flou dans les définitions respectives. L'acte juridique serait « une manifestation de volonté ayant pour but de produire un effet juridique » tandis que l'acte unilatéral serait, parmi les actes juridiques, ceux traduisant « une manifestation unilatérale de volonté imputable à un seul sujet de droit international »<sup>339</sup>. Le critère de distinction résiderait soit dans l'imputabilité de l'acte soit dans les effets juridiques de l'acte<sup>340</sup>, soit plus certainement dans le cumul des deux. En effet, les effets juridiques résultent de l'engagement du seul auteur de l'acte et si ces effets affectent par définition l'ensemble de l'ordre juridique auquel se rattache l'acte, ils ne produiront d'obligation

---

<sup>337</sup> Gian Carlo VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats... *op. cit.*, 1964, p. 400.

<sup>338</sup> Voir André MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris, Recueil Sirey, 1958, pp. 49-59. Voir également *Infra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, 1.

<sup>339</sup> Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international... op. cit.*, 2001, p. 31.

<sup>340</sup> « Le critère de l'unilatéralité d'un acte juridique ne consiste pas dans l'unicité ou la pluralité des sujets participant à l'élaboration de l'acte. L'acte plurilatéral est celui auquel sont attachés les effets de droit

juridique que pour le seul auteur de l'acte. Il est dès lors aussi contestable que sur le plan du droit interne de reprendre l'idée du traité comme acte juridique plurilatéral découlant d'une rencontre ou d'une fusion des volontés. L'acte juridique, en tant que manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, « est toujours un acte unilatéral car il doit être rapporté à une personne juridique et à une seule »<sup>341</sup>.

98. L'impossible codification de l'acte unilatéral par la Commission du droit international est révélatrice de la façon dont l'unilatéralisme de l'acte juridique est renforcé, en droit international, par l'unilatéralisme du système juridique. En effet, il n'est pas possible de consacrer l'autonomie de l'acte unilatéral au sein des actes juridiques internationaux, ces derniers étant unilatéraux également<sup>342</sup>. La logique d'opposabilité au cœur du droit international vient donc renforcer ce constat. Cette logique découlant de l'unilatéralisme inhérent au droit international est indifférente au caractère plurilatéral ou non de l'acte, seule compte la manifestation de volonté du sujet pour déterminer l'opposabilité de l'acte. L'arrêt de la Cour internationale de Justice de 1974 dans l'Affaire des *Essais Nucléaires* représente à cet égard plus une consécration de l'unilatéralisme de principe de l'acte juridique que la reconnaissance d'un mode de formation autonome du droit international. La Cour tire en effet les conséquences de cette logique d'opposabilité du droit international consacrée depuis l'affaire du *Vapeur Wimbledon* par la Cour permanente de justice internationale. Dès lors qu'est consacrée la manifestation de volonté des sujets comme origine unique de la création des règles de droit international, l'ensemble des actes juridiques internationaux, y compris ceux intervenant hors d'un processus conventionnel ou coutumier, se voit reconnaître une

---

voulus par plusieurs sujets tandis que l'acte unilatéral est celui auquel sont attachés les effets de droits réputés voulus par un seul », *Ibid.*, p. 31.

<sup>341</sup> Serge SUR, « Acte, norme et droit... *op. cit.*, 1990, p. 58.

<sup>342</sup> Les travaux de la CDI relèvent par exemple la proximité existante entre les actes unilatéraux *stricto sensu* et « les actes dits « collectifs » ou « conjoints », dans la mesure où ils sont accomplis par plusieurs Etats qui expriment ainsi, simultanément ou parallèlement, en tant que bloc unitaire, une même volonté de produire certains effets juridiques, sans que d'autres sujets ou « parties » aient à y concourir sous forme d'acceptation, de réciprocité, et ainsi de suite », *Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa quarante-neuvième session* (12 mai – 18 juillet 1997), U.N. doc. A/52/10, *Ann. CDI*, 1997, vol. 2, chap. IX, §§. 191-216, pp. 65-67, § 201.

capacité à produire des effets juridiques<sup>343</sup>. La dimension unilatérale des actes juridiques internationaux tend à renforcer l'unité de la notion d'acte international articulée autour de l'expression d'un engagement international. La reconnaissance d'une unilatéralité de principe des actes juridiques en droit international pose cependant le problème des effets de ces derniers dans le cadre du système juridique international dont l'horizontalité empêche de faire peser une obligation juridique sur un sujet qui ne l'aurait pas accepté<sup>344</sup>. La Cour internationale de justice a fait un usage modéré de la catégorie des actes unilatéraux identifiés en 1974 dans l'affaire des *Essais nucléaires*<sup>345</sup>. Les actes unilatéraux ne produiraient donc d'effet juridique que dans la mesure où ils se placeraient dans un mouvement « d'attraction du droit conventionnel »<sup>346</sup>. En fait, ce n'est pas tant l'unilatéralité des actes internationaux qui semble « déguisée » que la pluralité du traité international. Le prisme consensualiste a largement conduit à une exagération de la dimension contractualiste du droit international qui permettrait d'expliquer notamment comment les actes unilatéraux pourraient produire un effet juridique<sup>347</sup>. Celui-ci découle en fait de l'unilatéralisme particulier que connaît le système juridique international comme le démontre la décision de 1974, quand elle vient nuancer le caractère absolu de ce volontarisme unilatéral qui domine le droit international. La Cour souligne que tout engagement international, y compris et surtout, un engagement unilatéral implique un principe de bonne foi. Ce dernier est le corollaire de l'engagement<sup>348</sup>. Dès lors, l'acte

---

<sup>343</sup> « Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. [...] Quand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique [...]. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire » CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Affaire des Essais nucléaires (Australie c. France)*, Rec. CIJ 1974, p. 267, § 43.

<sup>344</sup> On peut ainsi s'interroger « si, derrière la façade de l'unilatéralité formelle, ne se cache pas une bilatéralité de fond », Eugène SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 111.

<sup>345</sup> Dès 1974, la Cour encadre d'un certain nombre de contraintes les actes unilatéraux et, par la suite, apparaît réticente à l'utilisation de cette catégorie, voir également Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, pp. 156-159 pour un résumé des évolutions de la Cour en la matière.

<sup>346</sup> L'expression est de Paul REUTER, « Principes de droit international public... *op. cit.*, 1961, p. 574 ; également Jean-Paul JACQUE, « L'acte juridique... *op. cit.*, 1988, p. 96 : « Si la théorie de l'acte s'est traditionnellement résumée en une théorie des conventions internationales, c'est certes en raison de la sécurité juridique qui découle du principe *Pacta sunt servanda*, Tout accord de volonté devant être respecté, il était tentant de ramener tout acte juridique à un accord de volontés ».

<sup>347</sup> Voir *Infra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, 1. b.

<sup>348</sup> « L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la



unilatéral peut fonder son caractère obligatoire dans la manifestation même de l'engagement par son auteur sans nécessiter un consentement réciproque<sup>349</sup>. Cette idée rejoint la conception antique de l'engagement juridique. Plus que l'origine du caractère obligatoire de l'engagement, le principe de bonne foi apparaît comme une propriété de l'engagement juridique. Celui-ci est marqué par une certaine confusion à l'égard de son contenu comme de son rôle, d'autant plus surprenante que le système juridique international lui offre *a priori* une place centrale<sup>350</sup>. Le principe de bonne foi se présente avant tout comme une qualité intrinsèque à l'engagement international. La dimension sociale que jouait la *Fides* dans le serment est reprise sur le plan juridique par celui-ci. Il permet, en dépit de l'unilatéralisme du droit international, de garantir une certaine sécurité des rapports juridiques. En effet, l'engagement international, du fait du principe de bonne foi qu'il intègre, concilie, dans le domaine juridique, les fonctions de garantie et de protection que le serment assurait sur le plan religieux. Il est à la fois preuve de la volonté de s'engager pour l'Etat mais également la garantie du respect de cet engagement à l'égard des autres parties concernées tout en conservant sa dimension unilatérale<sup>351</sup>.

99. En conséquence, la prise en compte des particularités du système juridique international pousse à retenir une conception large de la notion d'acte juridique qui en fait l'élément structurant de cet ordre juridique à travers la notion d'engagement

---

coopération internationale », CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Affaire des Essais nucléaires (Australie c. France)*, Rec. CIJ 1974, p. 268, § 46.

<sup>349</sup> Ainsi, au sujet des promesses unilatérales, E. Suy observe que « ce n'est pas l'offre qui est obligatoire mais l'engagement, la promesse de maintenir l'offre pendant un certain laps de temps. [...] nous ne sommes pas en présence d'un lien consensuel où l'acceptation aurait été faite par des actes concluants et qui, en vertu du principe *pacta sunt servanda* expliquerait le fondement de validité de la promesse. [...] Il ne s'agit pas d'un traité tacite. Alors que l'offre doit être acceptée pour être obligatoire, la promesse l'est du moment où elle est parvenue à son destinataire, car à ce moment elle est la base de confiance du sujet favorisé. C'est dans cette confiance dans la parole donnée que se trouve le fondement de validité de la promesse », Eugène SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public... op. cit.*, 1962, p. 151.

<sup>350</sup> « La bonne foi possède deux acceptations très différentes entre elles, l'une objective, l'autre subjective. [...] Il y a d'abord la bonne foi au sens subjectif ou psychologique. [...] Tandis que la bonne foi subjective est un fait intérieur, la bonne foi au sens objectif est un principe général de droit, un c'est-à-dire une norme générale. [...] La bonne foi est tantôt un fait psychologique relatif à la connaissance de certains faits, tantôt une norme juridique objective riche d'une substance qui fonde et régit une série de concepts juridiques dérivés. » Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, pp. 280-281.

<sup>351</sup> Comme l'observe Michel Virally, « la validité de l'engagement pris ne dépend en aucune façon de l'acceptation d'un quelconque Etat tiers. Aussi bien, un tel engagement peut-il être pris *erga omnes* », Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... op. cit., 1983, p. 197.



international<sup>352</sup>. Cela ne contribue pas pour autant à faire du droit international un système juridique fondé sur un volontarisme absolu, ce qui contredirait l'essence de tout ordre juridique. Dans la conception qui se dégage des réflexions antiques, tout engagement juridique suppose, de la part de celui qui en est l'auteur, une garantie de respect du principe de bonne foi. Ce dernier emporte un certain nombre de conséquences sur les propriétés de l'acte juridique international. Cet unilatéralisme se comprend dans la relation qu'il permet d'établir entre des entités souveraines et indépendantes l'une de l'autre. Le droit international se conçoit à travers une « dialectique entre l'unilatéral et le concerté »<sup>353</sup>. L'engagement international, dans sa double dimension, intègre cette tension propre au droit international entre unilatéral et concerté<sup>354</sup>. Si sa validité ne dépend pas de son acceptation par une autre partie<sup>355</sup>, ses propriétés permettent un dépassement de l'unilatéralisme par l'intermédiaire du principe de bonne foi qu'il contient. L'unilatéralisme du droit international propose ainsi une dimension subjective à relativiser. La double dimension du serment antique, incluant une fonction de protection et une fonction de garantie, permet à l'engagement international, et donc à tout acte juridique international, de contenir sa propre force obligatoire. En faisant reposer la dimension obligatoire des traités sur le serment et la bonne foi<sup>356</sup>, la pratique conventionnelle des mondes grec et romain témoigne de ce lien entre

---

<sup>352</sup> « Il est possible d'expliquer, non seulement le droit des traités, mais l'ensemble des phénomènes de formation et d'application et donc en définitive d'interprétation du droit international à travers celui des actes unilatéraux. Certes, cette conclusion est possible en adoptant une conception extrêmement large de la notion d'acte juridique qui lui retire potentiellement tout intérêt pratique », Alexis MARIE, *Le silence de l'Etat comme manifestation de sa volonté... op. cit.*, 2013, p. 654.

<sup>353</sup> « En apparence, l'égalité entre Etats souverains qui est à la base du droit international, la nécessité d'un accord entre eux pour établir par libre consentement des obligations mutuelles, donnent à ce droit un caractère essentiellement concerté. En réalité, le rôle des actes et conduites unilatéraux n'est pas moins important. Le droit international est le fruit de leur dialectique [...]. Entre unilatéral et concerté, il paraît assez vain de rechercher une primauté ou une priorité d'ordre historique ou causal. Leur coexistence et leur tension en font les éléments interdépendants d'un système – non pas tant au sens positif ou descriptif que comme modèle intellectuel qui peut rendre raison de l'existence, de la structure et du fonctionnement du droit international », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 45.

<sup>354</sup> « C'est en vertu et dans la mesure de son engagement qu'un Etat est lié par le droit international. A priori toutefois, le recours à cette notion ne surmonte pas la dialectique entre unilatéral et concerté. Elle l'intériorise plutôt. Elle désigne la méthode comme le résultat. L'Etat s'engage, l'Etat est engagé », *Ibid.*, p. 47.

<sup>355</sup> Cela apparaît très nettement dans le raisonnement de la CIJ dans l'Affaire des *Essais Nucléaires* : « pour que ces déclarations eussent un effet juridique, il n'est pas nécessaire qu'elles fussent adressées à un Etat particulier, ni qu'un Etat quelconque signifiât son acceptation », CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Affaire des Essais nucléaires (Australie c. France)*, *Rec. CIJ* 1974, p. 269, § 50.

engagement et bonne foi qui incarne la particularité de l'unilatéralisme du droit international.

## Section 2 : L'acte juridique international dans le traité international

100. La consécration de l'engagement international comme critère d'identification de l'acte juridique international, en ce qu'il traduit la manifestation unilatérale de la volonté propre à tout acte juridique, reflète l'unité conceptuelle de la notion d'acte juridique en droit international et conduit à écarter l'assimilation du traité à un acte juridique. Cette unité de l'acte juridique international est renforcée par l'unilatéralisme du système juridique international qui, s'il n'empêche pas l'existence des actes juridiques, reflète son horizontalité et donc l'absence de hiérarchie des normes en son sein. L'analyse de la place de l'acte juridique au sein du traité met alors en avant la question de l'encadrement de la volonté exprimée dans l'acte juridique, au regard du faible formalisme du droit international (1). Elle conduit ensuite à revoir les critères de distinction des actes juridiques internationaux dans le cadre conventionnel (2).

### 1. Acte juridique et formalisme en droit international

101. Alors que dans les ordres juridiques internes, l'unilatéralisme des actes juridiques ne pose pas de problème de sécurité juridique, le droit international est confronté à des difficultés spécifiques. En raison de son horizontalité, il ne peut s'appuyer sur un formalisme permettant d'encadrer la subjectivité inhérente à tout acte juridique<sup>357</sup>. Le

---

<sup>356</sup> Voir Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, pp. 61-62.

<sup>357</sup> « La codification, premier modèle de formalisme, introduit par exemple dans le présent des rapports sociaux une rationalité et, pour leur avenir, la certitude d'une prévisibilité. La mise en forme du droit permet d'occulter la part d'arbitraire inhérente à son fonctionnement et conditionne une certaine transparence. La logique formelle du droit ainsi établi lui confère une capacité de généralisation qui doit fondamentalement servir son efficacité », Voir Jean-Paul ANDRIEUX « Formes et procédures » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 751.

Les définitions traditionnelles du formalisme juridique mettent bien en évidence la fonction qu'il occupe dans le rapport entre objectivité et subjectivité au sein d'un ordre juridique donné, voir par exemple la

système juridique international laisse donc une place limitée au formalisme qui ne manque pas de faire ressentir ses conséquences sur les actes juridiques internationaux (a). La conclusion des traités internationaux dans l'Antiquité offre l'occasion d'une meilleure compréhension de ce formalisme à travers la consécration d'un « formalisme indirect » soulignant à nouveau la proximité entre serment et engagement international (b).

### *a. Le formalisme limité du droit international*

**102.** Élément constitutif de l'acte juridique puisque celui-ci se distingue du fait juridique en ce que « le droit soumet la production de l'effet qu'il attache à un comportement à d'autres conditions que sa seule survenance »<sup>358</sup>, le formalisme ne peut s'appréhender comme un contrepois à la volonté en droit international. Pourtant l'acte juridique ne peut être qualifié comme tel s'il y a un engagement conforme à ces « autres conditions » que le droit attache à un comportement, c'est-à-dire un engagement formalisé suivant les conditions prévues par le droit international. La question se pose de façon tout à fait particulière en droit international en raison de la souveraineté des Etats qui, en apparence, s'oppose à tout encadrement de l'expression de leur engagement<sup>359</sup>.

---

définition proposée dans Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique... op. cit.*, 2014, p. 472 : « 1- Tendence générale, dans une législation, à multiplier les formalités dans la formation des actes juridiques ou à l'exercice des droits, soit à des fins de preuve, soit à des fins de publicité, soit à peine de nullité. 2- Exigence de forme poussée au plus haut degré (on parle de formalisme substantiel) qui consiste à subordonner la validité d'un acte (dit solennel) à l'accomplissement de formalités déterminées (requis à peine de nullité absolue) ». On observe que l'appréhension par le droit international de la notion est tout à fait similaire, voir Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public... op. cit.*, 2001, p. 516 : « Méthode juridique caractérisée par une importance accrue accordée aux formes et aux formalités, par préférence au contenu et à l'esprit de la règle ».

<sup>358</sup> Alexis MARIE, *Le silence de l'Etat comme manifestation de sa volonté... op. cit.*, 2013, p. 27. L'article 1134 du code civil est tout à fait représentatif de cette exigence formelle dans la formation même d'un acte juridique : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », le *légalement formées* indique bien la manifestation de volonté ne peut être reconnue comme créatrice de droit que dès lors qu'elle s'insère dans une forme prédéfinie.

<sup>359</sup> « La théorie des obligations connaît en droit internet le problème de la compatibilité de deux exigences partiellement antagoniques : d'une part, celle de la liberté contractuelle, que traduit le principe d'autonomie de la volonté [...] ; d'autre part, celle de la sécurité des relations juridiques, garantie traditionnellement par le formalisme juridique [...]. Ce débat n'est pas totalement étranger au droit international des traités. Il y est cependant très considérablement atténué [...] Le droit international est

Alors que sur le plan interne, le formalisme a pour objet de garantir la sécurité des relations juridiques en imposant une logique de validité aux actes juridiques, un tel schéma apparaît impossible pour le droit international<sup>360</sup>. La souveraineté étatique a conduit depuis longtemps à consacrer une place limitée au formalisme dans le système juridique international<sup>361</sup>. Pourtant la formalisation n'en reste pas moins décisive dans l'identification des actes juridiques dans la mesure où elle signifie justement le passage au monde du droit et permet le maintien d'un écart entre activités sociales et règles du droit<sup>362</sup>. L'acte juridique se caractérise donc nécessairement par une certaine formalisation<sup>363</sup>.

**103.** L'arrêt de la Cour internationale de Justice de 1961 sur les exceptions préliminaires dans l'*Affaire du Temple de Préah Vihear* est particulièrement représentatif des conséquences que l'on peut tirer de la dimension subjective du droit international sur le plan du formalisme juridique. Etablissant une comparaison avec le droit privé interne, la Cour observe que le droit international sera nécessairement moins exigeant sur les formes que doivent prendre les actes internationaux dans la mesure où prime, dans ce système juridique, l'intention des parties. Cependant, en constatant dans le même temps l'exigence de cette formalisation, la Cour souligne l'ambiguïté du formalisme en droit

---

donc très peu formaliste », Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 296.

<sup>360</sup> Voir Jean Combacau, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la convention de Vienne sur le droit des traités » in *Mélanges Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 195-203, spéc. p. 203 : « Dans un système de droit ainsi organisé, la validité des actes – traités et actes unilatéraux confondus – est un concept pauvre de sens [...]. D'une part, il est dépourvu de la fonction pratique qui en justifie la place prépondérante dans un droit centralisé [...]. D'autre part, et sur un plan théorique cette fois, il est permis de se demander si, hormis les cas où le droit international aménage des procédures destinées à statuer objectivement sur la validité ou l'invalidité d'un acte juridique, ces concepts sont légalement viables ».

<sup>361</sup> Voir par exemple : « La Cour, exerçant une juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne », CPJI, arrêt du 30 août 1924, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, Série A*, n°2, p. 34.

<sup>362</sup> Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Pedone, 1970, pp. 163-168.

<sup>363</sup> « Le moyen par lequel la volonté est manifestée constitue la *forme* de l'acte. Étant donné que la manifestation de la volonté et le moyen par lequel elle a lieu sont des concepts inséparables, la forme est un élément que l'on trouve dans tout acte juridique », Gaetano MORELLI, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 89, 1956-III, p. 593.

international<sup>364</sup>. La faiblesse du formalisme du droit international est bien une conséquence de son caractère principalement subjectif, auquel même l'acte unilatéral *stricto sensu* ne peut échapper<sup>365</sup>. L'appréhension doctrinale de la question du formalisme traduit une ambiguïté similaire. D'un côté, le positivisme tend, de façon paradoxale, à un certain formalisme qui doit cependant être compris différemment du formalisme juridique<sup>366</sup>. De l'autre, la conception jusnaturaliste du droit international tend à renforcer l'unilatéralisme du droit international et donc à en minorer les contraintes formelles à travers la consécration de la raison humaine comme fondement du droit international, qui contribue à consacrer le respect des engagements pris quelle que soit leur forme<sup>367</sup>. De façon paradoxale, le formalisme, pourtant facteur d'objectivité d'un système juridique, apparaît plutôt défendu par les tenants du volontarisme et donc d'une subjectivité revendiquée du droit international. A l'inverse, les écoles jusnaturalistes, malgré la défense d'une objectivité du droit international, se montrent critiques à l'égard du formalisme en droit international<sup>368</sup>. Plus généralement, la doctrine partage le constat d'une place limitée que le droit international peut accorder au formalisme tout en

---

<sup>364</sup> « De même que l'acte sans intention ne suffit pas, de même la volonté sans acte ne suffit pas à constituer une opération juridique valable. [...] Quant à la question des formes et formalités, par opposition à la question de l'intention, la Cour considère que, pour citer des exemples tirés du droit privé, il existe des cas où, pour la protection des parties intéressées [...] la loi prescrit à titre impératif certaines formalités qui deviennent donc essentielles à la validité de certains actes [...]. Mais s'il en est ainsi dans les cas qui viennent d'être cités [...] c'est qu'il existe dans ces hypothèses des prescriptions légales impératives visant les formes et formalités. En revanche, et c'est généralement le cas en droit international qui insiste particulièrement sur les intentions des parties, lorsque la loi ne prescrit pas de forme particulière, les parties sont libres de choisir celle qui leur plaît, pourvu que leur intention en ressorte clairement », CIJ, arrêt du 26 mai 1961 (exceptions préliminaires), *Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, *Rec. CIJ* 1961, p. 31.

<sup>365</sup> « Pour ce qui est de la forme, il convient de noter que ce n'est pas là un domaine [celui des actes unilatéraux des Etats] dans lequel le droit international impose des règles strictes ou spéciales. Qu'une déclaration soit verbale ou écrite, cela n'entraîne aucune différence essentielle, car de tels énoncés faits dans des circonstances particulières peuvent constituer des engagements en droit international sans avoir nécessairement à être consignés par écrit. La forme n'est donc pas décisive », CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Affaire des Essais nucléaires (Australie c. France)*, *Rec. CIJ* 1974, pp. 267-268, § 45.

<sup>366</sup> Voir notamment le deuxième sens attribué au formalisme par Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public... op. cit.*, 2001, p. 516 : « B. Approche doctrinale du droit international selon laquelle la tâche du juriste (et du juge en particulier) est d'assurer une compréhension de l'ordre juridique positif, notamment en interprétant les règles juridiques existantes et en mettant en évidence les relations logiques existant entre ces règles. [...] En ce sens, l'approche formaliste est directement associée au positivisme et est fortement influencée par le normativisme ».

<sup>367</sup> Jean MOREAU-REIBEL, « Le droit de société interhumaine et le "jus gentium". Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius... op. cit. », 1950, p. 493.

<sup>368</sup> Un exemple récent de ce paradoxe peut être trouvé dans Mohamed BENNOUNA, « Le formalisme juridique, pour quoi faire ? », *L'observateur des Nations Unies*, vol. 30, 2011/1, pp. 7-10.

mettant en avant cette dimension comme élément de distinction des différents modes de formation du droit international. Ainsi, suivant leur formalisation ou leur absence de formalisation, les modes de formation s'articuleraient autour de la fracture entre droit international écrit et droit international non écrit<sup>369</sup>. Cette présentation n'est pas sans poser un problème sérieux quant au rapport entre acte juridique, engagement des Etats et formation des règles de droit international. Doit-on alors considérer que certaines règles du droit international ne dérivent pas d'actes juridiques et donc de l'engagement des Etats<sup>370</sup> ? Cette position ne paraît cependant pas tenable tant du point de vue de l'unité du système juridique international que de la logique juridique même. La production des règles de droit s'appuie sur un acte juridique et non sur un fait juridique, dans la mesure où tout système juridique définit les conditions de formation de ses règles et en prévoit la formation par un acte juridique<sup>371</sup>. Dès lors que la manifestation d'un engagement est le critère de l'acte juridique, celui-ci réunit nécessairement formalisation et engagement de l'Etat<sup>372</sup>. Le formalisme reste l'élément d'appréciation

---

<sup>369</sup> « De fait, dans l'ordre international, des sources du droit dont la procédure d'élaboration est complexe (les traités, mais aussi certains actes unilatéraux d'organisation internationale) coexistent librement avec d'autres dont la « spontanéité » est la première des qualités », Mathias FORTEAU, « Les sources du droit international face au formalisme juridique », *L'observateur des Nations Unies*, vol. 30, 2011/1, p. 63.

<sup>370</sup> Cette position est retenue par plusieurs auteurs, voir par exemple Maurice KAMTO, « La volonté de l'Etat en droit international... *op. cit.*, 2004, p. 64 : « L'acte peut créer une norme juridique, mais peut aussi l'enregistrer dans le cadre d'une opération de codification. La volonté n'opère pas de la même façon dans les deux cas. Si l'acte est toujours formel, la norme, elle, peut donc être aussi bien d'origine matérielle. La distinction permet ainsi d'embrasser le champ coutumier qui est essentiellement normatif. » ; Mathias FORTEAU, « Les sources du droit international face au formalisme juridique... *op. cit.*, 2011, p. 62 : « Le droit international paraît [...] affecté sur ce terrain d'une certaine schizophrénie tenant à ce que ses sources ne transitent pas nécessairement par des actes juridiques et que certaines d'entre elles par conséquent échappent, à la différence des autres, à toute exigence formaliste ». Ces présentations nous semblent reposer sur une certaine confusion entre sources matérielles et sources formelles, voir à ce sujet, Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, pp. 76-78.

<sup>371</sup> « Le problème de la formation du droit est essentiel pour tout ordre juridique puisqu'il s'agit de la constitution de sa propre substance. Ainsi chaque ordre juridique dispose-t-il de son propre système de sources – de modes de formation du droit – qu'il détermine lui-même : l'ordre juridique est un système autorégulé », Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... *op. cit.*, 1983, p. 167. Egalement, « les normes n'accèdent à l'existence juridique que dans la mesure où elles sont contenues dans un acte », Serge SUR, « Actes, normes et droit : 10 000 signes... *op. cit.*, 1990, p. 61.

<sup>372</sup> Cette conception nous semble conforme à la définition de l'acte juridique esquissée *supra* et sur laquelle on reviendra, il est « une manifestation de volonté de certains sujets de droit destinée à produire des effets, effets dont la réalisation est subordonnée au respect des conditions posées par l'ordre juridique dans lequel ils prétendent se déployer », Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, p. 5.

fondamental pour constater l'existence ou non d'un engagement international et donc de l'opposabilité d'une règle de droit international<sup>373</sup>.

**104.** Le formalisme en droit international, et plus particulièrement dans le cadre de l'acte juridique, se présente ainsi d'une façon paradoxale. D'un côté, la notion même d'acte juridique suppose un certain formalisme<sup>374</sup>. De l'autre, la structure du système juridique international limite le développement du formalisme. Ce dernier ne peut jouer, à la différence du droit interne, qu'un rôle limité de conciliation de la liberté contractuelle et de sécurité des rapports juridiques<sup>375</sup>. La difficulté de penser l'acte juridique en droit international, notamment par l'intermédiaire d'une théorie des actes découle du caractère rudimentaire du formalisme<sup>376</sup>. Les différents actes juridiques internationaux pourraient se distinguer suivant un degré de formalisation plus ou moins poussé mais cela n'aurait aucune conséquence quant aux rapports entre les normes que portent ces différents actes<sup>377</sup>. Plus encore, se pose la question du statut et du contenu des conditions formelles que pourrait faire peser le droit international sur les actes juridiques. Généralement considérées comme des conditions de validité formelle de

---

<sup>373</sup> Comme le rappelle Olivier Corten, la jurisprudence de la CIJ témoigne d'un souci constant de s'appuyer sur des raisonnements formalistes, notamment dans une démarche de distinction de ce qui relève du droit d'une part, de la morale ou de la politique d'autre part, voir Olivier CORTEN, « La thèse de la déformalisation du droit international et ses limites : l'exemple de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *L'observateur des Nations Unies*, vol. 30, 2011/1, pp. 75-98.

<sup>374</sup> C'est pourquoi certains s'élèvent contre un processus de « déformalisation du droit international » comme cause d'un élargissement destructeur de la sphère du droit international, notamment par l'intégration des phénomènes liés à la *soft law* et au mépris du formalisme inhérent à tout mode de production des règles dans un système juridique ; voir notamment Jean D'ASPREMONT, « La déformalisation en droit international et l'abandon de la théorie des sources dans la doctrine contemporaine », *L'observateur des Nations Unies*, vol. 30, 2011/1, pp. 39-59.

<sup>375</sup> Tout au plus, le différent degré de formalisation des modes de production de la règle internationale pourra expliquer certaines préférences en matière de politique juridique extérieur au profit du traité, considéré comme offrant une sécurité des rapports juridiques plus certaine, voir Mathias FORTEAU, « Les sources du droit international face au formalisme juridique... *op. cit.*, 2011, pp. 67-71.

<sup>376</sup> Ces difficultés à concevoir le formalisme en droit international nous semblent à l'origine de la difficulté à penser l'acte en droit international : « la théorie de l'acte n'aurait guère de place ou de pertinence dans cet ordre dont on dit qu'il est si atypique. [...] Or, si le consentement étatique représente le ressort du système, on doit en conclure que l'acte se réduit à ce consentement », Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international...* *op. cit.*, 2004, p. 8.

<sup>377</sup> « Aussi une norme issue d'un processus formalisé de création du droit peut-elle tout à fait conduire à la modification d'une norme issue d'un processus non formalisé, ce qui ne choquera guère ; mais l'inverse est tout aussi vrai [...] La possibilité reconnue qu'une norme non formalisée modifie une norme formalisée (ce qui fait douter de l'intérêt de sa formalisation) n'a rien d'un épiphénomène », Mathias FORTEAU, « Les sources du droit international face au formalisme juridique... *op. cit.*, 2011, pp. 64-65.



l'acte, les conditions imposées par le formalisme renvoient alors aux étapes successives présidant à la formation de l'acte<sup>378</sup>. Ce schéma est étranger au droit international qui méconnaît une telle logique de validité et explique la difficulté que le droit des traités rencontre dans la définition des règles relatives à la formation des traités<sup>379</sup>. Il explique largement le constat d'un droit international peu formaliste et faisant la part belle à l'autonomie de la volonté. On peut cependant appréhender le formalisme de façon moins directement opératoire dans un premier temps mais certainement plus adapté au droit international<sup>380</sup>. Dès lors que l'on considère que la question essentielle pour l'ordre juridique international est celle de l'opposabilité de l'acte et non celle de sa validité, le formalisme prend une dimension essentiellement probatoire et se concentre sur l'expression du consentement.

**105.** S'agissant du traité, l'existence de l'engagement conventionnel se déduit pourtant de sa formalisation. La question de l'engagement conventionnel dans le cadre de la conclusion des traités est donc particulièrement représentative des ambiguïtés du formalisme des actes juridiques internationaux. Ainsi, Jules Basdevant observait, en 1926, que « la conclusion des traités est une opération complexe. Cette complexité n'est pas [...] la conséquence des règles de droit qui imposeraient ici l'accomplissement de solennités nécessaires à la validité de l'acte [...]. L'importance de l'acte, le rang des

---

<sup>378</sup> « L'acte formel, dont la validité dépend d'une forme légalement déterminée, est, au contraire, sévèrement lié à cette forme et ne comporte aucune liberté, aucun choix dans son mode d'expression », Rudolf von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 1887, tome 3, Paris, Marescq, p. 167.

<sup>379</sup> En témoigne ainsi la conclusion posée par Florence Poirat à l'étude des conditions de validité formelle relatives à la conclusion des traités : « L'absence de formalisme à la fois dans les étapes de conclusion du texte, et dans les modalités de rattachement de l'Etat à ce texte, interdit en effet toute identification autonome d'une catégorie légale qui s'appellerait « traité ». [...] Le consensualisme est consacré dans la conclusion du traité, le consentement des parties à l'acte suffit à les lier sans qu'on exige d'eux, dans l'expression même de ce consentement, le respect d'une quelconque formalité intrinsèque. Autrement dit, il n'y a pas de forme obligatoire dans lesquelles la manifestation du consentement doit se couler », Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, pp. 56-57.

<sup>380</sup> « L'affirmation selon laquelle l'ordre juridique international n'est pas formaliste doit être correctement comprise. Il n'y a de formalisme [en ce sens] que lorsqu'une forme est imposée en tant que condition de la validité de l'acte. Dans tous les autres cas, ladite affirmation ne peut être comprise que pour souligner le fait qu'une importante latitude est laissée aux sujets de droit quant à la forme, au comportement, possible pour manifester leur volonté. Ainsi, « l'informel » n'est pas « l'a-formel », il ne peut pas désigner l'absence de forme, mais vise simplement la liberté qu'un ordre juridique laisse à ses acteurs de choisir, parmi tous ceux qu'il prévoit, le comportement à adopter pour la création de tel effet », Alexis MARIE, *Le silence de l'Etat comme manifestation de sa volonté... op. cit.*, 2013, p. 642.



organes compétents, la dualité ou la multiplicité des Etats participants, et non point un souci de formalisme juridique, lequel est étranger au droit international, ont eu pour conséquence la complexité de cette procédure »<sup>381</sup>. C'est donc bien les spécificités du système juridique elles-mêmes qui expliquent cette complexité. La Convention de Vienne ne semble pas totalement avoir mis fin aux difficultés de la conclusion des traités en y consacrant ses articles 6 à 18. Particulièrement révélatrice est la formulation de l'article 11 consacré à la conclusion au sens strict<sup>382</sup> : « Le consentement d'un Etat à être lié par un traité peut être exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu ». La formalisation de la conclusion des traités paraît toujours aussi limitée alors même qu'elle conditionne l'engagement conventionnel de l'Etat. Le rapport particulier entre la complexité ainsi que l'importance d'une opération d'une part, et la quasi-absence de sa formalisation d'autre part témoigne ici de la place particulière que le formalisme occupe en droit international. Cet article 11 réaffirme un principe largement admis en droit international, celui de « la liberté de l'Etat quant au choix des modes d'expression de son consentement »<sup>383</sup>. La jurisprudence internationale a largement rappelé ce principe, et en creux, la dimension peu opérationnelle de la Convention de Vienne sur ce point<sup>384</sup>. Cependant, l'existence de ces dispositions comme leur caractère coutumier interroge sur leurs raisons d'être. Celles-ci témoignent de l'importance accordée par le droit international à la protection du consentement. Cette protection apparaît essentielle face à la dimension subjective du droit international dans la mesure où elle représente une garantie en termes de sécurité juridique pour l'ensemble des sujets du droit

---

<sup>381</sup> Jules BASDEVANT, « La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités », *RCADI*, vol. 15, 1926, p. 539-540.

<sup>382</sup> En effet, il est classiquement distingué la conclusion comme procédure au cours de laquelle se succèdent les phases de négociation, d'adoption, d'authentification du texte puis de l'expression de l'engagement ; de la conclusion entendue comme la simple expression des parties de leur consentement à être lié, voir Paul REUTER, *Introduction au droit des traités*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1985, p. 53.

<sup>383</sup> Ainsi l'article 11 recueille un large assentiment lors de la Conférence de Vienne puisqu'il fut adopté à 100 voix pour, 0 contre et 3 abstentions, voir Sandra SZUREK, « Article 11 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 311. Comme l'observe l'auteure, ce principe « de la liberté de choix des Etats quant aux modes d'expression de leur consentement reflète un principe coutumier », *Ibid.*, p. 315. Egalement, « le droit international coutumier aussi bien que la Convention de Vienne sur le droit des traités laissent les Etats entièrement libres d'adopter la procédure de leur choix [pour l'entrée en vigueur du traité] », CIJ, arrêt du 10 octobre 2002, *Frontière Cameroun-Nigeria (Cameroun c. Nigéria)*, *Rec. CIJ* 2002, p. 429, § 264.

<sup>384</sup> Voir notamment CIJ, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1994, *Affaire de la Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Barbeïn (Qatar c. Barbeïn)*, *Rec. CIJ* 1994, pp. 120-121, §23.

international. Le formalisme se présente donc de façon paradoxale : l'exigence de principe est incontournable mais les modalités d'exercice sont laissées à l'appréciation des sujets eux-mêmes<sup>385</sup>.

### ***b. Origine sacrale de l'engagement international et le « formalisme indirect » en droit international***

106. En replaçant l'origine de l'engagement international dans le serment antique, il est possible de reconsidérer cette exigence paradoxale concernant le formalisme dans le cadre conventionnel et plus précisément au stade de l'engagement conventionnel. Celui-ci possède en réalité une dimension probatoire. Si la forme importe donc peu, elle reste quand même essentielle dans la mesure où elle permet d'identifier l'existence d'un engagement, condition d'existence du traité pour la partie concernée. Le traité international n'accède à l'existence juridique que par l'intermédiaire d'un acte juridique, l'engagement conventionnel. La dimension sacrale du serment antique éclaire cet enjeu en consacrant un formalisme *ad probationem*.

107. L'ensemble des droits antiques est fortement marqué par le formalisme. Si les sources concernant le droit grec sont peu abondantes, il n'en reste pas moins que celui-ci est largement marqué par un formalisme à visée probatoire<sup>386</sup>. Le droit romain, particulièrement dans ses formes les plus anciennes consacre un formalisme particulièrement important. Sur le plan de l'engagement juridique, il insiste sur le fait que cette dimension juridique s'incarne dans des formes particulières qu'elles soient orales ou écrites. Ces formalités donnent à l'engagement sa force juridique. Ainsi si ce formalisme

---

<sup>385</sup> Sur la question spécifique de la formalisation de l'engagement conventionnel, qui reste cependant particulièrement instructive quant à la problématique du formalisme dans le traité international, voir Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international...* *op. cit.*, 2004, pp. 37-57. Elle y souligne notamment que la pratique a renforcé l'absence de formalisme de l'engagement conventionnel posée par l'article 11 de la Convention de Vienne : « L'absence de formalisme à la fois dans les étapes de conclusion du texte, et dans les modalités de rattachement à l'État à ce texte interdit en effet toute identification autonome d'une catégorie légale qui s'appellerait « traité » », p. 56. L'engagement conventionnel ne se distingue donc pas de l'engagement coutumier et, comme tout acte juridique international, reste marqué par sa faible formalisation.

<sup>386</sup> Voir notamment David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2<sup>nd</sup> éd., Paris, Economica, 2012, pp. 112-114 ; également « Les sources plaident plutôt en faveur du caractère informel des contrats grecs, les témoins, le serment ou l'écrit ont une fonction seulement probatoire », Julie VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, « Contrat (Grèce) » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité...* *op. cit.*, 2015, p. 569.

a un caractère *ad validatem*, sa finalité est avant tout *ad probationem* reflétant par là la dimension formaliste du droit romain<sup>387</sup>. Au-delà de ce constat, on peut observer un lien étroit entre le formalisme du droit romain et sa proximité avec la religion. Ainsi, l'affaiblissement du formalisme juridique, s'il correspond avant tout à des nécessités sociales et économiques, correspond avec le mouvement de sécularisation du droit romain. Surtout, ce formalisme est d'autant plus intéressant qu'il met avant tout l'accent sur la dimension procédurale plus que sur l'écrit<sup>388</sup>. La période classique voit la subsistance de ce formalisme dont la dimension verbale ou écrite permet d'esquisser une classification des contrats selon qu'ils sont *verbis* ou *litteris*<sup>389</sup>. Ce formalisme non écrit découle directement des origines sacrales du droit romain qui s'incarnent alors dans la permanence des rites<sup>390</sup>. L'exemple le plus emblématique du contrat verbal dans le droit romain reste celui de la *sponsio* dont l'évolution du formalisme nous semble particulièrement pertinente pour le droit international. La *sponsio* représente une stipulation dont l'origine apparaît largement religieuse. Sa conclusion s'incarne à l'origine à travers un serment dont l'irrespect entraîne une possible sanction divine. Elle fait intervenir une question de la part du créancier à laquelle doit répondre le débiteur. Question comme réponse obéissant à une logique avant tout sacrales, les mots prononcés ne peuvent ainsi être remplacés par d'autres (*Spondesne ? – Spondeo ; « Promets-tu ? – Je promets »*)<sup>391</sup>. Les formulations prévues vont connaître certaines évolutions dans l'emploi des mots avant que n'apparaisse et se développe la stipulation écrite. Celle-ci va progressivement se substituer à la dimension probatoire des paroles prononcées avant d'acquérir une dimension *ad validatem*<sup>392</sup>. Ainsi, le formalisme du droit

---

<sup>387</sup> Voir David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2012, pp. 114-122 ; Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLE, *Histoire du droit des obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2011, pp. 3-5 ; Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 1-30.

<sup>388</sup> Voir notamment Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, pp. 687-691

<sup>389</sup> *Digeste*, 2, 14, 7, 5 et 19, 5, 15.

<sup>390</sup> Sur la dimension performative des déclarations verbales dans le domaine juridique et le lien qu'elle entretient avec la religion, voir Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, pp. 157-160.

<sup>391</sup> La stipulation existe aussi bien dans le cadre du *ius civile* réservé aux citoyens romains que dans le cadre du *ius gentium*. Dans ce dernier cas, la formule n'est pas la même, elle fait en effet intervenir la *Fides*, le créancier annonce alors « *Fidepromittisne ?* », le futur débiteur répondant alors « *Fidepromitto* ».

<sup>392</sup> Voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, pp. 694-695.

romain, par ses origines religieuses, contribue à mettre en avant une conception du droit dans laquelle « c'est la formule qui crée et renouvelle le droit »<sup>393</sup>.

**108.** Sur le plan des rapports internationaux, Rome fait preuve d'un formalisme semblable et qui répond avant tout à des exigences internes. Dans l'antiquité gréco-romaine, le serment s'inscrit essentiellement dans un cadre juridique interne. L'exigence d'une manifestation d'un engagement conventionnel présente une ambiguïté car la formalisation de celui-ci est avant tout un moyen pour la cité et suivant ses règles de témoigner de son engagement. Ainsi, le droit fécial ne peut se présenter comme un droit international dans le sens où il n'a aucune vocation à s'appliquer au-delà de Rome ; c'est un droit qui s'impose avant tout aux institutions romaines et donc en ce sens un droit purement interne. Il permet, en faisant appel au serment, de s'assurer la conformité des actions internationales de Rome au droit et aux dieux romains : « [le droit fécial] servait [...] à satisfaire l'exigence éthique et morale que les Romains s'imposaient à eux-mêmes ; mais nous ne devrions jamais oublier que l'exigence était cadrée, et le degré de leur satisfaction apporté par les Romains eux-mêmes »<sup>394</sup>. Le droit fécial se caractérise également par une dimension formaliste extrêmement poussée, son origine religieuse se traduisant par un ritualisme particulièrement rigoureux<sup>395</sup>. Plus largement, l'intervention des féciaux dans la procédure de conclusion des traités est une intervention purement formelle dans le sens où le Sénat romain joue un rôle déterminant dans les négociations et l'élaboration des traités ; l'influence des féciaux est ainsi quasi-nulle<sup>396</sup>. On observe par ailleurs que le formalisme de l'engagement conventionnel n'est pas propre à Rome. Ainsi, la pratique grecque de conclusion des traités de paix procède d'un même ritualisme juridico-religieux qui fait de ces derniers des actes marqués par une solennité particulière. La pratique du serment pour la conclusion de ces traités traduit un formalisme particulier témoignant du caractère tant juridique que religieux de

---

<sup>393</sup> Jean-Paul ANDRIEUX « Formes et procédures » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique...* *op. cit.*, 2003, p. 748.

<sup>394</sup> Clifford ANDO, *L'Empire et le droit...* *op. cit.*, 2013, p. 126.

<sup>395</sup> Thomas WIEDMANN, « The Fetiales : A Reconsideration... » *op. cit.*, 1986, p. 485

<sup>396</sup> Voir David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity...* *op. cit.*, 2001, pp. 194-198. Voir également Joseph PLESCIA, « The *ius pacis* in Ancient Rome », *RIDA*, vol. XLI, 1994, pp. 301-351.

l'engagement<sup>397</sup>. Au-delà de la catégorie des traités de paix, l'ensemble de la pratique conventionnelle des cités grecques se caractérise par une dimension procédurale avancée<sup>398</sup>. Ces procédures font de la phase de négociation une phase en partie publique tandis que l'importance des termes choisis traduit un réel attachement à l'aspect formel du traité. Mais c'est surtout la conclusion du traité qui, en tant qu'acte juridique spécifique, est marquée par un formalisme précis symbolisé par une prestation de serment<sup>399</sup>.

**109.** Simplement pressenti dans le monde grec, la pensée juridique romaine souligne le lien déterminant entre un acte juridique et sa formalisation. Dès lors que la conclusion d'un traité s'incarne dans un acte d'engagement conventionnel, celui-ci doit se conformer à un certain formalisme<sup>400</sup>. Ce formalisme répond avant tout à une visée interne en raison du subjectivisme absolu de l'encadrement juridique des relations internationales dans l'Antiquité<sup>401</sup>. La dimension *ad validitatem* du formalisme de l'engagement conventionnel est essentiellement une exigence interne tandis qu'il ne déploie sur le plan international qu'une dimension avant tout probatoire<sup>402</sup>. Cette

---

<sup>397</sup> Voir à ce sujet Jean-Nicolas CORVISIER, *Guerres et sociétés dans les mondes grecs... op. cit.*, 1999, pp. 101-103 ainsi que exemples dans THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*. Livre I, 44 et 115 ; Livre III, 114 ; Livre VIII, 18 et 37

<sup>398</sup> Voir David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 171-173 ; Coleman PHILLIPSON, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome... op. cit.*, 1911, pp. 413-414. Voir également ARISTOPHANE, *Les oiseaux*, v. 1031, 1550 et 1582.

<sup>399</sup> Au-delà de la phase de conclusion du traité, la pratique conventionnelle dans le monde grec fait ressortir un formalisme avancé de la mise en œuvre des traités, notamment pour ce qui est de leur interprétation, Voir David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 174-183 qui conclut notamment sur cette question : « Greek treaty emphasized secular, intellectual methods for ensuring compliance by the parties. These methods, coupled with the extraordinary diversity of treaty forms and relationships, placed Greek international relations on a legal footing entirely distinct from Near Eastern models. Indeed [...] they may have been largely more reasoned than the practices observed by the Romans and other western Mediterranean powers in antiquity », p. 183.

<sup>400</sup> Sur les aspects strictement procéduraux du droit fécial et leur importance, on pourra consulter Mariangela RAVIZZA, « Aspetti giuridico-sacrali del rituale feziale nell'antica Roma... op. cit. », p. 31

<sup>401</sup> Voir Christian SAULNIER, « Le rôle des prêtres féciaux et l'application du « *ius fetiale* » à Rome », *op. cit.*, p. 182 qui rappelle notamment combien le formalisme extrême des procédures de conclusion des traités conduites par les féciaux renvoient en premier lieu à des exigences proprement internes et découle ainsi du caractère unilatéral des engagements internationaux conclus par Rome.

<sup>402</sup> À cet égard la confrontation des dispositions constitutionnelles concernant la ratification des traités internationaux, par exemple, les articles 54 et 55 de la constitution française avec l'article 46 de la Convention de Vienne est particulièrement instructive (notamment à son alinéa 1 qui prévoit que « le fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat

dimension interne du formalisme est d'ailleurs peu surprenante dans la mesure où le formalisme juridique antique a pour origine directe la dimension sacrée du droit. Le ritualisme qui en découle permet de placer les actes de la cité sous la protection de ses dieux<sup>403</sup>. On retrouve ainsi dans le formalisme de l'acte juridique international une fonction de garantie et une fonction de protection à même de concilier l'unilatéral et le concerté propre à la structure du système juridique international. Le ritualisme du droit international est essentiel dans la mesure où il permet de concevoir un formalisme répondant aux exigences du droit interne comme à la logique du système juridique international. Il fait le lien avec la dimension sacrée du droit dans le monde antique. Le formalisme juridique s'explique par cette proximité des sphères juridiques et religieuses qui conduit à mettre en avant un ritualisme décisif dans le rapport au sacré des sociétés grecques et romaines. En ce sens, le formalisme juridique n'est pas seulement une version sécularisée des rituels religieux, une survivance strictement formelle des origines religieuses du droit antique, dépourvue de signification juridique. Au contraire, « la manifestation rituelle poursuivait [...] un double but : d'abord faire apparaître le droit divin, ce qui était conforme à la volonté des dieux. [...] Mais le rite poursuivait un but encore plus profond. Il avait en effet un véritable pouvoir créateur. C'est lui qui réalise le droit, qui lui donne naissance au sens propre »<sup>404</sup>.

110. Finalement, l'exigence d'un formalisme *a minima* découle de la nature même de l'acte juridique en ce qu'il est une manifestation de volonté<sup>405</sup>. S'agissant de l'acte juridique international, on constate que la dimension *ad validatem* du formalisme est

---

comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale »).

<sup>403</sup> « La déclaration formelle, la parole imprécatoire, agissent immédiatement en vertu de leur propre dynamisme. Leur efficacité tient à la puissance magico-religieuse qu'ont les mots, mais cette efficacité, lorsque l'on veut la transposer du domaine générale au domaine strictement juridique, implique que le signe sacré dont les mots sont porteurs s'adresse à un groupe social déterminé qui puisse le reconnaître comme une émanation des puissances divines qu'il honore et dont il émane », Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, p. 160.

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>405</sup> « [Dans la Rome antique] la forme participe non seulement de la validité, mais aussi de la nature même de l'acte juridique », Jean-Paul ANDRIEUX « Formes et procédures » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique... op. cit.*, 2003, p. 748.

minorée au profit de la dimension *ad probationem*<sup>406</sup>. La preuve de l'engagement conventionnel en droit international s'apprécie donc à travers l'existence de cet engagement. La spécificité du formalisme en droit international tel qu'il ressort du cas de l'engagement conventionnel est que l'existence de l'engagement ne s'apprécie pour les parties qu'à travers une validité interne à laquelle le droit international reste indifférent. On observe un parallélisme révélateur avec le mécanisme intellectuel du serment qui conciliait une finalité de protection qui renvoie alors à la validité sur le plan interne et une finalité de garantie qui témoigne d'une dimension probatoire traduisant alors l'affirmation d'une opposabilité. Dans le cas de l'engagement conventionnel, sa formalisation est ainsi tout à fait représentative de la logique d'opposabilité du droit international. Il est notamment intéressant d'examiner sous ce prisme la distinction entre la signature et la ratification. La signature exprime la fonction de garantie de l'engagement et ne connaît qu'un formalisme très limité qui est relayé par la ratification. Celle-ci conjugue fonction de garantie et de protection. Mais, tandis que la fonction de protection renvoie uniquement au droit international, la fonction de garantie transparaît dans la procédure de ratification en imposant un formalisme plus poussé découlant largement du droit interne. Cette ratification ajoute alors, au consentement international exprimé par la signature, l'engagement de l'État vis-à-vis de lui-même. Le régime juridique de la ratification est nécessairement de droit interne, un engagement à l'égard des autres parties dans la mesure où la conformité à son droit interne de son propre engagement témoigne de la volonté de l'État d'assurer l'exécution de ses obligations conventionnelles<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> Le formalisme en droit international n'apparaît donc pas tellement comme « une règle impérative bridant la volonté des Etats mais se présente plutôt comme une technique qui leur est offerte vue de défendre leur pouvoir normatif dans une société internationale où la production du droit suit un processus plus aléatoire que par le passé », Mathias FORTEAU, « Les sources du droit international face au formalisme juridique... *op. cit.*, 2011, p. 70.

<sup>407</sup> En quelque sorte, la fonction de garantie des engagements internationaux relève de la dimension objective du système juridique international tandis que la fonction de protection renvoie à la dimension subjective du droit international. Il n'est alors pas étonnant que Charles Rousseau voit dans l'affaiblissement de la distinction entre signature et ratification, le signe d'une plus grande objectivité du droit international, voir Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, vol. 1, Paris, Sirey, 1970, pp. 135-148.



## 2. *La diversité de l'instrumentum*

111. L'absence d'un réel formalisme en droit international souligne à nouveau les particularités de ce système juridique. Concernant l'acte juridique, l'horizontalité du droit international semble empêcher le déploiement d'une véritable théorie des actes<sup>408</sup>. Ils apparaissent à la fois semblables, en s'appuyant sur l'engagement international des sujets de droit et uniques, par leur contenu. Surtout, l'absence d'un formalisme *ad validatem* en droit international rend peu pertinente l'analyse de l'acte en tant qu'*instrumentum*, la forme que peut éventuellement prendre l'opération juridique au cœur de l'acte servant tout au plus d'élément de preuve. Pourtant, l'étude de la place des actes juridiques dans le traité international permet d'offrir un critère de distinction de ces actes juridiques qui ne s'articule pas autour de l'*instrumentum*. Face à la pluralité des actes constituant le traité (a), on peut observer que la portée de ces actes n'est pas semblable (b).

### *a. Le traité international, une pluralité d'actes*

112. A l'unité de la notion d'acte juridique, semble succéder une fragmentation de sa concrétisation. Du point de vue de la compréhension du traité, cette unité conceptuelle de l'acte juridique apparaît d'autant plus funeste. Présenté comme l'acte juridique par excellence du droit international, celui dont la formalisation avancée permettrait de dépasser l'unilatéralisme de ce système juridique, l'instrument conventionnel ne peut cependant se concevoir comme tel. Si l'engagement conventionnel est l'acte déterminant car entraînant l'opposabilité du traité à l'égard de la partie à l'origine de cet engagement, il n'est pas le seul acte juridique que l'on retrouve dans l'instrument conventionnel<sup>409</sup>.

---

<sup>408</sup> P. Weil y voit notamment l'une des limites principales à l'édiction d'une théorie des actes en droit international : « on peut observer que, tandis que la théorie des actes s'intéresse essentiellement à l'*instrumentum*, le droit international concentre son attention avant tout sur le *negotium*. Ce n'est pas l'acte qui importe au regard du droit international, c'est la norme que cet acte véhicule. Le droit international, la Cour l'a dit et répété, n'attache pas aux considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne. [...] Mais le motif le plus décisif pour ne pas trop attendre d'une théorie des actes juridiques en droit international tient à la spécificité du système international et à sa nature profonde [...]. Dans l'ordre international, il n'est pas question de déterminer une hiérarchie entre les pouvoirs qui se traduirait en une hiérarchie des actes », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, pp. 135-137.

<sup>409</sup> « Pour pouvoir créer des obligations juridiques, de tels actes dépendent souvent de l'existence préalable d'un cadre conventionnel ou coutumier particulier. En contribuant à la formation d'un accord



Plus précisément, le traité est composé d'une grande diversité d'actes unilatéraux sans que cette multiplicité ne porte atteinte à l'unité de l'instrument conventionnel. Au contraire, c'est bien ce lien entre l'unilatéralisme des actes le composant et l'unité du traité qui en découle qui le caractérise et lui permet de se présenter comme un instrument particulièrement adapté à la structure du système juridique international<sup>410</sup>.

**113.** Ainsi, les caractéristiques même de l'acte juridique international empêchent toute théorie des actes en droit international dans la mesure où leur unilatéralité et la faiblesse de leur formalisation conduit à une unification de la notion particulièrement visible dans le cas de l'acte d'engagement<sup>411</sup>. Cette indifférenciation de l'engagement conventionnel au sein de la catégorie des engagements internationaux permet de souligner à nouveau les impasses d'une assimilation du traité à un acte juridique. En relevant *in fine* la parenté entre les actes unilatéraux *stricto sensu* et les actes pris dans un cadre conventionnel, la Commission du droit international tend à souligner en creux l'impossible typologie des actes juridiques internationaux<sup>412</sup>. Dès lors, soit le traité est un acte juridique et ne peut se distinguer des autres actes juridiques internationaux, soit le traité représente un mode de formation et d'application du droit international spécifique et autonome et il n'est pas un acte juridique.

**114.** Parmi les différents actes composant le traité, il est certain que l'engagement conventionnel occupe une place particulière qui peut expliquer en partie l'assimilation du traité à un acte juridique. En effet, la jurisprudence internationale s'appuie sur l'acte

---

ou d'une pratique, ces actes peuvent aussi former les éléments constitutifs d'un tel cadre. Comme le mortier ou les particules élémentaires de la physique quantique, tels les quarks, ils deviennent alors des éléments de liaison, puisqu'ils en présupposent d'autres pour générer des effets. L'existence des actes unilatéraux, pris dans leur sens large, va donc « sans dire ». Leur absence de l'article 38 [du statut de la CIJ] pourrait ainsi nous rappeler l'ignorance de M. Jourdain, qui longtemps fit de la prose sans le savoir », Rolf Einar FIFE, « Acte unilatéral : arroseur arrosé » in Hervé ASCENSIO, Pierre BODEAU-LIVINEC, Mathias FORTEAU, Franck LATTY, Jean-Marc SOREL et Muriel UBEDA-SAILLARD (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international... op. cit.*, 2017, p. 23.

<sup>410</sup> « Le traité se présente comme un instrument concerté qui peut se décomposer en une série d'actes unilatéraux. Cette dialectique entre unilatéral et concerté caractérise les procédures conventionnelles », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 115.

<sup>411</sup> Voir en ce sens Nathalie CLARENC, *La suspension des engagements internationaux... op. cit.*, 2015, p. 135 : « la théorie de l'engagement permet une vision unifiée des traités et des actes unilatéraux » ; également Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, pp. 56-57.

d'engagement pour identifier le traité. En l'absence de formalisme, l'identification des textes ayant une portée obligatoire en droit international ne peut s'appuyer sur une procédure formelle particulière permettant d'attribuer une valeur légale au texte. Le juge international a alors recours aux techniques d'interprétation pour constater ou non l'existence d'un engagement international de l'État et ensuite l'éventuelle opposabilité d'un traité à celui-ci<sup>413</sup>. L'identification du traité repose donc sur la recherche de l'intention des parties qui permet de dégager l'existence des actes d'engagements conventionnels. Ainsi, un traité international se forme de la rencontre de plusieurs actes juridiques que sont les actes d'engagements conventionnels. Ce constat rejoint la vision que l'on retrouve dans l'Antiquité gréco-romaine du traité comme un échange de serments qui crée et rend valide le lien conventionnel<sup>414</sup>.

**115.** On ne peut toutefois considérer que le traité se réduit aux actes d'engagements conventionnels, seuls à-même de lui permettre d'accéder à son existence juridique pour chacune des parties. Si cette conception peut permettre de revenir à la conception du traité comme acte juridique, elle est nécessairement incomplète car elle méconnaît les différents actes juridiques précédents ou ultérieurs. L'étude de la phase préalable à l'entrée en vigueur du traité comme celle de son application met en évidence la multiplicité des actes juridiques présents<sup>415</sup>. La procédure de conclusion des traités est généralement divisée en 4 étapes : rédaction, acceptation provisoire, acceptation

---

<sup>412</sup> Voir *Ann. CDI*, vol. II-2, 1997, §201.

<sup>413</sup> Cette façon de procéder s'observe particulièrement dans l'arrêt de la CIJ concernant l'Affaire du Plateau maritime de la mer Égée avant d'être largement confirmée dans la jurisprudence internationale, voir notamment CIJ, arrêt du 19 décembre 1978, *Affaire du Plateau maritime de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, *Rec. CIJ 1978*, § 95-96, p. 39 ; CPA, SA du 24 mai 2005, *Rhin de fer (Belgique c. Royaume-Uni)*, § 142 ; CIJ, arrêt du 20 avril 2010, *Usine de pâte à papier (Argentine c. Uruguay)*, *Rec. CIJ 2010*, p. 62, § 128 ; CIJ, Arrêt du 27 janvier 2014, *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, *Rec. CIJ 2014*, p. 24, §45. Voir également sur cette question de l'identification des traités, Denis ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *RCADI*, tome 362, 2014, pp. 122-129 ; Michel VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique... *op. cit.*, 1988, pp. 166-257 et pp. 283-304 ou encore Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 300-301.

<sup>414</sup> Voir David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 61-62.

<sup>415</sup> Voir Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 96-98 qui distinguent les actes unilatéraux selon qu'ils sont conditionnés par des normes conventionnelles, coutumières ou qu'ils découlent d'un engagement autonomes, la première de ces catégories regroupant les actes préparant et mettant en œuvre un traité.

définitive, entrée en vigueur<sup>416</sup>. Ce découpage est avant tout conceptuel et ne se retrouve pas systématiquement dans les phases de conclusion de chaque traité. Surtout, ces différentes étapes ne préjugent en rien de l'opposabilité du futur traité aux États ayant pris part à ces étapes ni même de l'entrée en vigueur du traité<sup>417</sup>. Les engagements des différentes parties ne sont alors pas nécessairement identiques selon que l'État ait ou non émis des réserves, qu'il ait participé ou non à la phase de négociations et d'élaboration du texte, ou encore qu'il soumette son engagement à une simple signature ou à une procédure de ratification.

**116.** Au-delà du débat sur l'unilatéralité ou non de l'acte juridique, ces phases de conclusion et de mise en œuvre d'un traité mettent en avant la difficulté de considérer le traité comme un acte juridique plurilatéral puisque le traité se présente différemment pour chacune de ses parties. Au contraire, l'analyse du traité comme découlant d'une succession d'actes apparaît beaucoup plus proche de la réalité de la pratique internationale<sup>418</sup> comme de la jurisprudence<sup>419</sup>. Cela conduit notamment à rejeter la notion d'acte juridique complexe, généralement employée pour évoquer les situations composées de traités et d'actes unilatéraux ou d'un enchaînement d'actes unilatéraux.

---

<sup>416</sup> Nous reprenons ici les étapes identifiées par Sir Gerald Fitzmaurice dans ses rapports spéciaux sur le droit des traités à la CDI, voir *Ann. CDI*, 1959, vol. II, p. 100 ; ce découpage se retrouve, parfois formulé différemment, dans la plupart des manuels et ouvrages sur le droit des traités, voir par exemple, Denis ALLAND, *Manuel de droit international public... op. cit.*, 2014, pp. 117-125 ; Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 304-310 ou encore Robert KOLB, *The Law of Treaties. An introduction*, Cheltenham (G-B) /Northampton (É-U), Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 37-62.

<sup>417</sup> Voir Ahmed MAHIOU, « Article 24 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 1023-1044.

<sup>418</sup> La question de la remise en cause des engagements conventionnels peut ainsi s'analyser comme l'ouverture d'une procédure suivant la logique de l'acte unilatéral, voir Denis ALLAND, *Manuel de droit international public... op. cit.*, 2014, pp. 154-157 et particulièrement « Qu'il s'agisse de l'erreur, du dol, de la contrainte, du *jus cogens* ou de l'exception d'inexécution, la remise en cause des engagements internationaux se ramène à ce que l'on peut appeler une « ouverture à procédure ». [...] Cette logique est celle de l'acte étatique unilatéral », pp. 154-155.

<sup>419</sup> Voir par exemple les différentes analyses conduites par J-P. Jacqué à propos des « actes complexes », Jean-Paul JACQUE, « Acte et norme en droit international public... op. cit., 1991, pp. 411-415.

### ***b. La portée des actes juridiques et l'instrument conventionnel***

117. La question de la distinction des actes juridiques dans le cadre d'une analyse du traité pose un double problème. D'une part, les actes rattachables à une situation conventionnelle se différencient-ils des autres actes internationaux ? D'autre part, peut-on distinguer les différents actes participant à un traité ? Les caractéristiques du système juridique international favorisent l'unité conceptuelle de l'acte juridique en empêchant toute distinction suivant l'auteur de l'acte ou les modalités de sa formation. C'est en premier lieu l'autonomie de l'acte qui permettrait une première distinction. Ainsi, si tout acte juridique international est un acte unilatéral, seuls ceux que la doctrine qualifie traditionnellement d'actes juridiques unilatéraux seraient autonomes, ni leur existence ni leur force obligatoire ne dépendent ou ne se rattachent à un autre engagement. Dans le cadre du traité, on constate au contraire l'existence d'une pluralité d'actes soumis à un régime juridique particulier, celui du traité dont ces actes dépendent, leur effet juridique restant conditionné aux réactions des autres parties. L'autonomie des actes juridiques ouvre la voie à une première typologie des actes juridiques<sup>420</sup>. Cependant, le critère de l'autonomie n'apparaît pas pleinement rigoureux. Ainsi, les actes qualifiés par la doctrine d'unilatéraux ne le sont jamais pleinement, on observe que la plupart d'entre eux institue une situation proche d'une situation conventionnelle<sup>421</sup>. Tout acte juridique emporte un effet juridique et ne se comprend alors que dans ses rapports avec d'autres actes. La distinction des actes juridiques se fait alors dans l'appréhension de leur portée juridique<sup>422</sup>.

---

<sup>420</sup> C'est notamment l'une des approches retenues par Eugène Suy qui distingue les actes juridiques internationaux suivant leur autonomie, « c'est-à-dire que l'ordre juridique objectif doit rattacher des effets juridiques à une seule manifestation de volonté unilatérale sans qu'intervienne nécessairement une autre manifestation de volonté », Eugène SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public...* *op. cit.*, 1962, p. 34.

<sup>421</sup> Voir par exemple SA, 15 mars 2015, *Affaire de l'aire maritime protégée des Chagos*, § 417-448 : les engagements unilatéraux britanniques pris lors de l'indépendance de Maurice font naître des obligations à la charge de la Grande-Bretagne qui correspondent à des droits au profit de Maurice.

<sup>422</sup> « [Les normes] ne sont pas en elles-mêmes un objet juridique, mais un objet de raisonnement juridique, intermédiaire obligé entre deux ou plusieurs actes. L'élément singulier et distinctif de l'acte juridique ne réside donc pas dans son contenu normatif, mais dans sa puissance, qui est sa capacité à engendrer d'autres actes », Serge SUR, « Actes, normes, droit : dix mille signes... » *op. cit.*, 1990, p. 59.

118. Parmi les actes composant le traité, l'engagement conventionnel se présente, du point de vue de sa portée comme tout à fait spécifique<sup>423</sup>. En effet, déclinaison de l'engagement international, il apparaît doté d'une certaine autonomie, seul son objet le distinguant de l'engagement unilatéral ou coutumier<sup>424</sup>. Il se rattache à la catégorie de l'engagement international en contenant une obligation d'exécuter<sup>425</sup>. Il est la source de l'obligation d'exécuter et est doté d'un effet juridique immédiat, indépendant de l'entrée en vigueur du traité, l'obligation de ne pas priver le traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur<sup>426</sup>. Si cela ne permet pas de distinguer l'engagement conventionnel des autres formes d'engagement international, on constate une première distinction entre l'acte d'engagement et les autres actes juridiques. Surtout, l'importance de l'acte d'engagement dans l'identification et la détermination de l'opposabilité d'un traité souligne à nouveau la difficulté de l'appréhension de celui-ci comme un seul acte juridique.

119. La détermination de la portée de l'acte est donc essentielle. Elle est rendue nécessaire par le faible formalisme du droit international et conduit le juge à devoir se pencher sur le contenu et les circonstances de son adoption pour déterminer la réelle portée des actes juridiques internationaux<sup>427</sup>. La portée de l'acte juridique résulte d'une part des effets de l'acte juridique et d'autre part de la nécessité d'un ou d'autres actes

---

<sup>423</sup> La qualité d'acte juridique de l'engagement conventionnel ne fait pas débat dans la mesure où elle est notamment affirmée par la Convention de Vienne de 1969 elle-même, voir article 2 §1 b) : « les expressions « ratification », « acceptation », « approbation » et « adhésion » s'entendent, selon le cas, de l'acte international ainsi dénommé par lequel un État établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité » ; voir également Philippe GAUTIER, « Article 2 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités...* op. cit., 2006, vol. 1, pp. 63-66.

<sup>424</sup> Ainsi, les différentes modalités de conclusion précédant et exprimant l'engagement conventionnel proprement dit renvoient plus à des questions de compétence et de procédure, elles n'ont finalement aucune incidence sur l'existence du traité, voir en ce sens Giorgio B. PALLIERI, « La formation des traités dans la pratique internationale contemporaine », *RCADI*, vol. 74, 1949, pp. 499-502 ou encore David KENNEDY, « The Sources of International Law », *American University International Law Review*, Vol. 2, 1987/1, p. 33.

<sup>425</sup> Voir Nathalie CLARENC, *La suspension des engagements internationaux...* op. cit., 2015, pp. 133-134.

<sup>426</sup> Article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

<sup>427</sup> « [U]ne déclaration conjointe de cette nature ne peut créer des obligations juridiques que si elle a un objet clair et précis », CIJ, arrêt du 3 fév 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, *Rec. CIJ 2006*, p. 28, §50 ; également CIJ, arrêt du 4 juin 2008, *Certaines questions concernant l'aide judiciaire (Djibouti c. France)*, *Rec. CIJ 2008*, pp. 224-225, § 128-130, spéc. § 130 : « la Cour considère que la lettre du 27 janvier 2005, de par son contenu et les circonstances de fait et de droit dans lesquelles elle a été préparée, ne comporte pas, en elle-même, d'engagement juridique de la France ».

juridiques pour donner son plein effet à l'acte juridique initial. Si tout acte juridique se caractérise par les effets juridiques qu'il entraîne, l'acte juridique n'a pas nécessairement d'effet normatif<sup>428</sup>. Les actes juridiques dans une situation conventionnelle donnée n'ont pas systématiquement pour effet de produire une norme, à la différence du traité dont la finalité première est la formation de règles internationales. La vision normativiste de l'acte juridique est ainsi directement responsable de l'assimilation erronée du traité à un acte juridique. Cela conduit d'un côté à écarter de la catégorie des actes juridiques qui en sont pourtant mais qui n'ont pas une règle de droit international pour objet et de l'autre à faire de certaines opérations juridiques des actes alors qu'elles n'en sont pas comme le traité<sup>429</sup>. Les effets des actes juridiques débordent largement cette dimension normative pour inclure tout effet juridique possible, ce qui n'inclut pas nécessairement un caractère contraignant de l'acte<sup>430</sup>. Les actes juridiques pris dans un cadre conventionnel vont se distinguer par le fait qu'ils ne peuvent développer leur plein effet qu'à travers les rapports qu'ils entretiennent entre eux<sup>431</sup>. Cette distinction ne peut s'apprécier qu'au cas par cas, l'existence d'acte dont la portée dépend d'autres actes n'étant pas propre au traité international. Le traité est donc composé d'actes juridiques qui se distinguent les uns des autres suivant leur portée et dont la seule différence avec les actes juridiques hors situation conventionnelle se situe dans le régime juridique qui leur est applicable. Les actes juridiques conventionnels sont ainsi soumis au droit international spécial prévu

---

<sup>428</sup> Comme le rappelle J. Combacau, « c'est sur cette assimilation de l'effet de droit à l'effet normateur qu'on peut surtout s'interroger aujourd'hui [...]. Il ne s'agit certes pas de nier que les actes juridiques aient un ancrage normatif : ils s'insèrent dans l'univers du devoir-être, et un comportement ne tire sa qualité d'acte juridique que de ce qu'une norme le lui attribue, déterminant les conditions de sa validité et le contenu de ses effets. Mais de ce que tout acte juridique est ainsi immergé dans un système de normes qui lui donne son sens, et est ainsi normatif par son mode d'être, il ne résulte pas que son objet soit nécessairement une norme : il y a des actes qui ne créent pas des normes et qui n'en produisent pas moins des effets de droit », Jean COMBACAU, « Ouverture », *Droits*, Vol. 7, 1988, p. 7.

<sup>429</sup> « [C]onsidérer exclusivement le processus conventionnel comme une opération unique dont l'adoption, l'authentification, l'acceptation par les Etats, etc., ne sont que des éléments conjoints [...] c'est finalement réduire les effets légaux des opérations conventionnelles à l'effet du traité lui-même pour les Etats parties et négliger les effets, intermédiaires ou définitifs et souvent étrangers au mécanisme conventionnel qu'engendre chacune des phases conduisant à leurs acceptations individuelles », *Ibid.*, p. 10.

<sup>430</sup> Voir par exemple Albane GESLIN, *La mise en application provisoire des traités*, Paris, Pedone, 2005, pp. 331-345 sur la possibilité d'acte juridique non contraignant.

<sup>431</sup> La question du statut et des effets des déclarations de compétence de la Cour internationale de Justice selon l'article 36 §2 du Statut de la Cour est tout à fait révélatrice d'une possible formation d'un traité en raison de la portée des actes de déclarations de compétence. Sur ces débats, voir Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 637-639.

par le traité, et dans le cas du silence de celui-ci, par le droit international général. L'autonomie des actes qualifiés traditionnellement d'unilatéraux ne désigne finalement que le non-rattachement de ces derniers à un régime juridique particulier<sup>432</sup>.

**120.** La portée de l'acte doit s'apprécier au regard de ses effets en ce qu'ils se font sentir sur d'autres actes juridiques<sup>433</sup>. La spécificité des actes conventionnels est donc l'existence d'un lien entre eux, articulé autour d'un réseau d'engagements conventionnels, qui va permettre la formation du traité. Mais ce traité ne forme pas un acte détachable et nouveau. En ce qu'il est formé par des actes juridiques, le traité implique évidemment des effets juridiques dont le contenu doit être détaché de celui-ci en ce qu'ils sont des obligations juridiques<sup>434</sup>.

---

<sup>432</sup> Voir notamment Christian ECKART, *Promises of States under International Law... op. cit.*, 2012, pp. 55-79, spécialement : « What should be recalled at this point is the function the classification of acts into autonomous ones and dependent ones was supposed to have. This distinction was used in order to identify state action which could be grouped under a similar judicial regime and to exclude those acts which are governed by a different set of rules, especially by the law of treaties », p. 67.

<sup>433</sup> Voir la définition suivante de la portée de l'acte juridique comme la qualité « de modifier l'ordonnement juridique au sein duquel il intervient, pour y modifier, y créer ou y éliminer des droits et des obligations juridiques », Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2002, p. 149.

<sup>434</sup> Voir *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 1, Section 1, 1.



## Conclusion du Chapitre 2

**121.** L'horizontalité du système juridique international place au cœur de la formation et de l'application du droit international l'acte juridique en ce qu'il constitue une manifestation de volonté destinée à produire un ou des effets de droit. Tandis que dans les ordres juridiques internes, la notion d'acte juridique se construit en se distinguant du fait juridique, la place de la volonté en droit international conduit à ignorer la notion de fait juridique. Si en droit interne, la notion de fait juridique apparaît opérante en raison de l'ordonnement juridique hiérarchisé, cela semble impossible en droit international. Les faits juridiques ne le sont que dans la mesure où ils sont contenus dans un acte juridique<sup>435</sup>. L'acte juridique international devient une notion particulièrement large, marqué par un fort unilatéralisme mais dont les propriétés lui permettent de dépasser cet unilatéralisme grâce à son fondement dans l'engagement international. L'unité de la notion d'acte juridique est ensuite confortée par le faible formalisme du droit international qui vient limiter toute classification possible de ces actes tout en interrogeant la sécurité juridique d'un droit international reposant donc sur des manifestations unilatérales de volontés. Si la conception retenue de l'acte juridique international ne permet pas de retenir le traité comme acte juridique, l'analyse de la formation des instruments conventionnels met en évidence, d'une part, la collection d'actes juridiques que le traité comprend et d'autre part, l'importance parmi celle-ci de l'engagement conventionnel qui en structure l'articulation.

**122.** L'Antiquité gréco-romaine permet ici de comprendre l'encadrement possible des manifestations de volonté qui se déploient dans le cadre du droit international. Le formalisme à visée probatoire ainsi que la capacité de l'acte juridique à contenir sa propre obligation d'exécution, malgré son unilatéralisme, découlent en partie des conceptions juridico-religieuses de cette période. Dès lors, la réciprocité n'apparaît plus comme une qualité systématique de l'acte international. Les propriétés même de l'acte

---

<sup>435</sup> « L'opposition entre fait et acte juridiques est ainsi artificielle. Un « fait juridique » n'est tel – ne devient tel, même rétroactivement – que lorsqu'il est pris en compte par un acte juridique, dont il est l'un des contenus possibles [...]. La véritable opposition est entre fait et norme, autre contenu possible d'un acte, et qui n'existe juridiquement que sous cette forme », Serge SUR, « Actes, normes, droit : dix mille signes... *op. cit.*, 1990, p. 60.

juridique international incluent ce dépassement de l'unilatéralisme dans la mesure où l'engagement de l'État se manifeste à la fois envers lui-même mais également envers les autres sujets internationaux. L'acte juridique international induit le propre dépassement de son caractère unilatéral.

## Conclusion du Titre 1

123. Si la question de l'engagement conventionnel a tant retenu l'attention de la pratique comme de la doctrine pour identifier l'existence d'un traité international, c'est en raison de la particularité même de ce système juridique. Celui-ci se fonde sur l'engagement international afin de permettre un encadrement juridique des rapports entre entités indépendantes et souveraines. L'Antiquité gréco-romaine met en avant la dimension sacrée de l'engagement international à cette époque à travers le serment. Si cet aspect a disparu dans l'engagement contemporain, il facilite la compréhension des propriétés de l'engagement international au regard des caractéristiques du système juridique international. L'engagement international est ainsi au fondement du droit international car il permet de penser la création d'effets juridiques malgré l'horizontalité du système. Sa double dimension, à la fois d'engagement envers lui-même et d'engagement envers les autres, conduit à concevoir la possibilité d'actes juridiques internationaux.

124. La présence des actes juridiques au cœur de l'instrument conventionnel souligne alors leur fonction de mode de formation du droit international notamment dans le cadre de la place accordée à la volonté en droit international<sup>436</sup>. Cette fonction est une première explication à l'importance du traité dans le système juridique international ainsi qu'une première justification à sa spécificité. En effet, si la question des modes de formation est présente dans tout ordre et système juridique, elle se présente de façon particulière dans chacun d'entre eux<sup>437</sup>. Le traité, en tant qu'instrument juridique international se manifeste alors en premier lieu à travers les actes juridiques qui le composent. Il ne se réduit pas pour autant à un acte unique. N'existant juridiquement

---

<sup>436</sup> « Ce qu'il y a de spécifique dans l'acte juridique, et qui l'oppose au fait juridique, c'est qu'il est un mécanisme monté pour une fin pratique : produire des effets de droit », Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 2 : Les biens, Les obligations...* *op. cit.*, 2004, p. 1939.

<sup>437</sup> « [L]e problème de la formation du droit est essentiel pour tout ordre juridique, puisqu'il s'agit de la constitution de sa propre substance. Aussi chaque ordre juridique dispose-t-il de son propre système de sources – de modes de formation du droit – qu'il détermine lui-même : l'ordre juridique est un système autorégulé. Il ne dispose pas, cependant, d'une liberté totale pour ce faire : il doit tenir compte de l'activité spontanée du corps social, qui est elle-même génératrice de règles juridiques, et, bien entendu, il est aussi conditionné par les particularités institutionnelles, sociologiques et culturelles, de ce corps social », Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... », *op. cit.*, 1983, p. 167

qu'en raison de l'engagement des États, la pluralité des parties qu'implique le traité conduit nécessairement à voir sa composition à travers une pluralité d'actes unilatéraux. Ce qui caractérise alors le traité international est sa capacité à concilier cette multiplicité d'actes juridiques. Le traité est ainsi une modalité spécifique, parmi les différents modes de formation du droit international, d'articulation de ces actes juridiques internationaux.



## TITRE 2 : L'UNITE DE L'INSTRUMENT CONVENTIONNEL

125. Le traité emprunte certains traits à l'acte juridique international en favorisant une expression non formaliste de l'engagement unilatéral de chacune de ses parties. Pour autant, l'instrument conventionnel se caractérise également par une dimension concertée dont ne peut rendre compte l'idée du traité comme acte juridique. Si le traité n'est pas un acte juridique, qu'est-il ? Sa conception comme acte juridique domine pourtant la majorité des approches doctrinales de la notion malgré les confusions qu'elle implique. En effet, collection d'actes juridiques, le traité ne se réduit pas à celle-ci. Il se manifeste par une souplesse dans sa composition et une diversité de ses formes qui rendent difficile cette approche réduite et qui fragilisent une part de son régime.

126. Le traité est ainsi un mode particulier de conciliation des actes juridiques qui le composent. Il est avant tout un instrument du droit international bien plus qu'un acte juridique lui-même. Les réflexions comme les usages de l'antiquité gréco-romaine font largement ressortir la dimension instrumentale du traité qui apparaît comme un moyen de rapprocher l'unilatéral et le concerté. Dès sa naissance conceptuelle, le traité se distingue par la souplesse de ses mécanismes et la diversité de ses formes, qui n'empêchent pas de penser son unité comme concept juridique dans le système juridique international. La détermination de l'unité conceptuelle du traité doit permettre de le distinguer des autres modes de formation du droit international.

127. Cette unité ressort des modalités d'articulation des actes conventionnels le composant. Les racines antiques du traité international tendant à souligner la dimension consensualiste de celui-ci, dimension pourtant insuffisante et source de confusions (Chapitre 1). C'est en fait dans le caractère écrit du traité que se situe l'unité de l'instrument conventionnel (Chapitre 2).

*Plan du titre 2 :*

*Chapitre 1 : Pluralité des actes conventionnels et dimension consensualiste du traité*

*Chapitre 2 : Unité conceptuelle et caractère instrumental du traité*





## Chapitre 1 : Pluralité des actes conventionnels et dimension consensualiste du traité

128. La place centrale occupée par le consensualisme en droit international découle de la logique de fonctionnement d'un système juridique fondé sur la raison humaine, la reconnaissance de l'autonomie des individus et l'autonomie de la volonté<sup>438</sup>. Ce système tend à consacrer le consentement comme le fondement du caractère obligatoire du droit en établissant que la force obligatoire d'un accord découle de la volonté des parties, plaçant ainsi le consensualisme en son cœur<sup>439</sup>. Celui-ci forme un couple indissociable en opposition avec le formalisme juridique selon que les actes juridiques d'un système donné voient leur caractère obligatoire découler d'une forme imposée ou du consentement des sujets. Cette articulation entre le formalisme et le consensualisme apparaît au cœur du droit des traités<sup>440</sup> qui, en tant que droit international semble pencher vers le consensualisme compte-tenu des difficultés inhérentes à tout développement du formalisme juridique<sup>441</sup>.

129. Ce prisme consensualiste a longtemps prévalu dans l'analyse du traité ainsi que dans l'établissement de son régime juridique<sup>442</sup>. S'appuyant sur une analogie avec le contrat en droit interne, il conduit à considérer le traité comme un acte juridique particulier marqué par ce consensualisme. Pourtant, dès lors qu'on écarte l'idée que le traité est un acte juridique se pose la question de cette dimension consensualiste. Le

---

<sup>438</sup> Voir par exemple la définition proposée dans Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique... op. cit.*, 2014, p. 244 : « Principe (lui-même découlant de l'autonomie de la volonté) en vertu duquel, sauf exception, tous les actes juridiques sont consensuels ».

<sup>439</sup> Particulièrement révélatrice en la matière est la définition proposée par le dictionnaire Salmon du consensualisme en droit international public : « Principe selon lequel le fondement d'un accord quelconque repose sur le consentement des intéressés, quelle que soit la forme de ce consentement », Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public... op. cit.*, 2001, p. 239.

<sup>440</sup> « Les deux pôles entre lesquels évolue tout système de droit conventionnel sont constitués par l'autonomie de la volonté et le formalisme juridique », Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... op. cit. », 1983, p. 186.

<sup>441</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 3, Section 2.

<sup>442</sup> « La tendance générale de la Convention de Vienne est allée dans le sens d'une « contractualisation » des traités, c'est-à-dire d'une accentuation du rôle de l'autonomie de la volonté, prédominante dans les droits modernes des contrats privés », Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... », *op. cit.*, 1983, p. 189.

passage par les réflexions et les éléments juridiques de l'Antiquité gréco-romaine permet de renouveler l'analyse sur la place du consensualisme en droit international et plus particulièrement en droit des traités. Mais s'il peut expliquer en partie, cette permanence du consensualisme en droit international, il semble également en ce domaine, refléter une consécration excessive de ce principe. Ainsi, le consensualisme semble être un moyen de conciliation des actes composant le traité (section 1). Pourtant, en surestimant le rapprochement entre traité et contrat, il conduit également à une appréciation partielle de l'unité conceptuelle du traité (section 2).

### Section 1 : Le consensualisme et la conciliation des actes conventionnels

130. Le consensualisme ici étudié renvoie avant tout à un principe structurant du droit, toutefois marqué par une certaine indétermination à la fois dans son contenu et dans son histoire en raison de sa dimension doctrinale<sup>443</sup>. En insistant sur l'accord des volontés comme fondement du caractère obligatoire du contrat, il déborde le cadre contractuel pour mettre en avant une conception du droit fondée sur le respect des engagements, la protection du consentement et le principe de bonne foi. Au-delà du consensualisme, se développe donc une vision contractualiste du droit qui, tout à la fois, dépasse le simple objet contractuel et s'y ramène en permanence en faisant du contrat le modèle de l'acte juridique<sup>444</sup>. Le consensualisme trouve ses prémices dans la vision contractualiste du droit dans l'Antiquité. Sur le plan contractuel, la naissance des contrats consensuels en droit romain met en avant la force obligatoire de l'échange des consentements et permet de concevoir un système de coordination des actes juridiques en conciliant la rencontre des volontés particulières<sup>445</sup>.

---

<sup>443</sup> Se limitant pourtant à la question du consensualisme dans le cadre du droit des contrats, V. Forray observe ainsi : « le consensualisme rassemble une somme considérable de notions centrales du contrat, mais la définition de son contenu et de sa portée se révèle imprécise. S'il est une tendance historique, quelle forme emprunte-t-il dans le droit positif ? S'il est un principe de législation, quel est son contenu ? S'il est un principe relatif à la forme des contrats, quels en sont les fondements objectifs ? », Vincent FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat... op. cit.*, 2007, p. 9.

<sup>444</sup> Le contractualisme semble inhérent à tout système juridique comme le relève l'anthropologie : « Une erreur commune est de croire l'état contractuel étranger aux sociétés autres que la nôtre ; en fait, il est impossible de concevoir des droits qui soient entièrement non contractuels », Marcel MAUSS, *Manuel d'ethnographie*, Paris, Payot, 1967, p. 184, cité par Denis ALLAND, « Ouverture : Le contrat dans tous ses états », *Droits*, vol. 12, 1990, p. 1.

<sup>445</sup> C'est en ce sens que l'on peut établir que le consensualisme du droit des contrats découle historiquement du contrat consensuel alors que d'un point de vue théorique, le contrat consensuel

**131.** Le rapprochement conceptuel entre traités et contrats de droit interne, établi dès l'Antiquité gréco-romaine puis repris dans les premières analyses doctrinales du droit international moderne, conduit à une consécration du consensualisme en droit international (1). Les évolutions du régime juridique du traité, et notamment son travail de codification qui mène à la Convention de Vienne de 1969, renforcent ce consensualisme<sup>446</sup>. Ce faisant, il vient renforcer la faiblesse du formalisme en droit international et se présente comme le moyen de concilier la diversité des actes juridiques composant le traité (2).

### ***1. Le consensualisme juridique et l'héritage gréco-romain***

**132.** Le consensualisme se présente de façon quelque peu contradictoire dans l'Antiquité gréco-romaine. Si la conception même du droit tend à reposer sur une logique consensualiste, celle-ci n'est pas particulièrement consacrée par les droits antiques. Ces derniers permettent cependant de mieux percevoir les relations que le consensualisme peut entretenir avec d'autres notions juridiques ainsi que les raisons de son émergence au sein d'un système juridique. On observe alors une logique de fonctionnement du consensualisme qui trouve un terrain d'élection favorable dans le droit international. L'apparition progressive du consensualisme dans l'Antiquité gréco-romaine (a) permet de comprendre l'attrait du droit international pour celui-ci (b).

#### ***a. Consensualisme et contractualisation du droit dans l'Antiquité gréco-romaine***

**133.** C'est avant tout parce que le droit fut longtemps confondu avec la religion que l'Antiquité gréco-romaine propose une conception du droit que l'on peut qualifier de consensualiste. Le droit reprend le schéma des rapports entre les hommes et leurs

---

découle de la reconnaissance par un système juridique donné d'un principe consensualiste, voir Vincent FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat... op. cit.*, 2007, p. 25.

divinités<sup>447</sup>. Le polythéisme tant grec que romain implique un rapport au divin différent de celui des religions monothéistes et qui va se refléter dans les rapports juridiques. Le droit des sociétés antiques est marqué par une dimension contractualiste importante qui ne se confond pas complètement avec le consensualisme. Celle-ci a pour origine les racines religieuses du droit et va se renforcer avec sa sécularisation, favorisant alors le développement du consensualisme juridique. Le paradoxe n'est ici qu'apparent. En effet, la sécularisation du droit, comme on l'a vu, ne signifie pas la disparition du sacré<sup>448</sup>. Elle renvoie plutôt à une volonté de faire du droit le produit de la rationalité de l'esprit humain. Dès lors, « lui obéir n'est pas ressenti comme une soumission, mais comme un accord ; et c'est ce qui explique la facilité avec laquelle les esprits purent attaquer cette loi, qui se définissait elle-même comme une « convention ». [...] La naissance du droit en Grèce est une revendication de la raison humaine ; et, à Athènes tout au moins, elle accompagne très exactement la naissance de la démocratie »<sup>449</sup>.

**134.** Ainsi, dans la Grèce classique, la soumission au droit repose sur un accord implicite entre la cité et ses citoyens<sup>450</sup>. Le droit y est tout entier assimilé à la loi, considérée comme un moyen d'émancipation politique, la condition d'existence de la démocratie et le produit d'une convention<sup>451</sup>. La loi fonde notamment la spécificité démocratique grecque face à la tyrannie des royautés barbares<sup>452</sup>. La définition même de la loi dans la pensée philosophique grecque traduit cette idée de contractualisation entre

---

<sup>446</sup> Comme l'observe Paul Reuter à propos de la Convention de Vienne de 1969 : celle-ci est « entièrement construite sur un principe général essentiel : la valeur du consensualisme pur », *Ann. CDI*, 1972, vol. II, p. 213, §81.

<sup>447</sup> Voir *Supra* 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, 1. b. § 43.

<sup>448</sup> « Mais ce qui était rupture avec l'autorité incontrôlée des traditions archaïques n'était pas pour autant rupture avec la religion », Jacqueline de ROMILLY, « Religion et droit dans la Grèce ancienne... *op. cit.*, 1973, p. 10.

<sup>449</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>450</sup> « Tandis que poètes et sages gardent au droit l'auréole du divin, la loi humaine s'impose à la cité. Faite par le peuple, elle établit le droit », Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit... op. cit.*, 2016, p. 79.

<sup>451</sup> « Les Grecs, toujours si jaloux de leur indépendance, ont toujours été fiers de proclamer leur obéissance aux lois. [...] La loi était ainsi le support et le garant de toute leur vie politique. Et, par elle, ils entendaient s'opposer aussi bien à l'anarchie de la vie sauvage qu'à la soumission des peuples qui, comme les Perses, pliaient devant l'arbitraire d'un prince. Mais cette loi, dont ils étaient si fiers, n'assumait ce rôle à leurs yeux que parce qu'elle était leur œuvre et tirait son pouvoir d'un consentement initial », Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque... op. cit.*, 2001, p. 1.

les hommes et le droit, préfigurant, sur le plan des idées politiques, le thème du contrat social entre les citoyens et l'organisation politique. L'idée de loi comme convention semble traverser l'ensemble de la pensée grecque, tant chez les sophistes que chez Platon ou Aristote<sup>452</sup>. L'idée de la loi comme convention permet d'en justifier le respect. La loi oblige les citoyens parce qu'ils l'ont acceptée car elle est une convention entre eux et la cité. Toute remise en cause de la loi conduit à une remise en question de la démocratie<sup>454</sup>. Ce thème, classique dans la pensée grecque, de l'obéissance aux lois de la cité est tout particulièrement illustré par la mort de Socrate<sup>455</sup>. Condamné par la cité, Socrate refuse d'échapper à la sentence, au nom de cette soumission à la loi, considérée comme convention<sup>456</sup>. Si la loi, en tant que convention oblige les hommes, c'est parce que de cette nature contractuelle, elle reçoit deux traits essentiels. Le premier a pour origine le serment qui oblige le citoyen à l'obéissance sous peine de menacer l'existence même de sa cité, le second est le lien de responsabilité qu'elle institue entre la cité et le citoyen<sup>457</sup>.

---

<sup>452</sup> Il s'agit par exemple d'un thème classique des comédies grecques, voir par exemple EURIPIDE, *Médée*, v. 536-538 ; *Oreste*, v. 487 ; *Les Suppliantes*, v. 403.

<sup>453</sup> Voir par exemple PLATON, *Les lois*, Livre I, 644 d : la loi est une appréciation « devenue décision commune de la cité » ; concernant les sophistes, voir PLATON, *Gorgias*, 492 c, *La République*, 359 a, XENOPHON, *Cyropédie*, VIII, 5, 25 ; ANAXIMENE de Lampsaque, *Rhétorique à Alexandre*, 1240 a : « La loi est en somme un ordre déterminé par un accord commun de la cité » ; 1421 b : « La loi est un accord commun de la cité fixant par écrit la façon dont on doit faire chaque chose » ; ARISTOTE, *Rhétorique*, Livre I, 1376 b : « en général, la loi est elle-même une convention », *Politique*, Livre III, 1280 a : « La loi est une convention qui, comme le dit le sophiste Lycophon, est garante des droits qu'ont les uns envers les autres ».

<sup>454</sup> Ainsi, la critique de la loi menée par les sophistes comme simple convention humaine conçu dans l'intérêt des plus forts et ne reflétant pas la justice naturelle va nourrir la remise en cause de la démocratie athénienne à la fin du V<sup>ème</sup> siècle av. J-C. qui va se traduire par l'instauration de régimes populistes et antidémocratiques, voir Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque... op. cit.*, 2001, pp. 73-114 pour une présentation de cette évolution.

<sup>455</sup> C'est l'objet du dialogue rendu par Platon dans le *Criton* mais également l'objet de l'*Antigone* de Sophocle.

<sup>456</sup> « Les sophistes disaient la loi n'est qu'une convention ; Socrate répond : la loi est convention, contrat ; et c'est précisément en quoi elle nous oblige. Tout le sens du *Criton* est dans ce glissement, dans cette rétorsion », Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque... op. cit.*, 2001, p. 127.

<sup>457</sup> PLATON, *Criton*, 50 a : « Crois-tu vraiment qu'un Etat puisse subsister, qu'il ne soit pas renversé, lorsque les jugements rendus y sont sans force, lorsque les particuliers peuvent en supprimer l'effet et les détruire ? » ; « Mais si quelqu'un de vous reste ici [dans la cité], où il peut voir comment nous administrons l'Etat, alors nous prétendons que celui-ci a pris en fait l'engagement d'obéir à nos commandements », *Ibid.*, 51 e ; ou encore « que fais-tu donc que de violer nos accords et tes engagements, conclus par toi sans qu'on t'ait ni contraint ni trompé, sans qu'on t'ait forcé à te décider rapidement, puisque tu as eu soixante-dix ans pour réfléchir, pendant lesquels tu pouvais aller ailleurs, si nous te convenions pas, si nos accords ne te paraissaient pas justes », *Ibid.*, 52 e. Ce dernier exemple est

Ce schéma contractualiste de la loi, et donc du droit, va connaître une certaine permanence dans la réflexion grecque et nourrir, à partir de l'idée socratique d'un accord individuel entre le citoyen et les lois de sa cité, la thèse d'un accord collectif entre la cité et ses citoyens reposant sur l'obéissance aux lois<sup>458</sup>. Cette conception de la loi, comme produit du peuple, qui assure en retour la soumission des citoyens, se retrouve dans la Rome antique<sup>459</sup>, qui voit également se développer les prémices de la théorie contractualiste du pouvoir politique. Celle-ci conduit donc à penser l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire du droit sous la forme d'un contrat entre gouvernants et gouvernés.

135. Par ailleurs, le développement économique du monde méditerranéen, et notamment grec, va favoriser l'apparition du consensualisme avant que le droit romain de l'époque classique ne vienne en préciser le cadre juridique<sup>460</sup>. Si le monde grec ignore le consensualisme en tant que principe de formation des contrats, il n'en reconnaît pas moins un principe de contrepartie dont on peut considérer qu'il préfigure en partie le consensualisme. Sur le plan de la pensée juridique, la philosophie grecque va conceptualiser cette idée de contrepartie à travers la notion de *synallagma* qui renvoie à l'idée que les rapports juridiques peuvent modifier, « de part et d'autre »<sup>461</sup>, les patrimoines de co-contractants. C'est plus particulièrement Aristote qui va rendre compte de cette tentation consensualiste dans le droit grec en s'interrogeant sur la place de la volonté dans le *synallagma*<sup>462</sup>. Dans le cadre de son étude de la justice

---

particulièrement révélateur de la conception contractualiste du droit et plus précisément des lois dans la pensée grecque puisqu'il s'agit d'une partie du dialogue retraçant les échanges entre Socrate et les lois même d'Athènes.

<sup>458</sup> « [S]i Socrate évoque un contrat individuel perpétuellement renouvelé [...], le *Contre Midias* [de Démosthène] évoque un contrat collectif, assurant un certain nombre de garanties politiques, précises et indispensables : ces garanties assurent aux citoyens leur sécurité et aux magistrats leur autorité », Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque... op. cit.*, 2001, p. 140.

<sup>459</sup> « La loi émane du peuple. Elle est l'expression de sa souveraineté. En légiférant le peuple « dit le droit », celui qui assure, au profit de tous, l'ordre dans la cité, mais aussi celui qui oblige chacun », Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit... op. cit.*, 2016, p. 89.

<sup>460</sup> Voir Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLE, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2011, p. 71

<sup>461</sup> « [D]e part et d'autre » est la traduction la plus littérale du vocable grec *synallagma*.

<sup>462</sup> Voir notamment Constantin DESPOTOPOULOS, « La notion de *synallagma* chez Aristote », *APD*, Tome 13, 1968, pp. 115-127.

commutative<sup>463</sup>, il identifie deux grands types de *synallagmata*, selon qu'elles sont volontaires, *synallagmata hekousia*, ou involontaires, *synallagmata akousia*. Seules les premières concernent un rapport contractuel, les secondes renvoyant à un rapport délictuel ou quasi-délictuel<sup>464</sup>. Sur le plan du droit positif toutefois, la pratique témoigne d'un lien contractuel bien plus articulé autour d'un échange matériel que de sa dimension consensualiste<sup>465</sup>. La pensée juridique grecque ouvre ainsi la voie à une réflexion consensualiste qui ne sera cependant pas totalement consacrée sur le plan du droit positif.

**136.** Le formalisme poussé du droit romain a longtemps retardé l'apparition du consensualisme. C'est avant tout la procédure suivie qui, dans le droit romain, permet d'attribuer à un acte sa valeur juridique. Ce formalisme perdure dans le cadre sécularisé du droit romain classique qui incarne un formalisme rationalisé dans lequel va pourtant apparaître le contrat consensuel<sup>466</sup>. On observe que le passage de l'ancien droit romain au droit romain classique à partir du milieu du II<sup>ème</sup> siècle av. J-C se traduit par un affaiblissement du formalisme concomitant au développement du *ius gentium*. L'élargissement des rapports juridiques aux non-citoyens romains, qui en est à l'origine, pousse le droit romain à s'écarter du formalisme particulièrement rigide de l'ancien droit<sup>467</sup> et à la consécration de la notion de convention. Plus que le contrat, c'est la

---

<sup>463</sup> Celle-ci se caractérise par son champ d'application, celui des biens qui peuvent par nature donner lieu à un transfert entre citoyens et s'oppose à la justice distributive, qui renvoie à la répartition des biens dans le cadre de la cité. La première repose alors sur un principe d'égalité entre les citoyens, appelé proportion arithmétique alors que la seconde repose sur un principe de proportion géométrique permettant une inégalité de traitement entre les citoyens, voir ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, 1130 b 31 à 1132, a 6.

<sup>464</sup> Voir Constantin DESPOTOPOULOS, « La notion de *synallagma* chez Aristote... *op. cit.*, 1968, p. 118.

<sup>465</sup> « Il n'en demeure pas moins que ce mécanisme [de la contrepartie] donne aux contrats grecs un caractère réaliste dans la mesure où il semble bien que, à l'origine, ces contrats nécessitent l'accomplissement d'une prestation matérielle qui seule donne naissance au contrat », David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2012, p. 113. Voir également, Julie VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, « Contrat (Grèce) » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité... op. cit.*, 2015, p. 568 : « le lien contractuel chez les Grecs ne résulte ni du consentement des parties ni de l'observation d'une forme. [...] La naissance du lien contractuel exige donc la remise d'un bien d'une personne à une autre, tandis que la responsabilité contractuelle présuppose, tout comme celle résultant de délits, un dommage patrimonial ».

<sup>466</sup> « Par formalisme rationalisé, on entend le formalisme débarrassé de son aspect rituel. Le droit romain constitue le système juridique type du formalisme rationalisé », Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, p. 44.

<sup>467</sup> « Depuis le III<sup>ème</sup> siècle av. J-C, l'économie romaine a évolué en raison de la conquête du monde méditerranéen. [...] Le cadre trop restreint de la procédure des actions de la loi est de plus en plus



*conventio* qui est la véritable marque du consensualisme en droit romain. Cette *conventio* pose l'idée que de l'échange des consentements peut naître un rapport juridique. Si le terme apparaît tardivement avec Pédius au début du II<sup>ème</sup> siècle ap. J-C., il renvoie à une idée formée progressivement dans le cadre du droit romain classique à partir du II<sup>ème</sup> siècle av. J-C et qui conduit à faire de la *conventio* un élément nécessaire à la formation de tout contrat et même un élément suffisant dans le cadre des contrats consensuels<sup>468</sup>. Ces derniers représentent une forme d'aboutissement du développement du consensualisme en droit romain.

137. Le consensualisme apparaît tout d'abord, à la période classique, dans le cadre des pactes. Ces *pactum* apparaissent dans le cadre d'un édit *de pactis*<sup>469</sup> et renvoient à une certaine pureté du consensualisme à travers l'idée que ces pactes naissent du simple accord de volontés conclu en-dehors de tout formalisme. La reconnaissance de leur efficacité juridique reste malgré tout limitée en raison du formalisme du droit romain qui, en l'absence de la remise d'une chose ou d'une forme particulière, les considère comme des pactes nus, c'est-à-dire des pactes ne permettant pas une action civile afin d'en protéger l'exécution<sup>470</sup>. Ces derniers ne sauraient ainsi être une source d'obligations mais n'en traduisent pas moins la reconnaissance sur le plan juridique de la possibilité d'accord découlant d'un échange du consentement<sup>471</sup>. Surtout, la période classique va connaître une progressive atténuation du formalisme qui va permettre la reconnaissance

---

contesté. La rigidité de son formalisme pointilleux n'est pas adaptée à l'émergence de nouveaux *negotia* (rapports d'affaire) nécessitant rapidité, simplicité et souplesse. Par ailleurs, les actions de loi n'étaient pas accessibles aux étrangers dans la mesure où elles ne sanctionnaient que des rapports juridiques issus du *ius civile* », Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLE, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2011, p. 5.

<sup>468</sup> Voir notamment David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2012, pp. 121-123 ; Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLE, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2011, pp. 17-18 ; Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, pp. 842-843.

<sup>469</sup> *Digeste*, 2, 14, 7. Voir également le travail de référence d'André Magdelain sur cet édit qualifié de « foyer du consensualisme » dans le droit romain, André MAGDELAIN, *Le consensualisme... op. cit.*, 1958, 196 p.

<sup>470</sup> Le droit romain se caractérise en effet par une approche essentiellement processuelle du droit qui tend ainsi à ignorer l'idée de droits subjectifs. Cette conception se manifeste notamment dans le cas des pactes à travers l'adage *Ex nudo pacto nulla nascitur actio* (« Du pacte nu ne naît aucune action »).

<sup>471</sup> Voir par exemple CICERON, *De Officiis (Traité sur les devoirs)*, Livre I, 7, 23 ; *De Inventione*, Livre II, 53, 162 ou encore *Pro Caecina*, 18, 51.



de la validité de certains pactes créateurs d'obligations<sup>472</sup>. Par ailleurs, l'extension du consensualisme à la période classique va conduire à la création de deux types de contrats marqués par l'existence d'une *conventio*, les contrats innomés et les contrats consensuels. L'apparition des contrats consensuels dès le début de la période classique marque une innovation juridique majeure pour le droit des contrats romain. Ils se caractérisent par l'existence d'un consentement mutuel suffisant pour faire naître une obligation<sup>473</sup> et instituent, aux côtés des contrats formels, oraux ou écrits et des contrats réels, un quatrième type de contrat. Le droit romain va ainsi consacrer quatre contrats consensuels : le louage, le mandat, la société et la vente dont l'importance dans la vie économique favorise le développement du consensualisme en matière contractuelle. Le nombre limité des contrats consensuels favorise ensuite l'apparition des contrats innomés, les *nova negotia*, au début de l'Empire. Ces derniers n'incarnent cependant qu'un consensualisme limité. En effet, l'échange des consentements dans ce cadre ne donnent naissance à une obligation que dans la mesure où il s'accompagne d'un élément matériel<sup>474</sup>. Au-delà du cadre du droit civil, la notion de pacte embrasse l'ensemble des branches du droit romain et traduit la conscience des effets juridiques du consensualisme dans l'ensemble du système juridique romain<sup>475</sup>. Les caractéristiques de ce consensualisme s'articulent donc autour des propriétés de l'acte juridique. Le développement du consensualisme favorise la reconnaissance des effets juridiques de l'engagement et la consécration du principe de bonne foi, ce qui permet de compenser l'affaiblissement du formalisme qui en résulte et de dépasser l'unilatéralisme des actes juridiques.

---

<sup>472</sup> Il s'agit des pactes adjoints et des pactes prétoriens avant l'apparition au Bas-Empire des pactes « légitimes », voir par exemple Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, pp. 785-791.

<sup>473</sup> *Sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse* Gaius, III, 136 (« Il suffit que ceux qui agissent, consentent »).

<sup>474</sup> Sur les contrats innomés voir notamment David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2012, pp. 130-135 ; Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLE, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2011, pp. 86-89 ; Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, pp. 791-800.

<sup>475</sup> « La variété de ces exemples montre à quel point il serait vain de vouloir tracer des limites à l'utilisation littéraire du mot *pactum* et des termes apparentés. On ne relève pas le moindre indice qui laisse supposer une spécialisation. On a affaire, au contraire, à un emploi multiforme d'une grande diversité. [...] *Pactum*, *pactio*, etc. appartiennent au vocabulaire du droit public, du droit pénal, du droit privé », André MAGDELAIN, *Le consensualisme... op. cit.*, 1958, p. 7.

### ***b. La tentation consensualiste en droit international***

138. Dès les premiers efforts de conceptualisation du droit international moderne, le consensualisme apparaît largement consacré. Hugo Grotius notamment développe parallèlement à ses réflexions sur le droit international une conception du droit largement consensualiste, révélatrice des rapports étroits que l'on peut établir entre le système juridique international et ce principe<sup>476</sup>. En effet, alors que le droit interne est encadré par le formalisme, la place limitée que celui-ci occupe dans le système juridique international tend à favoriser le consensualisme. Au-delà du consensualisme, la déconcentration du pouvoir au sein de la société internationale et l'égalité qu'elle implique entre les Etats favorisent un large recours au contractualisme pour deux raisons principales.

139. Le consensualisme permet la création des rapports juridiques au sein d'une société qui ne dispose pas a priori de système juridique<sup>477</sup>. On observe que le contractualisme en tant que modalité de création du droit bénéficie d'une appréhension favorable de la part de la doctrine comme des différents systèmes juridiques. Il est ainsi généralement considéré comme un principe de base de tout système juridique<sup>478</sup>. Si les doctrines subjectivistes, en consacrant largement l'autonomie de la volonté, en font un principe structurant, l'ensemble des approches théoriques du droit reconnaît qu'un échange de consentement peut créer un rapport juridique. La reconnaissance d'un effet juridique aux manifestations unilatérales de volonté reste très disparate suivant les ordres juridiques internes et prudente en droit international mais « c'est au contraire une règle fondamentale du droit reconnue par tous les peuples que le consentement réciproque de

---

<sup>476</sup> « Le consensualisme lui [à Grotius] est ici doublement pratique, pour construire son système de droit international où rien d'autre n'est disponible conceptuellement, et pour légitimer, aussi facilement que fictivement, ce qui existe, depuis les institutions sociales jusqu'aux institutions politiques », Guy AUGE, « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », *APD*, Tome 13, 1968, p. 114.

<sup>477</sup> « La notion de contrat, de pacte, est une notion fondamentale de la vie en société, sans laquelle les rapports humains seraient inconcevables. On sait que le « droit naturel » est extrêmement incertain faute de contenu qui se retrouve en tout temps et en tout lieux ; s'il est cependant un concept qui présente cette universalité et cette permanence, qu'aucune société ou groupe humain n'a pu ignorer, c'est bien celui de la parole donnée », Alain BENABENT, *Droit des obligations*, 16<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2017, p. 31.

<sup>478</sup> Voir par exemple Marie-Françoise FURET, « L'application des concepts de droit privé au droit international public... *op. cit.*, 1964, p. 889 : « C'est une règle fondamentale du droit qu'un rapport juridique peut naître, se transformer ou disparaître par l'échange du consentement de deux sujets de droit ».

deux sujets de droit suffit à créer, à transformer ou à éteindre un rapport juridique »<sup>479</sup>. Cette logique consacre de façon quasi-axiomatique l'échange des volontés comme créatrice d'un rapport juridique<sup>480</sup>. Ainsi, le système juridique international, en se fondant sur l'engagement international de ses sujets, tend, par sa nature même à reconnaître une place essentielle au consensualisme<sup>481</sup>. Cela s'observe en droit international par la place centrale qu'occupent dans ce système le serment et la promesse. On constate ici combien ce consensualisme permet, comme dans le cadre du droit romain, d'élargir au-delà de son propre ordre juridique les rapports juridiques. Parce que s'appuyant sur un principe de bonne foi largement partagé et favorisant une sociabilité naturelle d'inspiration stoïcienne, le contractualisme incarne une idée consubstantielle à tout ordre juridique de création du droit par l'accord des volontés des sujets. A la dimension créatrice s'ajoute une dimension régulatrice des rapports juridiques qui va également favoriser à son tour le consensualisme en raison du principe d'égalité souveraine. L'absence d'une entité supérieure aux Etats pouvant imposer une hiérarchisation de l'ordre juridique dans lequel s'inséreraient les rapports de droit entre sujets favorise un contractualisme qui permet un encadrement juridique des relations entre entités souveraines. Ces caractéristiques favorisent donc une approche du droit qui trouve dans le droit international un champ d'application particulièrement pertinent<sup>482</sup>. En effet, le contrat

---

<sup>479</sup> Georges RIPERT, « Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux... *op. cit.*, 1933, p. 588 qui conclut ainsi : « cet échange de volontés, c'est le contrat », *Ibid.*, p. 588.

<sup>480</sup> « L'anthropologie juridique donne à penser cependant que le contrat, les relations contractuelles, sont bien de l'essence des relations humaines », Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, vol. 12, 1990, p. 7 ; également « le principe de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat est indépendant du fondement philosophique qu'il trouve dans la théorie de l'autonomie de la volonté. La règle a existé bien avant que le système philosophique ait été élaboré et elle survit au discrédit de ce système Cette règle est aussi vieille que la civilisation. Ceux qui croient au droit naturel diront qu'elle est imposée par le droit. Constatons simplement qu'elle existe. Chez tous les peuples et à toutes les époques, il a toujours été admis que quand deux hommes s'entendent pour se lier l'un à l'autre, d'une certaine façon, cette entente est obligatoire et doit être respectée », Georges RIPERT, « Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux... *op. cit.*, 1933, p. 589.

<sup>481</sup> « [L]a promesse traduit l'obligation naturelle d'être fidèle à la parole donnée, qui est elle-même le gage de la viabilité de tout engagement contractuel : sans la promesse de tenir sa parole, aucun système consensuel ne saurait être envisagé », Eric DESMONS, « Promesse et serment » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2014, p. 1247.

<sup>482</sup> « Le consensualisme tend à privilégier les éléments substantiels et abstraits des actes juridiques, à favoriser l'émergence des systèmes de régulation alternatifs au système formel, à instituer le juge dans la fonction d'arbitre qui consiste à dénouer les litiges et non à prononcer une sanction en application des règles de droit formel », Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, p. 603.

tend à une approche horizontale des rapports entre sujets de droit tant sur le plan de la création du droit que sur l'encadrement des relations juridiques<sup>483</sup>.

140. Il s'agit ensuite de noter que l'apparition et le développement du consensualisme dans le droit romain des contrats répondent à des enjeux similaires à ceux que peut connaître la société internationale. La naissance du consensualisme dans le droit romain se fait ainsi par l'intégration du principe de bonne foi au cadre contractuel du *ius civile* dans un contexte de développement commercial. La rencontre de la bonne foi avec le contrat, qui marque la naissance du consensualisme dans le droit civil, est le résultat d'un contexte économique et intellectuel particulier marqué par l'universalisme stoïcien et les échanges commerciaux<sup>484</sup>. L'expansion économique et l'intégration des non-citoyens romains à la vie économique qui en découle ont conduit au développement du consensualisme en raison de souplesse qu'il permet et de l'équilibre des intérêts des parties qu'il suppose<sup>485</sup>. Il n'est donc guère surprenant que ce consensualisme, du fait de sa malléabilité et des enjeux auxquels il permet de répondre sur les plans des rapports entre égaux hors du cadre juridique de la cité, prospère dans le domaine international et trouve dans le traité un cadre d'application privilégié.

---

<sup>483</sup> « [Le contrat] se développe sur un fond de pessimisme radical concernant la nature humaine. [...] S'il est un remède à la méchanceté, le contrat est en même temps une solution à l'isolement monadique, la passerelle obligée entre des solitudes sourdes et inutiles les unes aux autres. [...] Accorder des être séparés et rivaux est une fonction essentielle du contrat dont l'arrière-plan individualiste ne fait pas de doute. Mais n'y a-t-il pas quelque magie dans le contrat qui crée lui-même le droit s'imposant aux parties, droit qui ne semble pas s'imposer de l'extérieur mais résulter du concours de volontés libres ? Cette horizontalité de la production du droit, qui confond dans la même personne le législateur et le sujet [...] peut bousculer certains de nos réflexes à propos des modes de création du droit », Denis ALLAND, « Ouverture : Le contrat... », *op. cit.*, 1990, pp. 2-3.

<sup>484</sup> « Il faut, pour comprendre l'apparition de contrats dont l'avenir devait être si vaste [i.e. les contrats consensuels] rappeler le contexte historique du début de la période du droit classique. Le commerce, suite aux conquêtes romaines, est alors en plein essor, et en particulier les relations d'affaires avec les *pérégrins*. Or la *fides* [...] a toujours eu un domaine international. Il ne faut donc pas s'étonner si, dans ce domaine, les contrats consensuels ont pu voir le jour car les *pérégrins* ne pouvaient se soucier des formes traditionnelles du *ius civile* [...]. Il faut aussi évoquer l'ambiance morale du temps : elle se caractérise par l'influence de l'éthique grecque ainsi que la psychologie », Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, pp. 723-724.

<sup>485</sup> « Il convient de préciser que ce ne sont pas les Romains les inventeurs du consensualisme proprement dit. Ce dernier avait déjà fait ses preuves dans le commerce méditerranéen où il dominait les transactions. En revanche, il appartient au droit romain d'avoir construit un cadre juridique autour de l'idée selon laquelle le simple échange de volontés – dénué de toute forme – peut être source d'engagement. C'est plus précisément le prêteur qui en est le maître d'œuvre à partir des III<sup>ème</sup> ou II<sup>ème</sup> siècle av. J.-C. dans un contexte de mutations économiques et de développement des échanges avec les étrangers », Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLE, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2011, p. 71.

141. Cette influence du consensualisme s'observe notamment en pratique par un phénomène « d'attraction de la situation conventionnelle »<sup>486</sup> subi par les actes unilatéraux. L'assimilation du traité à un acte juridique consensuel est étendue à l'examen de l'ensemble des actes juridiques internationaux<sup>487</sup>. Ce rattachement se fait tout d'abord sur le plan de l'origine de ces actes à travers un lien, pour la plupart, à un engagement conventionnel antérieur. Les actes juridictionnels comme les actes des organisations internationales trouvent leur base légale dans le consentement préalable des Etats, soit qu'ils aient accepté la juridiction, soit qu'ils soient parties au traité constitutif de l'organisation internationale. Du côté des actes unilatéraux des Etats, le rattachement à l'ensemble conventionnel ne peut se faire en s'appuyant sur l'origine de l'acte, celui-ci étant par définition non rattachable à un traité existant, à l'exception des actes unilatéraux pris dans le cadre de l'application d'un traité. Pour autant, l'influence du consensualisme du droit international va se manifester lors de la détermination des effets de ces actes unilatéraux. Tout d'abord, les actes unilatéraux des Etats ne peuvent avoir d'effets à l'égard des tiers que si les autres Etats l'ont accepté<sup>488</sup>. Ensuite, la recherche du fondement du caractère obligatoire des promesses unilatérales fait largement appel au consensualisme. Ces dernières forment une catégorie particulière d'acte unilatéral en ne faisant peser d'effets juridiques qu'à l'égard des Etats qui les ont prises. Longtemps rattachées de façon quelque peu artificielle à une situation conventionnelle pré-existante mais parfois difficile à déterminer<sup>489</sup>, elles se sont vues reconnaître un effet juridique

---

<sup>486</sup> L'expression est de Paul Reuter notamment : « la plupart des prétendus actes unilatéraux des Etats sont liés à une procédure conventionnelle ou apparaissent à propos de droits établis conventionnellement ; dans la pratique les problèmes qu'ils soulèvent subissent l'attraction du droit conventionnel », Paul REUTER, « Principes de droit international public... *op. cit.*, 1961, p. 574.

<sup>487</sup> « [P]ar-delà leur apparence unilatérale, ces trois catégories d'actes [unilatéraux] relèvent en réalité de la mouvance conventionnelle et ne saurait être regardées comme des sources autonomes de normativité internationale », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, p. 151.

<sup>488</sup> On songera ici à la large jurisprudence consacrée à la question de la délimitation maritime dont le principe est posé par la Cour dans l'affaire des *Pêcheries* : « La délimitation des espaces maritimes a toujours un aspect international ; elle ne saurait dépendre de la seule volonté de l'Etat riverain telle qu'elle s'exprime dans son droit interne. S'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des Etats tiers relève du droit international », CIJ, arrêt du 18 décembre 1951, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, *Rec. CIJ 1951*, p. 132.

<sup>489</sup> Voir Eugène SUY, *Les actes juridiques unilatéraux...* *op. cit.*, 1961, p. 111 qui analyse l'effet juridique de ces promesses sous l'angle d'une rencontre offre-acceptation, soit que la promesse ne prenne véritablement effet qu'à la suite d'une acceptation réciproque, soit que la promesse puisse se rattacher à une offre préalable. Cette analyse posée par la Cour Permanente est reprise par la CIJ jusqu'en 1974, voir

autonome dans le cadre de l'affaire des *Essais nucléaires* en 1974<sup>490</sup>. Cette atteinte au consensualisme<sup>491</sup> a toutefois été relativisée depuis. La Cour revient dès 1984 à une vision plus classique de la promesse unilatérale en subordonnant son effet juridique à l'existence d'un rapport si ce n'est bilatéral, tout au moins consensuel<sup>492</sup>. Cette méfiance jurisprudentielle à l'égard des effets juridiques des actes unilatéraux a trouvé un écho profond au sein de la doctrine volontariste<sup>493</sup>. Sur le plan doctrinal, l'appréhension consensualiste du droit international a été favorisée par la domination de ces réflexions doctrinales. Celles-ci, en voyant dans le consentement des Etats l'origine du caractère obligatoire du droit international, font du consensualisme un principe ordonnateur du système juridique international auquel peut se ramener l'ensemble des modes de formation du droit international<sup>494</sup>. Résumé dans la formule selon laquelle les Etats sont

---

par exemple voir par exemple CPJI, arrêt du 5 avril 1933, sur le *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*, Série A/B n° 53, p. 71.

<sup>490</sup> « Aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé », CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, Rec. CIJ 1974, p. 267, §43.

<sup>491</sup> Atteinte à nuancer comme le relève Prosper WEIL : « La théorie nouvelle [posée dans l'affaire des *Essais nucléaires*], tout audacieuse qu'elle se voulût, prenait en effet appui sur des considérations tenant à la « confiance réciproque » et « mutuelle », à la « bonne foi », à la « sécurité des relations internationales ». [...] Par-delà les affirmations d'unilatéralité pure, on n'était pas loin, on le constate, de reconnaître le caractère « réciproque » et « mutuel » - en claire : contractuel – dans lequel l'effet normatif de ces actes prétendument unilatéraux prenait racine », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, p. 157.

<sup>492</sup> Voir en ce sens, CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec. CIJ 1986, pp. 132-133, §261-262 dans lequel la Cour dénie la valeur juridique d'un engagement du Nicaragua en estimant que l'on était en présence que d'« une simple déclaration ne comportant pas d'offre formelle pouvant constituer, par son acceptation, une promesse en droit, donc une obligation juridique » ainsi que CIJ, arrêt du 22 décembre 1986, *Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, Rec. CIJ 1986, pp. 573-574, § 39 où la Cour évoque une déclaration qui « ne s'inscrivait pas dans le cadre de négociations ou pourparlers entre les deux parties ; tout au plus revêtait-elle la forme d'un acte unilatéral émanant du Mali » et en conséquence, elle « estime devoir faire preuve d'une prudence plus grande encore face à une déclaration unilatérale privée de destinataire précis ».

<sup>493</sup> « La tendance [de la doctrine volontariste] est alors à l'affirmation d'une dépendance quasi consubstantielle de l'acte unilatéral à l'égard d'une construction conventionnelle dont il serait inévitablement partie [...]. Ce penchant de la doctrine classique pour la négation de toute autonomie de l'acte unilatéral à l'égard du traité... », Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2002, pp. 147-148.

<sup>494</sup> Il est généralement considéré que le volontarisme trouve son expression la plus achevée dans l'œuvre de Dinizio Anzilotti qui résume ainsi la question de la formation du droit international : « Le droit international se constitue par le moyen d'accords entre les Etats [...] et il existe seulement dans les limites où des accords de ce genre sont intervenus. Les accords entre les Etats résultent généralement, ou bien de déclarations explicites de leur volonté concordante d'observer certaines normes, ou du fait même



à la fois les sujets et les auteurs du droit international, ce courant doctrinal est souvent qualifié de consensualiste<sup>495</sup>. En pratique, la jurisprudence de la CPJI puis de la CIJ a également tendu à renforcer cette vision consensualiste du droit international. Depuis les *dictum* des premiers arrêts de la Cour permanente<sup>496</sup>, et en dépit des atténuations qui ont pu y être apportées, la Cour a maintenu ce prisme consensualiste<sup>497</sup>.

**142.** Ainsi, ce consensualisme va nourrir une dimension contractualiste du droit international articulée autour de l'idée de bonne foi qui permet de créer une attente légitime chez le destinataire de l'engagement. Le rôle essentiel joué par la bonne foi en droit international s'explique pour une large partie par le substitut au formalisme en droit interne qu'elle représente. Cela s'observe tout particulièrement sur le plan de la sécurité des rapports juridiques. Le système juridique international présente une certaine faiblesse de la sécurité juridique objective, *erga omnes*, tout en étant caractérisé par une

---

qu'ils les observent comme des normes obligatoires [...]. La déclaration explicite de la volonté concordante [...] prend le nom de traité international ; l'accord tacite se manifeste généralement dans la coutume », Dinizio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, vol. I, trad. G. Gidel, Paris, Sirey, 1929, pp. 67-68.

<sup>495</sup> Voir par exemple Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, p. 68 : « le courant volontariste ou consensualiste ».

<sup>496</sup> Ainsi, après l'affaire du *vapeur Wimbledon* : « Les règles de droit liant les Etats procèdent de la volonté de ceux-ci, volonté qui se manifeste dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit », CPJI, 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus*, série A, n° 10, p. 18.

<sup>497</sup> Voir par exemple « Un Etat ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement », CIJ, Avis du 28 mai 1951 relatif aux *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *Rec. CIJ 1951*, p. 21. Cet attachement au consensualisme de la Cour s'observe particulièrement dans les affaires le confrontant à des évolutions du droit international menaçantes pour celui-ci comme la question des obligations *erga omnes* ou le *ius cogens*, voir notamment CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Affaire Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, *Rec. CIJ 1970*, p. 47, § 89 : « il peut être à première vue surprenant que l'évolution du droit ne soit pas allée plus loin et que des règles généralement reconnues ne se soient pas cristallisées sur le plan international. Néanmoins un examen plus approfondi des faits montre que le droit en la matière s'est formé en une période d'intense conflit de systèmes et d'intérêts. Des rapports essentiellement bilatéraux sont en cause, où les droits des Etats qui exercent la protection diplomatique et des Etats à l'égard desquels une protection est demandée ont dû être également sauvegardés. Dans ce domaine comme dans d'autres, un ensemble de règles n'aurait pu mûrir qu'avec l'assentiment des intéressés. ».

A propos de cette permanence de la position de la Cour, on peut observer que celle-ci nourrit en retour la doctrine volontariste et le consensualisme du droit international qu'elle défend, voir Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... », *op. cit.*, 2002, p. 129 : « l'une des nombreuses réitérations d'un principe consensualiste posé dès le premier arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'Affaire du *vapeur Wimbledon*, dans lequel la tradition volontariste voit un véritable axiome de tout le droit public international ».

sécurité juridique relative (ou subjective) bien plus affirmée. Cette divergence découle directement de la structure horizontale de la société internationale qui va favoriser la sécurité juridique *inter partes* au détriment d'une sécurité juridique objective traditionnellement assurée par un formalisme permis par la centralisation du pouvoir<sup>498</sup>. Par ailleurs, ce mouvement est renforcé par la place du principe de réciprocité, placé au cœur du fonctionnement du système juridique et qui est lié au consensualisme<sup>499</sup>.

## ***2. Un consensualisme structurant le régime conventionnel***

143. Le système juridique international s'articule autour d'une logique consensualiste qui va trouver dans le traité un terrain d'élection particulièrement favorable. Cet instrument incarne une forme d'« absolutisme contractuel » dans lequel la volonté des parties n'est pas même encadrée par la loi. Dès lors le droit des traités va s'inspirer très largement du droit des contrats et ainsi renforcer le rapprochement conceptuel entre ces deux instruments<sup>500</sup>. La conception consensualiste du traité (a) justifie la dimension consensualiste de son régime (b).

---

<sup>498</sup> Voir notamment Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, pp. 668-689 : « Contrairement à la sécurité juridique générale, la sécurité de rapports bilatéraux est très prononcée en droit international. Elle correspond et reflète les besoins particuliers d'un ordre juridique largement relativiste et interactif. La sécurité juridique s'attache dans ce volet à protéger l'attente légitime, la confiance créée et l'apparence manifestée par un certain comportement extérieur, sans égard à une volonté non intelligible pour les tiers. L'idée d'une telle protection de la sécurité entre parties n'est pas nouvelle. Le droit romain s'y rattachait à travers les *bonae fidei judicia* et la *publica fides* », p. 687.

<sup>499</sup> Voir notamment Emmanuel DECAUX, *La réciprocité en droit international*, Paris, LGDJ, 1980, 374 p. ; Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, pp. 691-715 ou encore Michel VIRALLY, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *RCADI*, vol. 122, 1967/III, pp. 1-105 : « elle [la réciprocité] constitue le moteur en même temps que le principe d'équilibre de mécanismes fondamentaux de l'ordre juridique international, concernant aussi bien la formation que l'exécution du droit. Elle présente donc un intérêt capital pour comprendre le fonctionnement de ces mécanismes. D'autre part, elle établit un lien juridique direct entre les engagements respectivement pris par les parties à un traité ou plus largement entre les obligations internationales respectives de deux États dans leurs rapports mutuels et a donc des effets sur l'existence, la portée et l'exigibilité de ces engagements et obligations », p. 54.

<sup>500</sup> Comme l'observe en 1933, et donc avant le travail de codification du droit des traités, Georges Ripert, « alors donc que la coutume internationale est muette, il n'y a qu'à chercher dans les principes généraux du droit civil contractuel les règles applicables aux contrats internationaux », Georges RIPERT, « Les règles du droit civil... op. cit. », 1933, p. 606.



### *a. Consensualisme et traité international*

144. La place accordée au consensualisme en droit international tend à favoriser l'analogie entre le traité et le contrat, longtemps perçu comme l'acte solennel par excellence<sup>501</sup> et duquel il semble, à première vue, tout à fait pertinent de rapprocher le traité<sup>502</sup>. On retrouve, sur le plan conceptuel, des traits communs dans le contrat et le traité<sup>503</sup>. Le consensualisme étant avant tout apparu et construit dans le cadre contractuel<sup>504</sup>, il est tentant pour en conserver la force explicative d'assimiler le traité au contrat de droit civil et de reprendre l'influence du consensualisme sur son régime juridique afin de l'appliquer à l'instrument conventionnel.

145. De ce rapprochement théorique entre contrat et traité international comme modalité de création des rapports juridiques par l'échange des consentements découle un rapprochement historique. L'antiquité gréco-romaine assimile en effet largement le traité international au contrat. L'utilisation commune du principe de bonne foi en est l'une des conséquences les plus marquantes. On peut le constater dès la Grèce classique où le respect des traités se fonde sur ce principe, les traités représentant des contrats<sup>505</sup>. Le rapprochement se fait de façon plus évidente encore dans le cadre du droit romain. Le traité s'y présente comme le moyen d'étendre le principe des rapports contractuels

---

<sup>501</sup> On peut définir l'acte solennel comme un acte « qui peut être conclu, au gré des intéressés, sous une forme quelconque [...] et dont on dit qu'il résulte du seul échange des consentements (*solo consensu*) dès lors que les volontés se sont accordées d'une manière ou d'une autre », Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique... op. cit.*, 2014, p. 244.

<sup>502</sup> « Instrument d'expression de volontés concordantes, le traité est d'abord un contrat. Le consensualisme qui domine tout le droit des traités réside d'abord dans l'idée que chacun des sujets qui s'engage le fait sur un strict pied d'égalité avec le ou les autres partenaires, dans la stricte mesure où il l'a librement voulu », Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... op. cit. », 2002, p. 128.

<sup>503</sup> « Il reste que le contrat, analysé surtout par les juristes comme un acte de volonté et de raison, présente aussi, par quelque côté, les caractères d'un acte de participation et de foi. Non point seulement la foi jurée par le débiteur qui s'engage, mais aussi la foi du créancier, qui fait confiance au débiteur », François TERRE, « Sur la sociologie juridique du contrat », *APD*, vol. 13, 1968, p. 75.

<sup>504</sup> « La proximité conceptuelle entre le consensualisme et le contrat n'est guère douteuse pour un civiliste. Le consensualisme répond en effet à une question posée à propos du contrat, plus précisément celle de ses modes de formation. [...] Les domaines de connaissance que le consensualisme sollicite contiennent des interrogations attachées à la problématique du contrat [...]. Il s'agit en fin de compte de considérer le contrat comme le révélateur du consensualisme », Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, p. 20.

<sup>505</sup> XENOPHON, *Cyropédie*, VII, 1, 4. Voir également Pierre DUCREY, « Aspect juridiques de la victoire et du traitement des vaincus » in Jean-Pierre VERNANT (dir.), *Problèmes de la guerre... op. cit.*, 1968, pp. 231-243.

prévus par le *ius civile* en-dehors des rapports entre citoyens romains. Dans cette conception, les traités et les contrats avec les étrangers ne sont que des déclinaisons des contrats du *ius civile* reposant non plus sur les lois de Rome mais sur le *ius gentium*<sup>506</sup>. Cette version du contrat repose sur le principe de bonne foi que va reprendre à son compte la catégorie des contrats consensuels<sup>507</sup>. Ce lien entre consensualisme et bonne foi s'établit tout d'abord dans le cas des pactes en droit romain tels qu'ils ressortent de la conception détaillée dans l'édit *de pactis*. Cet édit a pour objet l'engagement du prêteur à faire respecter ce qui a été convenu comme l'énonce la promesse d'ouverture, *pacta conventa servabo* et s'appuie pour cela sur la *fides*. Cicéron, en se fondant sur la bonne foi, voit dans cet édit la reconnaissance de la force obligatoire de tout accord de volonté<sup>508</sup>. Cela est tout particulièrement vrai pour la catégorie des pactes prétoriens. Cette catégorie regroupe les pactes pour lesquels le prêteur va ouvrir la voie à une action en justice en cas d'inexécution du fait de la mauvaise foi de l'un des co-contractants<sup>509</sup>. Mais ce sont surtout les contrats consensuels qui vont affirmer le lien entre consensualisme et bonne foi. En effet, les deux caractéristiques de ces contrats sont d'une part leur formation du fait d'un simple accord sans formalisme particulier et d'autre part, la place centrale qu'ils accordent à la bonne foi<sup>510</sup>. Celle-ci découle de leur apparition dans le cadre du *ius gentium*, avant qu'à partir du II<sup>ème</sup> siècle av. J-C., ils ne soient intégrés au *ius civile*, et ne prennent une double signification. La bonne foi se manifeste tout d'abord du fait de leur sanction par l'intermédiaire des *iudicia bonae fidei*, actions civiles et signe de leur rattachement au *ius civile*. Au-delà, cette sanction reflète l'idée que la force obligatoire de ces contrats consensuels provient de la bonne foi<sup>511</sup>. Les *iudicia bonae fidei* en tant qu'actions civiles incarnent sur le plan judiciaire les conséquences de la bonne foi

---

<sup>506</sup> « Ce qui est proprement romain, c'est l'effort fait pour soumettre le droit international aux mêmes règles que le droit civil », André PIGANIOL, *La conquête romaine... op. cit.*, 1974, p. 169.

<sup>507</sup> « Le formalisme s'atténue et, en même temps que le consensualisme gagne du terrain, la bonne foi prend place dans les relations contractuelles », David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2012, p. 124.

<sup>508</sup> Voir notamment CICÉRON, *De Officiis (Traité sur les devoirs)*, Livre III, 24, 92 et *De Inventione*, Livre II, 53, 162.

<sup>509</sup> Voir notamment David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2012, pp. 129-130.

<sup>510</sup> Il est à noter que si le consensualisme implique la bonne foi dans le cadre du droit romain des contrats, l'inverse n'est pas vrai. Comme le démontre la catégorie des contrats réels de bonne foi, la bonne foi n'implique pas nécessairement le consensualisme, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, pp. 739-745.

comme fondement de ces contrats consensuels. Actions plus tardives que les actions de droit strict, elles laissent au juge un large pouvoir d'appréciation du comportement des parties<sup>512</sup>.

**146.** Enfin, le consensualisme à l'œuvre dans le droit des traités contribue à porter un nouveau regard sur la question du formalisme de l'instrument conventionnel. Le consensualisme est traditionnellement opposé au formalisme, en permettant de concilier d'une part l'autonomie de la volonté des sujets et d'autre part, la sécurité juridique<sup>513</sup>. Au-delà du droit international, la question de leurs rapports fait l'objet d'un constat classique d'opposition, voire de supériorité du consensualisme sur le formalisme<sup>514</sup>. Ce rapport d'opposition mais aussi de coordination, puisque l'un permet de se prémunir des excès de l'autre, pose un problème particulier sur le plan du droit international en raison de la faiblesse du formalisme au sein de ce système juridique<sup>515</sup>. Cependant, cette prédominance du consensualisme en droit international, et notamment en droit des traités, ne conduit pas à une disparition du formalisme. Tout d'abord, le développement du consensualisme, s'il s'accompagne d'un recul du formalisme ne mène jamais à son

---

<sup>511</sup> « C'est dans la notion de bonne foi, devoir objectif d'honnêteté exigé de tous, valeur essentielle de l'éthique sociale romain, que les juristes romains trouvent le fondement de ces contrats consensuels », David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2012, p. 136.

<sup>512</sup> « Ces actions nouvelles [...] constituent le prolongement judiciaire de l'esprit de réciprocité fondé sur la *Fides* qui soutenait les relations des Romains avec les étrangers depuis toujours. La nouveauté est qu'il y a prise en charge de la *Fides* par la procédure civile romaine, et par là même intégration dans le droit du concept de bonne foi », Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLE, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2011, p. 74. Voir également Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, pp. 721-725.

<sup>513</sup> « Quant à la forme, la liberté contractuelle postule le consensualisme. L'échange des consentements suffit à la conclusion du contrat. Peu importe la forme dans laquelle il est constaté. La volonté ne serait plus souveraine si son efficacité était subordonnée au respect d'un certain formalisme », François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations... op. cit.*, 2009, p. 34 ; également « La théorie des obligations connaît en droit interne le problème de la compatibilité de deux exigences partiellement antagoniques : d'une part, celle de la liberté contractuelle, que traduit le principe de l'autonomie de la volonté, d'après lequel les parties au contrat peuvent conclure ce qu'elles veulent comme elles le veulent ; d'autre part, celle de la sécurité des relations juridiques, garantie traditionnellement par le formalisme juridique imposé en droit interne par la loi », Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... op. cit. », 2002, p. 129.

<sup>514</sup> « Le consensualisme apparaît comme seul admissible rationnellement. On conçoit que la volonté engage l'individu, mais non que cette volonté pour être efficace, doive être coulée dans un moule, ou accompagnée d'une remise de la chose », François CHABAS, *Leçons de droit civil*, vol. 1, Paris, Montchrestien, 1998, n° 67.

<sup>515</sup> Voir *supra* 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, 1. a.

absence. En effet, jusque dans le droit des contrats contemporains, on observe la permanence d'un formalisme en dépit de l'importance prise par le consensualisme dans la conception moderne du contrat. Plus que des rapports d'exclusions, ils semblent entretenir un rapport de complémentarité. Si le consensualisme en matière contractuelle se traduit par l'exclusion des conditions de forme dans la définition du contrat et réduit celle-ci à un échange des consentements, on ne peut oublier la persistance du formalisme dans le régime juridique du contrat. Ce maintien d'un certain formalisme a pour but la protection de l'intégrité du consentement, essentielle dans le cas des rapports consensuels et à la preuve de l'engagement. En la matière, la finalité *ad validatem* du formalisme est donc avant tout une conséquence de sa finalité *ad probationem*<sup>516</sup>. Sur le plan théorique ensuite, l'opposition entre le consensualisme et le formalisme n'apparaît pas si évidente. Le consensualisme en ne prescrivant aucune condition de forme n'est-il pas une modalité du formalisme ? Ces deux notions entretiennent ainsi un rapport de complémentarité, voire de confusion plus que d'opposition<sup>517</sup>.

### ***b. Consensualisme et droit des traités***

147. L'influence du consensualisme sur le droit des traités s'observe avant tout par la reprise, au sein de son régime juridique, de règles similaires à celles du droit des contrats<sup>518</sup>. Consacré en premier lieu par le biais de la coutume, cette dimension consensualiste du régime juridique conventionnel va même être accentuée dans le cadre de sa codification par la Convention de Vienne de 1969<sup>519</sup>. Cela conduit tout d'abord à

---

<sup>516</sup> « Dans les législations primitives, le contrat ne peut se former que suivant un certain formalisme destiné à la protection du consentement et plus tard à la preuve du contrat. [...] Quand la forme est exigée, elle ne l'est plus guère que pour préconstituer la preuve », Georges RIPERT, « Les règles de droit civil... *op. cit.*, 1933, p. 597.

<sup>517</sup> « Le contenu du principe [du consensualisme] se révèle pourtant plus complexe que ne le laisse supposer l'opposition entre formalisme et consensualisme. Ce dernier a partie liée avec la forme du contrat, mais aussi avec la volonté, il fait se côtoyer deux mondes différents : celui de la forme et celui du fond. Naît alors un sentiment de confusion... », Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, p. 3.

<sup>518</sup> « Que l'on prenne [...] la matière du droit des traités ; l'on constatera qu'elle [la technique juridique] n'est pas sans rapports, c'est même un euphémisme, avec celle qu'utilisent les autres branches du droit, le droit civil notamment, dans le domaine des contrats », Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2002, p. 26.

<sup>519</sup> « Le consensualisme, au sens de liberté contractuelle des parties aux traités dès lors que leur capacité internationale est établie, domine le régime juridique des traités. Il est très clairement confirmé par la Convention de Vienne, qui lève les ambiguïtés qui pouvaient subsister sur certains points », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 114.

poser, comme dans le cas du contrat interne, une exigence de création d'un rapport d'obligations entre les parties<sup>520</sup>. Cette dimension créatrice de droit est centrale dans la définition du contrat et se retrouve dans celle du traité international. Il ne s'agit pas tant d'une condition de validité du traité (ou du contrat) que d'une condition d'existence même de celui-ci. Un contrat n'est contrat que dès lors qu'il produit des effets de droit et un traité n'est traité que dès lors qu'il produit également des effets de droit<sup>521</sup>. Cela se vérifie particulièrement dans la question de la distinction entre les accords dotés ou dépourvus d'une portée juridique. Difficile à penser sur le plan conceptuel<sup>522</sup>, la distinction entre ces deux types d'accords se fait par le biais d'une interprétation au cas par cas en s'appuyant sur la recherche d'une intention des parties de se lier juridiquement<sup>523</sup>. Ainsi, la définition du traité retenue par la Convention de Vienne se caractérise avant tout par son inspiration consensualiste qui la conduit à écarter tout formalisme poussé<sup>524</sup>. Le consensualisme à l'œuvre dans le traité international se manifeste particulièrement au sein de son régime juridique par l'importance accordée à la protection du consentement.

**148.** La reconnaissance du consensualisme dans le cadre du droit des contrats contribue à accorder une attention accrue à l'authenticité de l'engagement puisque de leur rencontre naît un rapport juridique. Surtout, celui-ci reposant par la suite sur la bonne foi, l'exigence de sécurité juridique vient renforcer cette nécessité d'une protection de l'authenticité de l'engagement. Il n'est alors pas surprenant que la

---

<sup>520</sup> « Le contrat est échange de volontés mais tout échange de volontés n'est pas contrat : il faut que les parties se proposent de créer entre elles un rapport d'obligation », Georges RIPERT, « Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux... *op. cit.*, 1933, p. 591.

<sup>521</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 2 ; également « Pour qu'un accord soit véritablement contrat, il faut qu'il ait été conclu en vue de produire des effets juridiques. [...] La qualification de contrat doit être écartée lorsque l'accord des volontés n'a pas donné naissance à des effets pourvus d'une force juridique obligatoire », Jacques GHESTIN, « La notion de contrat... *op. cit.*, 1990, pp. 18-19.

<sup>522</sup> Au-delà de la tautologie habituelle suivant laquelle le traité se distingue de l'accord dépourvu d'effets juridiques parce qu'il s'agit d'un accord pourvu d'un effet juridique.

<sup>523</sup> C'est notamment la solution retenue par la Cour internationale de Justice : « la question de savoir si un tel texte constitue ou non un accord dépend essentiellement de la nature de l'acte ou de la transaction dont il fait état », CIJ, arrêt du 19 décembre 1978, *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, *Rec. CIJ 1978*, p. 39, §96.

<sup>524</sup> « Sous l'angle de la forme, la définition est tout d'abord remarquable par sa modernité en ce sens qu'elle rompt avec une certaine conception formelle du traité [...]. C'est la Commission du droit international qui a ici joué un rôle essentiel en consacrant un plus grand consensualisme en droit des traités », Philippe GAUTIER, « Article 2 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 49.

codification du droit des traités consacrant une logique consensualiste fasse une large place à cette question en y attachant des conséquences importantes. Sur le plan international, la question est double puisqu'il s'agit de déterminer qui a compétence pour engager l'Etat et si cet engagement n'est pas vicié. L'importance du consensualisme en la matière s'observe par la réduction de la question de l'engagement à celle de la protection de son authenticité, la question de sa formalisation restant en effet secondaire du point de vue de sa validité. Ainsi, la détermination des personnes pouvant engager l'Etat est faite dès les premiers articles de la Convention de Vienne de 1969 et témoigne de ce prisme consensualiste en attachant au non-respect des dispositions de l'article 7 une conséquence encore plus forte que la nullité : la non-existence<sup>525</sup>. En effet, en insérant l'article 8 dans la partie de la Convention de Vienne consacrée à la conclusion et à l'entrée en vigueur des traités, les parties ont semblé souhaiter distinguer l'absence d'effet découlant du non-respect de l'article 7 des causes de nullité d'un traité, évoquées dans une autre partie de la convention. Si cette distinction apparaît parfois floue<sup>526</sup>, elle souligne cependant l'importance attachée à l'authenticité du consentement dans le droit des traités. L'influence du consensualisme apparaît plus frappante encore avec la consécration de la théorie civiliste des vices du consentement dans le cadre du droit des traités<sup>527</sup>. Cette théorie s'inscrit dans le cadre d'une conception moderne de l'autonomie de la volonté qui conduit à développer une vision subjectiviste de la volonté dans laquelle prime la volonté réelle sur la volonté déclarée<sup>528</sup>. Le volontarisme du droit

---

<sup>525</sup> Article 8 de la Convention de Vienne de 1969 : « Un acte relatif à la conclusion d'un traité accompli par une personne qui ne peut, en vertu de l'article 7, être considérée comme autorisée à représenter un Etat à cette fin est sans effet juridique, à moins qu'il ne soit confirmé ultérieurement par cet Etat ».

<sup>526</sup> Voir notamment Nicolas ANGELET et Tamara LEIDGENS, « Article 8 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 251-252.

<sup>527</sup> Voir les articles 48 à 52 de la Convention de Vienne de 1969. Le caractère coutumier de ces dispositions ont fait débat devant la CDI. En effet, sans méconnaître l'impossibilité de considérer comme valide un traité découlant d'un engagement vicié, ces dispositions semblent plus codifier des principes généraux du droit que des normes coutumières, voir notamment Gérard NIYUNGEKO, « Article 49 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 1781-1785. Sur la théorie des vices du consentement en droit civil, voir notamment François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations... op. cit.*, 2009, pp. 230-233 ou Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 2 : Les biens, les obligations... op. cit.*, 2004, pp. 1989-2008.

<sup>528</sup> Sur les rapports entre consensualisme et construction de la théorie des vices du consentement, voir Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, pp. 321-333, notamment : « Le passage des « vices du contrat » aux « vices du consentement » est un moment clé dans l'élaboration de la notion consensualiste du contrat. [...] La tendance à accroître la valeur des éléments subjectifs à l'intérieur de ce dernier [le consentement], donc à en faire une donnée complexe, se traduit d'abord par une multiplication des

international ne pouvait alors qu'accueillir favorablement une telle conception du consentement et de son défaut.

**149.** Ce souci de l'authenticité du consentement dans le cadre de rapports juridiques consensuels est perçu dès l'Antiquité même si sa consécration dans le cadre du droit romain des contrats fait débat. En effet, le formalisme du droit des contrats romain conduit à écarter la question du consentement lors de la formation du contrat. Celui-ci n'apparaît que de façon indirecte lorsque l'on constate son absence ou son exclusion<sup>529</sup>. La première hypothèse renvoie à la recherche de l'existence d'une concordance des volontés, son défaut empêchant la formation du contrat<sup>530</sup>. En raison du formalisme, c'est la manifestation extérieure de cette volonté qui importe plus que l'intention réelle. La seconde, celle de l'exclusion du consentement du contrat, découle d'une erreur<sup>531</sup>. Cette reconnaissance de l'erreur comme vice du consentement dans le cadre du droit des contrats romain est cependant à distinguer de son équivalent dans la théorie moderne des vices du consentement. Celle-ci doit donc, pour avoir un effet, exclure le consentement<sup>532</sup>. Ainsi, le droit romain ne conçoit pas la question des vices du consentement dans le cadre d'une conception subjectiviste tendant à protéger l'intention réelle des co-contractants. Il s'agit avant tout de préserver l'unité du contrat en faisant du consentement un élément technique dont la présence est nécessaire à la validité du contrat<sup>533</sup>. Dans le domaine des rapports internationaux, le sujet de l'authenticité de l'engagement est traité à travers la question de la détermination des personnes pouvant

---

sanctions juridiques qui l'encadrent. [...] [Il] apparaît peu contestable de considérer les vices du consentement comme une étape décisive dans le consensualisme », p. 321.

<sup>529</sup> « Paradoxalement conçu comme un élément intangible du contrat, le consentement romaniste ne se révèle à l'interprète qu'au travers des règles qui sanctionne son absence [...] ou son exclusion du contrat », Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, p. 315.

<sup>530</sup> *Institutes* de Justinien, 3, 19, 5.

<sup>531</sup> *Digeste*, 50, 17, 116, 2 : *non videntur qui errant consentire* (« ceux qui sont dans l'erreur ne sont pas censés consentir »).

<sup>532</sup> « [L]es romains admettent l'erreur comme cause de nullité, mais seulement dans la mesure où elle est exclusive de tout consentement », Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, p. 846.

<sup>533</sup> « [L]'erreur en droit romain consiste en une discordance entre les déclarations de volonté des contractants et non dans une discordance entre la volonté interne et la volonté déclarée. [...] Le consentement n'est pas un objet complexe car son contenu n'est pas discuté. En définitive, il est traité comme un élément technique à défaut duquel le contrat est vicié », Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, pp. 317-318.



engager la cité<sup>534</sup>. Comment expliquer cette différence de traitement entre l'attachement à une détermination claire des personnes pouvant exprimer l'engagement de Rome sous peine de sanctions fortes pour le traité et l'incertitude entourant la place des vices du consentement ? On peut y voir le reflet d'un consensualisme plus largement reconnu sur le plan de l'esprit du droit que sur le plan du droit réellement applicable. Cette distinction renvoie au paradoxe du consensualisme dans les droits antiques. Consacré théoriquement, il reste faiblement reconnu dans les législations positives, notamment dans le droit des contrats en raison de la place plus réduite faite au consensualisme en la matière. La logique consensualiste du droit des traités, en faisant porter une attention décisive à la protection de l'authenticité de l'engagement va cumuler le sujet, ancien, de la détermination des pleins pouvoirs, avec la théorie plus récente des vices du consentement. L'influence du consensualisme moderne tel qu'il se déploie en droit des contrats se fait ressentir de façon plus directe. En effet, le consensualisme en tant qu'effort doctrinal de conceptualisation des rapports contractuels va progressivement donner une place plus importante à la question du consentement<sup>535</sup>. Tout d'abord en élaborant un régime commun de protection de son authenticité, puis en l'intégrant au cœur de la définition même du contrat<sup>536</sup>. Ainsi, l'identification du traité par l'intermédiaire des engagements conventionnels traduit bien l'influence du consensualisme dans le droit international et les effets du rapprochement entre le traité international et le contrat de droit interne. La reprise par le droit des traités de la théorie des vices du consentement est donc le résultat d'une construction doctrinale largement postérieure au droit romain qui n'en jette que les prémices.

---

<sup>534</sup> Voir *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 4, Chapitre 2, Section 1, 1. a.

<sup>535</sup> « Pour produire des effets de droit le consentement doit présenter certaines qualités que la théorie générale des obligations a depuis longtemps systématisées suivant des lignes directrices analogues dans presque tous les droits nationaux [...]. Il s'en faut que les principes du droit privé soient transposables sans difficulté aux relations internationales », Paul REUTER, « Principes de droit international public... *op. cit.*, 1961, p. 539.

<sup>536</sup> « A l'époque du droit romain, le consentement est un élément nécessaire au contrat. Il participe de la notion de pacte qu'une procédure légale transforme en contrat donnant naissance à une action. Le consentement contribue à structurer le contrat. Il apparaît une donnée objective dont l'absence affecte la validité du contrat et dont l'irrégularité a des conséquences juridiques. A l'origine, donc, le consentement se manifeste négativement et, finalement, de manière assez secondaire. L'analyse du consentement dans les systèmes juridiques postérieurs révèle que, de marginal, le consentement devient essentiel par l'acquisition des qualités subjectives que lui insuffle l'œuvre doctrinale de systématisation, et devient peu à peu la notion dominante du contrat », Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, p. 313.



**150.** Au-delà du stade de la formation du traité, l'influence du consensualisme en droit des traités s'observe sur le plan de ses effets avec la reconnaissance de leur effet relatif<sup>537</sup> et l'importance accordée au principe de bonne foi. Principe cardinal du droit international, la bonne foi a prospéré conjointement au consensualisme. Ce lien avec le consensualisme reflète comment l'engagement unilatéral fondé sur la bonne foi permet de former un rapport juridique marqué par une certaine réciprocité dès lors qu'il s'inscrit dans une rencontre avec un autre engagement unilatéral également fondé sur la bonne foi. On observe plus particulièrement que la réciprocité occupe une place limitée dans le consensualisme. En effet, la liberté contractuelle tend à consacrer un unilatéralisme tempéré par le principe de bonne foi mais n'incluant la réciprocité que de façon marginale<sup>538</sup>.

**151.** L'influence du consensualisme dans le régime juridique du traité incite à insérer celui-ci, comme le contrat de droit interne, dans une théorie générale de la convention<sup>539</sup>. Derrière le consensualisme du droit des contrats apparaît une théorie générale de la convention que l'on retrouve aussi bien sur le plan du droit privé que public, interne qu'international<sup>540</sup>. L'approche consensualiste du traité international incarne cette racine commune au traité et au contrat, celle de la reconnaissance des effets juridiques de la convention. Il existe une réalité du consensualisme qui, s'appuyant sur le rôle de la volonté reconnue par le droit et plus particulièrement le droit international, a permis la conceptualisation du traité international et l'élaboration d'une grande partie de son

---

<sup>537</sup> Article 34 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 : « Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement ».

<sup>538</sup> « La réciprocité, en réalité, n'apparaît en matière contractuelle qu'à l'arrière-plan d'une réflexion portant sur la philosophie de l'institution. [...] Dans un système formaliste, la réciprocité n'entre pas en ligne de compte. Il suffit que les formes requises pour la passation de l'acte aient été respectées. Dans un système reposant sur l'autonomie de la volonté, les causes inverses produisent le même effet : il suffit de constater que les parties ont bien voulu s'engager », Michel VIRALLY, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain... *op. cit.*, 1967, p. 16.

<sup>539</sup> « [N]om générique donné – au sein des actes juridiques – à tout accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque », Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique...* *op. cit.*, 2000, p. 270.

<sup>540</sup> « Ainsi la disparition du formalisme originaire apparaît comme la conséquence de l'émergence de la convention. Celle-ci devient l'essence du contrat de sorte que tout échange des consentements a vocation à être sanctionné par le droit objectif. [...] A la source du concept de contrat, le consensualisme reconnaît une valeur juridique à la parole donnée qui engage juridiquement son auteur dans une convention en raison d'une règle extérieure à sa volonté », Vincent FORRAY, *Le consensualisme...* *op. cit.*, 2007, p. 304.

régime. Ce consensualisme s'appuie notamment sur une vision contractualiste des rapports juridiques qui semble trouver dans le droit international son terrain d'élection. Le traité international se voit alors accorder un rôle central dans celui-ci. Il paraît notamment y incarner le contrat de droit interne, incarnation d'autant plus forte qu'il est contrat « parfait » découlant et reposant uniquement sur la volonté des parties<sup>541</sup>. Mais ce consensualisme est également une idéologie qui conduit à limiter la compréhension et l'analyse du traité à son assimilation au contrat de droit privé.

## **Section 2 : Les limites du consensualisme comme principe de conciliation des actes conventionnels**

152. Le consensualisme à l'œuvre dans le cadre conventionnel favorise donc l'assimilation du traité au contrat et conduit à la reprise de nombre de principes de droit privé au sein du régime conventionnel. En ce sens, il apparaît comme un principe conciliateur des différents actes juridiques composant le traité en consacrant la volonté créatrice de droit des sujets internationaux. Cependant, l'étude de la naissance du consensualisme dans le droit romain démontre que le contrat n'implique pas nécessairement et uniquement le consensualisme. Le contrat comme le traité peuvent se penser au-delà du principe consensualiste. Surtout, en insistant sur la dimension contractuelle du traité, le consensualisme tend à en donner une vision réductrice. En effet, ce dernier ne peut s'assimiler entièrement au contrat en raison des différences structurelles du système juridique dans lequel il se déploie<sup>542</sup>.

---

<sup>541</sup> En ce sens, la théorie civiliste du contrat est autant inspirée par le concept de traité international que celui-ci a pu se nourrir de l'image du contrat de droit interne, voir Gregory LEWKOWICZ, « Le traité international comme figure du contrat – Le jeu de l'honneur sous les contrats dans la doctrine du droit des gens » in Grégory LEWKOWICZ et Mikhaïl XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 109 : « le traité international est conceptuellement, du moins pour la philosophie, une figure éminente du contrat. Il est en effet la réalisation empirique de la figure la plus pure du contrat que la philosophie puisse envisager : un contrat dont la force obligatoire ne semble provenir que de lui-même ».

<sup>542</sup> Comme nous le rappelle P. Reuter : « Toute la matière [conventionnelle] s'articule autour de deux pôles d'influence : l'univers du contrat, conçu en fonction de volontés antagonistes, arrêtées en un point d'équilibre, après des choix et des ajustements, et fondé sur l'équivalence, la réciprocité et l'exécution trait pour trait ; l'univers de la loi, construite juridiquement sur l'hypothèse de la recherche et de la défense d'un intérêt commun, dont les volontés en présence sont les instruments et dont le fondement est plus une volonté collective qu'un équilibre de volontés individuelles », Paul REUTER, « Principes de droit international public... », *op. cit.*, 1961, pp. 562-563.

**153.** Ainsi, le consensualisme du traité est largement comme le produit d'une vision doctrinale pouvant conduire à une approche partielle du traité. Le rapprochement entre le traité et le contrat découle d'une influence excessive du consensualisme sur le concept de contrat (1). Dès lors, le régime conventionnel souffre d'une attention excessive sur certains points et insuffisante sur d'autres (2).

### ***1. Un consensualisme en trompe-l'œil***

**154.** Le prisme consensualiste qui domine la conception classique du traité international favorise un rapprochement excessif du traité avec le contrat de droit interne. Pourtant, alors même que le concept de contrat n'implique pas nécessairement le consensualisme, le traité comme collection d'actes juridiques internationaux ne peut s'assimiler, dans le système juridique international, au contrat de droit interne. Le rappel de la conception non consensualiste du contrat en droit romain rappelle que le contrat n'implique pas le consensualisme (a). Le consensualisme du droit des traités relève plus d'une construction idéologique que d'une véritable pertinence quant au rapprochement entre le traité international et le contrat interne (b).

#### ***a. Droit romain et dimension non consensualiste du contrat***

**155.** Le droit romain nous rappelle que le consensualisme n'est pas inhérent à la notion de contrat, l'assimilation de l'un à l'autre se fait dans le cadre du droit civil moderne et sous l'influence d'une relecture en partie erronée du droit romain<sup>543</sup>. Ainsi, cela a conduit à oublier que le contrat n'implique pas le consensualisme et que, de fait, le rapprochement entre le contrat et le traité, rapprochement excessif par ailleurs, ne pousse pas nécessairement à consacrer le consensualisme dans le cadre du traité.

---

<sup>543</sup> « Alors tout contrat [romain] ne serait-il pas le produit du consentement ? Telle sera sa définition chez les romanistes modernes. Nous devons noter cependant que ce n'est pas tout à fait la doctrine romaine : le droit romain, plus réaliste, continue à voir dans le contrat une opération de transfert de biens ou de services, un *negotium*, une affaire, où d'autres facteurs interviennent que la volonté des parties », Michel VILLEY, *Le droit romain... op. cit.*, 2012, p. 116.

156. Si le consensualisme, en tant qu'idée que l'obligation contractuelle découle d'un échange des consentements, existe en droit romain, sa place doit être relativisée et nuancée. Relativisée parce que cette idée se forme progressivement et n'est consacrée que tardivement. Nuancée parce le consensualisme ne s'impose pas comme un principe général du droit civil romain<sup>544</sup>. Dans le cadre du droit romain, l'apparition de la notion de contrat se fait en opposition avec celle d'acte, l'un ne s'assimile pas à l'autre. Elle découle des réflexions entamées par les jurisconsultes à partir de la fin du I<sup>er</sup> siècle av. J-C et notamment de la définition, proposée par Labéon et reprise par Ulpien, des différents moyens de formation des obligations : l'action, la gestion ou la réunion<sup>545</sup>. Longtemps utilisés indifféremment, ces termes vont être progressivement distingués de façon plus rigoureuse. L'*actum* renvoie à l'obligation née d'un acte unilatéral tandis que le *gestum* désigne des obligations également unilatérales mais formées en-dehors de tout acte. Enfin, le *contractum* concerne les obligations consensuelles, des obligations nées d'un échange de volontés et donc des obligations qualifiées de synallagmatiques, témoignage de l'influence de la philosophie grecque sur le droit romain<sup>546</sup>. Cette conception marque une évolution décisive puisqu'elle va lier la notion de *contractum* à l'échange de volontés<sup>547</sup>. Avant cette étape, le *contractum* est utilisé de façon extrêmement large par le droit romain pour désigner aussi bien le fait de réunir des objets que des actes sans que la volonté des sujets de droit concernés ne joue un rôle quelconque. Ainsi, l'apparition de la notion de contrat dans le droit romain résulte d'abord d'une restriction du sens de *contractum*. Ce n'est qu'ensuite, en raison du développement économique du

---

<sup>544</sup> « [L]e droit romain n'a jamais connu de règle générale donnant, dans tous les domaines, un effet positif au consentement. Ainsi, par rapport au droit moderne, le principe est-il inversé : le droit romain n'est pas, d'ordinaire, consensualiste (sauf exceptions) tandis que le droit positif, en règle générale, est consensualiste (sauf exceptions) », Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, p. 783.

<sup>545</sup> « Ainsi défini [suivant la définition de Labéon] le terme *contractus* a initialement un sens assez limité et s'oppose au mot *actum* qui désigne les actes créateurs d'obligations en général », David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations... op.cit.*, 2012, pp. 119-120.

<sup>546</sup> ULPPIEN, *Livre 11 du commentaire de l'édit du préteur*, D. 50.16.19 : « Labéon, au livre I<sup>er</sup> du commentaire de l'édit du préteur, donne la définition suivante des termes agir, gérer et contracter. Il dit qu'agir doit s'entendre en général de ce qui est fait par les paroles ou par la dation d'une chose, comme dans la stipulation ou la numération ; que contracter doit recevoir un sens plus étendu, celui d'obligations de part et d'autre, ce que les Grecs nomment *synallagma* : comme l'achat, la vente, le louage, la prise de bail, la société ; et que gérer signifie une chose faite sans parole donnée ».

<sup>547</sup> Il est à noter que dans un premier temps la notion de *contractus* met en avant le caractère réciproque de l'obligation plus que la dimension consensualiste découlant de l'échange de volontés, voir David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2012, p. 120 : « dans la définition de Labéon, le critère de la réciprocité prend le pas sur celui de la consensualité ».

monde romain, que le recours de plus en plus fréquent à celui-ci ne conduise à l'élaboration de la notion de convention comme élément décisif de la formation du contrat incarnant la rencontre des volontés des parties<sup>548</sup>. Si la notion de contrat va alors impliquer l'existence d'une *conventio*, on ne peut pas pour autant en déduire une consécration du consensualisme dans le droit des contrats romains<sup>549</sup>. En effet, la classification quadripartite des contrats par Gaius suivant leur source met en avant, aux côtés des contrats nés d'un échange de consentement, ceux découlant de la réalisation d'une prestation réelle ainsi que ceux nés d'un formalisme particulier, oral ou écrit<sup>550</sup>. Le droit romain connaît donc, aux côtés des contrats consensuels, des contrats réels et des contrats formels, classification maintenue tout au long de l'histoire de Rome<sup>551</sup>. Les différents contrats consensuels du droit romain ne sont ainsi qu'un type de contrat parmi d'autres. Si leur importance quantitative est de plus en plus grande comparée aux contrats réels et formels, le droit romain n'assimilera jamais totalement contrat et consensualisme<sup>552</sup>. Certes les contrats formels comme les contrats réels vont supposer l'existence d'une *conventio* mais cet échange de volonté, s'il est une condition nécessaire à la formation de ces contrats, n'est pas suffisant comme c'est le cas pour les contrats consensuels<sup>553</sup>. Le consensualisme qui apparaît dans le cadre du droit des contrats

---

<sup>548</sup> ULPPIEN, *Livre 4 du commentaire de l'édit du préteur*, D. 2.14.1.3 : « s'il est vrai que le terme de convention est général, comme le dit élégamment Pedius, il n'y a pas de contrat qui ne contienne pas en soi de convention, soit qu'il s'agisse d'obligation qui se forme par la remise d'une chose, soit par le prononcé de paroles : même la stipulation qui naît du prononcé de paroles est nulle à défaut de consentement ».

<sup>549</sup> Dans le cadre du droit civil romain, convention et contrat ne sont pas synonymes, voir par exemple Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLE, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2011, pp. 17-18 : « Si tout contrat suppose une convention, l'inverse n'est pas vrai. Toute convention n'est pas un contrat. La *conventio* a un domaine plus large et elle n'implique pas l'idée d'obligation. [...] Le *contractus* représente un moule juridique à l'intérieur duquel est venu se fixer la volonté des parties ».

<sup>550</sup> GAÏUS, 3.89 : « Les obligations contractuelles sont de quatre genres : l'obligation se contracte par prestation réelle, verbalement, par écrit ou par consentement mutuel ».

<sup>551</sup> La classification de Gaius est ainsi strictement reprise par les *Institutes* de Justinien, v. 3.13.2.

<sup>552</sup> Ainsi, si progressivement la notion de contrat va impliquer nécessairement l'existence d'une convention, les deux termes resteront distincts. Sur l'évolution des rapports entre les deux notions, voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, pp. 841-843.

<sup>553</sup> « Tout cela [l'expansion de la *conventio* dans le droit romain des contrats] ne signifie pas que le droit romain ait accouché d'une conception volontariste du contrat. Il reconnaît évidemment la liberté contractuelle. Mais la façon qu'ont les juristes romains de raisonner montre bien que l'analyse des différentes formes contractuelles a pour objectif de mettre au jour les conséquences qu'ils attachent à la *nature* de chacune d'elles [...]. Les effets d'un contrat dépendent en principe de sa nature. Ils sont déterminés objectivement », David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2012, p. 123.

romains est un consensualisme limité qui prend place au sein d'un système avant tout formaliste, bien plus qu'il n'en annonce le remplacement<sup>554</sup>.

**157.** La vision consensualiste du contrat apparaît donc comme un produit historique de la philosophie libérale qui va porter un accent particulier sur la place de la volonté<sup>555</sup>. Elle a conduit à réduire le contrat à une convention régie par la commune volonté des parties<sup>556</sup> alors même que la contractualisation du droit n'implique donc pas le consensualisme. En effet, la conception moderne de l'autonomie de la liberté dans le cadre du libéralisme politique fait de celle-ci l'inspiration essentielle du droit des contrats, notamment dans le droit civil français<sup>557</sup>. L'apport de l'Antiquité gréco-romaine offre au contraire une vision différente de la réalité contractuelle. Tant l'idée aristotélicienne de *synallagma* que le droit romain des contrats offrent une appréhension

---

<sup>554</sup> Sur l'évaluation historique des rapports entre formalisme et consensualisme dans le droit des contrats romains, voir Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, pp. 44-66. Celui-ci montre bien comment l'apparition du consensualisme dans ce cadre historique ne peut s'analyser comme une exception au formalisme qu'il serait voué à remplacer progressivement : « Doit-on considérer que le consensualisme trouve une première application en tant qu'exception directe au principe du formalisme romain ? On a pu le penser et parfois estimer que l'évolution du système juridique romain l'aurait conduit naturellement à l'avènement du consensualisme. L'affirmation doit être fortement nuancée. [...] Il faut, tout au plus, considérer que le formalisme strict connaît une certaine érosion », *Ibid.*, p. 44. Voir également Guy AUGE, « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », *APD*, Tome 13, 1968, p. 100 : « Le consentement n'était efficace à Rome que dans certains cas précis. Lorsqu'on prit en considération les contrats d'échange innomés, ils ne furent sanctionnés qu'à condition que l'une des prestations ait été exécutée, par analogie avec l'obligation contractée *re* plutôt que par extension du schéma des obligations du type consensuel : progressivement élargi, le système romain ne fut pas véritablement bouleversé, et il serait probablement anachronique de parler, en ce qui le concerne, d'une théorie générale du contrat ».

<sup>555</sup> « Notre théorie du contrat est un cadeau que nous a fait, à nous juristes, un certain groupe de philosophes de l'Europe moderne. [...] Le malheur est qu'en l'occurrence nous devons notre science juridique à des penseurs parfaitement ignorants du droit », Michel VILLEY, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », *APD*, Tome 13, 1968, pp. 3-4. M. Villey fait ici référence aux moralistes ainsi qu'aux successeurs de l'école nominaliste comme Hobbes ou Locke.

<sup>556</sup> « Le XIX<sup>e</sup> siècle a eu du contrat une conception dont un mérite est la simplicité. Accord de volontés de deux, voire plusieurs individus ayant pour objet la création, le transfert ou l'extinction des droits, le contrat et une source de droit qui se suffit à elle-même, et qui est la source de droit par excellence. [...] La position est en consonance avec l'individualisme politiquement triomphant, soutenu par une philosophie de l'autonomie de la volonté affirmée chez Kant après Rousseau, et dont les racines sont apparentes dans l'humanisme de la Renaissance », Henri BATIFOL, « La « crise du contrat » et sa portée », *APD*, Tome 13, 1968, pp. 13-14.

<sup>557</sup> « [C]'est une théorie de philosophie juridique [celle de l'autonomie de la volonté], suivant laquelle la volonté humaine est à elle-même sa propre loi, se crée sa propre obligation : si l'homme est obligé par un acte juridique, spécialement par un contrat, c'est parce qu'il l'a voulu ; le contrat est le principe de la vie juridique ; la volonté individuelle le principe du contrat. », Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 2 : Les biens, Les obligations... op. cit.*, 2004, p. 1945.

différente de cette réalité. L'échange contractuel est avant tout considéré sous l'angle de l'équilibre modifié de part et d'autre et que l'on cherche à retrouver. La convention n'est alors plus qu'une conséquence de la modification patrimoniale, un moyen de l'organiser, mais elle n'en est pas l'origine<sup>558</sup>. La notion aristotélicienne de *synallagma* en est parfaitement représentative. Celle-ci s'intéresse bien plus à l'objet de l'échange qu'à la place de la volonté qui pourrait être à l'origine de cet échange<sup>559</sup>. Pensé en lien avec la question du juste, la notion de *synallagma* porte plus sur la question de l'obligation que sur celle du contrat. L'enjeu est ici la création d'une obligation juridique visant à rééquilibrer un rapport patrimonial modifié par un acte volontaire ou non afin de se conformer à la justice commutative. Ainsi, dans le cadre du *synallagma* volontaire, son origine ne situe pas dans un échange de consentement mais dans une prestation réelle<sup>560</sup>. La pensée antique fait donc avant tout ressortir une vision du contrat marquée par le souci d'un juste équilibre entre les parties et une perspective réaliste dans laquelle la rencontre des volontés n'est qu'une cause parmi d'autres de l'établissement d'un rapport contractuel. La *Fides* joue un rôle déterminant mais certainement trompeur dans la vision contractualiste du traité. L'exigence de bonne foi qui en découle n'est pas propre au contrat mais aux actes unilatéraux qui concourent à la formation du contrat. Cette confusion vient de l'usage de la bonne foi dans le cadre du droit romain des contrats et plus particulièrement dans le *ius gentium*. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que

---

<sup>558</sup> « Le *synallagma*, ce n'est donc pas tout à fait le contrat [...]. C'est plus généralement l'échange [...]. Ce n'est pas à dire que la convention, dans les cas où elle intervient, soit sans effet sur le déroulement de l'affaire [...]. Ainsi donc la convention peut ici tenir un office qui sans doute n'est point négligeable ; pourtant elle n'est qu'un accident, qu'un accessoire dans l'échange ; ce n'est jamais elle qui constitue l'essence du *synallagma* », Michel VILLEY, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », *APD*, Tome 13, 1968, pp. 6-7. Voir également, Guy AUGE, « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius... *op. cit.*, 1968, p. 99 : « La doctrine d'Aristote [...] ménageait certes une place au consentement des parties ; mais la volonté n'y était pas l'âme du *synallagma*, l'essentiel ne tenait pas tant à l'intention des contractants qu'à l'objectivité d'un rapport d'affaires impliquant échange de biens ou de services par la mise en jeu de la justice corrective ».

<sup>559</sup> « [C]e qui constitue le trait commun par excellence de ces actes interhumains, lequel notamment a conduit Aristote à opérer leur unification conceptuelle [sous la notion de *synallagma*] est ceci : chacun des actes interhumains, qu'il soit volontaire ou involontaire, qu'il s'appelle contrat ou délit, comporte toujours un changement essentiel dans la situation de l'une des deux personnes entre lesquelles il se produit », Constantin DESPOTOPOULOS, « La notion de *synallagma* chez Aristote... *op. cit.*, 1968, p. 119.

<sup>560</sup> « Le fait seul de la déclaration de volonté de part et d'autre, et de l'accord entre ces deux volontés déclarées, c'est-à-dire la conclusion du contrat ou de la convention, ne semble pas avoir une portée décisive pour l'existence du *synallagma* respectif. Celle-ci ne se produit que du fait de la prestation effectuée par l'une des deux parties, qui entraîne le déséquilibre entre les situations de deux parties contractantes ; ce déséquilibre étant la condition essentielle de la réaction du juste correctif, c'est-à-dire de la naissance de l'obligation de le réparer et de rétablir l'équilibre antérieur », *Ibid.*, p. 122.



la bonne foi ne joue que dans le cadre d'un rapport contractuel ; de plus, loin de préfigurer le système juridique international, le *ius gentium* est resté un droit privé interne avant tout.

**158.** Le rapprochement entre contrat et traité ne conduit pas nécessairement à une consécration du consensualisme dans le cadre conventionnel. L'apparition du phénomène contractuel dans le droit romain fait ressortir en creux les limites de cette catégorie. Le contrat apparaît dans le cadre d'un questionnement et d'un souci plus larges que celui d'une catégorisation des actes juridiques, celui de la formation d'un lien juridique<sup>561</sup>. La compréhension du phénomène contractuel dans le droit romain dépend en fin de compte de l'appréhension de l'obligation juridique. Le contrat n'est ainsi qu'un support parmi d'autres des obligations. Les critiques contemporaines à l'égard du contrat en droit civil rejoignent ce constat. Le consensualisme moderne a longtemps été réticent à consacrer la possibilité d'une production d'effets de droit par la manifestation d'une seule volonté. La reconnaissance progressive de la capacité d'un acte unilatéral à faire produire des effets de droit fait resurgir la question doctrinale de la conception du traité comme l'addition d'au moins deux actes unilatéraux<sup>562</sup>. Dès lors, le contrat n'est finalement qu'une forme plus développée et aboutie de l'acte juridique dont il est une déclinaison particulière<sup>563</sup>. Cette conception du contrat comme modalité d'un lien de droit, d'un rapport d'obligations, tend à déplacer la compréhension du phénomène contractuel. Cela explique notamment l'importance attachée à la question de l'équilibre au sein de ce rapport juridique et au formalisme de sa formation plus qu'à la volonté des parties. Surtout, le contrat n'est plus ici un lien intersubjectif reposant sur des

---

<sup>561</sup> « [O]n peut considérer que le droit romain connaît à l'origine un certain nombre de liens juridiques, liens sanctionnés par la possibilité d'actions auprès du juge. Regrouper ces liens sous le titre de contrat est abusif car, d'une part, cela suppose que préexiste une catégorie conceptuelle dont ces différents liens pourraient dériver ; d'autre part, cela suppose un minimum de proximité entre les deux réalités que ce même mot désigne [...]. Ces liens relèvent tous en revanche d'une catégorie conceptuelle englobante, qui est celle de l'obligation », Pierre-Yves QUIVIGER, « Le contrat comme lien et comme bien – Sur le contrat romain selon Michel Villey » in Grégory LEWKOWICZ et Mikhaïl XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat... op. cit.*, 2009, pp. 16-17.

<sup>562</sup> Sur la question de la distinction entre acte unilatéral et contrat en droit civil et son évolution historique voir particulièrement François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations... op. cit.*, 2009, pp. 66-72.

<sup>563</sup> « Il est des actes juridiques qui ne sont pas des contrats. Mais, si les actes juridiques de cette sorte sont relativement fréquents, il faut reconnaître que (hormis le testament, qui est de droit successoral) ils



présupposés moraux, il est une catégorie de lien juridique s'insérant dans un système donné, l'influençant autant qu'il est influencé par lui<sup>564</sup>. C'est ainsi que l'on peut être tenté, à la suite de M. Villey, de voir dans le contrat une chose bien plus qu'un lien<sup>565</sup>.

### ***b. L'impossible consécration du traité comme contrat***

**159.** L'analyse des limites de la dimension consensualiste du traité international pose ensuite la question du rapprochement entre traité et contrat qui domine les analyses classiques du traité international. En effet, celles-ci, sous l'influence du consensualisme, s'appuient sur une approche que l'on pourrait qualifier de contractualiste. Le consensualisme en matière de droit des contrats établit un lien entre le consentement et la cause<sup>566</sup>. Se faisant, il pose un rapport entre le consentement et l'échange sur le modèle du contrat synallagmatique ou du *do ut des*, ce qui, sur le plan des rapports conventionnels, pousse à une analyse excessivement attachée à la recherche de la réalisation d'un échange alors même que le traité, en tant que mode de production des règles de droit international privilégié, n'obéit que trop rarement à ce modèle. Ce rapprochement conduit notamment à une consécration de principe de la réciprocité dans

---

présentent très peu de difficultés propres et passent inaperçus dans la pratique », Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 2 : Les biens, Les obligations...* *op. cit.*, 2004, p. 1935.

<sup>564</sup> Voir notamment Michel VILLEY, *Carnets*, Paris, PUF, 1995, p. 25 : « au moindre acte juridique, tous les hommes sont intéressés ; les liens juridiques de tous « forment un tissu solidaire ». Il faut apprendre à se dégager de l'abstraction qui ne considère dans un contrat que les deux « parties » soi-disant en cause ».

<sup>565</sup> « Et l'on a plus entendu par obligation, comme faisaient les Romains, une chose, relation sociale en laquelle sont intéressées au moins deux personnes, mais la situation objective du seul débiteur invité à tenir une certaine conduite : concept dérivé de la morale. Par contrat, le transfert réciproque de biens d'un patrimoine à l'autre, mais un échange de promesses, lieu d'application de la règle de moralité qui oblige à tenir ses promesses », Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 152.

<sup>566</sup> « L'élaboration du consentement comme élément volontaire commun à tous les contrats, pactes ou conventions ne suffit pas à constituer le consensualisme. Il manque à celui-ci l'orientation subjectiviste permettant d'approcher le contrat comme institution unitaire caractérisée par l'accord des volontés. [...] Si l'objet demeure, par définition, extérieur au mécanisme du consentement, on ne saurait cependant négliger son importance dans la construction de la notion consensualiste de contrat. Lié à la cause de l'obligation par la connexité propre au contrat synallagmatique – la cause de l'obligation d'une partie est l'objet de l'obligation de l'autre partie – il se trouve, de ce fait, attaché à l'unification du contrat réalisée sous l'influence du consensualisme. [...] Emanation de la volonté, il demeure une notion abstraite. Si l'on peut en cerner les caractères, il reste insaisissable autrement que par référence à la volonté dont il est le support et, à ce titre, n'a pas de contenu tangible. C'est la cause qui concrétise la notion de consentement », Vincent FORRAY, *Le consensualisme...* *op. cit.*, 2007, p. 310 ; p. 373.

le traité<sup>567</sup>. Pourtant cette consécration soulève un certain nombre d'interrogations au regard des évolutions contemporaines des obligations conventionnelles. Par ailleurs, la tentative doctrinale d'une distinction entre le traité-contrat et le traité-loi traduit bien le constat que l'objet du traité ne dispose pas du même lien de connexité qu'il entretient avec la cause en droit des contrats<sup>568</sup>. Cela renvoie en fait à une la différence radicale du système juridique international avec les ordres juridiques internes. Dans ces derniers, les conditions attachées à la rencontre des actes unilatéraux pour former un accord sont particulièrement développées grâce à la structure pyramidale du droit interne. Toute rencontre d'actes unilatéraux ne conduit pas à y voir la formation d'un accord entre sujets de droit. Sur le plan international, le faible formalisme comme l'absence de la hiérarchie des normes conduit à voir dans un simple faisceau d'actes unilatéraux la possibilité d'un accord. Si cela favorise une lecture consensualiste du droit international, celle-ci ne s'assimile pas au consensualisme du droit interne. Le traité n'est pas une simple rencontre de divers actes unilatéraux, il est une modalité particulière de conciliation de ces actes. Si le traité est bien un accord composé d'actes unilatéraux, tout accord international n'est pas un traité<sup>569</sup>.

**160.** L'impossible classification des traités suivant leur contenu soulève alors la question de la pertinence de l'analyse du traité à travers la distinction entre le traité comme acte et le traité comme norme<sup>570</sup>. Cette analyse découle du consensualisme dans

---

<sup>567</sup> « Tout traité international incorpore les engagements pris par chaque partie envers la ou les autres. On serait donc tenté de dire que la réciprocité est de l'essence du traité », Michel VIRALLY, « Le principe de réciprocité... *op. cit.*, 1967, p. 22.

<sup>568</sup> « Sur un plan juridique, [...], il faut bien admettre que la distinction des traités-lois et des traités-contrats n'est ni claire, ni exacte. [...] En réalité, il est très délicat de procéder à des distinctions entre traités d'après les caractères de leur contenu. En tout état de cause, il est certain que la plupart des traités n'ont pas un contenu homogène. [...] Si l'on devait donc appliquer des distinctions juridiques matérielles aux dispositions des traités, il faudrait de toute façon examiner leurs dispositions séparément sans pouvoir se contenter d'une analyse globale rudimentaire », Paul REUTER, *Introduction au droit des traités*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 1985, pp. 30-31.

<sup>569</sup> « La reconnaissance en droit international de l'existence d'un accord de volonté diffère du droit civil. En effet, là où les civilistes exigent une offre, une acceptation et la réunion des volontés, les internationalistes acceptent que les volontés des États ne coïncident pas nécessairement d'un point de vue temporel et formel, l'essentiel étant qu'elles coïncident dans leur objet. Ainsi, là où les premiers verront un faisceau d'actes unilatéraux, les seconds verront un accord », Albane GESLIN, *La mise en application provisoire des traités... op. cit.*, 2005, p. 189.

<sup>570</sup> Le consensualisme favorise en effet cette distinction entre acte et norme dans le cadre du contrat, reprise ensuite pour l'analyse du traité international, voir par exemple « ce qui caractérise le contrat, c'est

la mesure où celui-ci tend à considérer le contrat comme un acte juridique d'une part et à voir ensuite, dans le traité international, l'équivalent du contrat de droit interne. Or la consécration du consensualisme en droit interne laissent ouvertes certaines questions qui, transposées dans le cadre du droit international, fragilise l'ensemble de la conception du traité comme contrat et partant comme acte et norme. Ainsi, l'inspiration libérale du consensualisme a permis, sur le plan du droit interne, le développement du contrat au détriment de l'acte unilatéral<sup>571</sup>, la rencontre des volontés qui en résulte étant bien plus facilement intégrée à l'ordre juridique interne grâce au rôle de la loi. De son côté, l'horizontalité du système juridique international maintient une certaine valeur à l'acte unilatéral dont les effets sont difficilement appréhendés par le consensualisme.

**161.** Au-delà des analyses doctrinales du concept de traité comme acte juridique, le prisme consensualiste favorise le rattachement des actes unilatéraux au phénomène conventionnel afin d'en faire l'analyse à travers ce prisme contractualiste<sup>572</sup>. Les difficultés rencontrées par la doctrine comme par la jurisprudence pour rendre compte des effets juridiques de ces actes unilatéraux traduisent bien les excès de la vision consensualiste notamment dans son application à cette catégorie. Dédire de l'origine conventionnelle des actes unilatéraux, une « base consensuelle »<sup>573</sup> apparaît alors excessif. Cette position s'appuie tout d'abord sur une conception des actes unilatéraux réduite à la question des modes de formation du droit international sans prendre en compte la part qui relève de l'application du droit international. Surtout, la vision volontariste qui sous-tend ce rattachement des actes unilatéraux à un ensemble conventionnel apparaît

---

une procédure et des effets, c'est la procédure, un accord de volontés, par laquelle il est destiné à produire des effets de droit », Jacques GHESTIN, « La notion de contrat... », *op. cit.*, 1990, p. 10.

<sup>571</sup> Sur ce point, voir Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 2 : Les biens, les obligations ... op. cit.*, 2004, p. 56-58.

<sup>572</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, 2. b.

<sup>573</sup> La Cour internationale de justice utilise cette expression à propos de l'origine du caractère obligatoire des décisions judiciaires, v. par exemple « [une délimitation maritime] doit se faire consensuellement entre les Etats concernés, que ce soit par la conclusion d'un accord direct [...] ou par une voie de substitution mais ayant une base consensuelle », CIJ, arrêt du 12 octobre 1984, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c. Etats-Unis)*, *Rec. CIJ 1984*, p. 266, §22. L'expression est par ailleurs reprise par Prosper Weil à l'occasion de son analyse des actes unilatéraux dans son cours général et est utilisée comme synonyme d'« attache conventionnelle » pour évoquer ce phénomène d'« attraction conventionnelle », voir « Le droit international en quête de son identité... *op.cit.*, 1992, p. 151-152.

contrainte par un présupposé théorique. En effet, « le positivisme volontariste classique voit un obstacle de principe à ce qu'un Etat puisse par l'expression unilatérale de sa volonté conditionner celle des autres, également souverains, sans leur assentiment »<sup>574</sup>. Cependant, ce présupposé théorique est souvent conservé au prix de certaines contradictions. Dans le cas des actes unilatéraux collectifs comme dans le cas des actes unilatéraux des organisations internationales, le rattachement à une situation conventionnelle revient à ignorer la volonté exprimée des Etats de ne pas utiliser d'instrument conventionnel. Cela se fait au profit, soit d'une expression commune de leur opinion individuelle, soit de leur volonté de créer une personne juridique distincte investie d'une compétence normative lui permettant de recourir à des actes juridiques unilatéraux<sup>575</sup>. Ce rattachement des actes unilatéraux à un traité est avant tout une conséquence de l'engagement de l'Etat comme fondement du droit international. Si les Etats reconnaissent l'effet d'une décision judiciaire ou d'un acte d'une organisation internationale, c'est en raison d'un engagement unilatéral préalable qui se manifeste dans un cadre conventionnel. En la matière, il semble que les tentatives de rattachement des actes unilatéraux à la mouvance conventionnelle relèvent bel et bien d'un trompe-l'œil. Le consensualisme découle de l'acte plus que l'acte ne découle du consensualisme. Parce qu'il est un mode de coordination d'actes juridiques par nature unilatéraux, le consensualisme existe dès lors qu'il y a une interaction entre des actes. Plus que d'un phénomène d'attraction conventionnelle, ces actes unilatéraux subissent un effet d'attraction consensualiste propre au droit international et qui découle des propriétés de l'acte juridique international.

**162.** Le prisme consensualiste conduit également à une vision déformée de la question de l'effet relatif des traités. A la différence du contrat en droit interne et malgré son affirmation par l'article 34 de la Convention de Vienne, le principe d'effet relatif fait l'objet de nombreuses interrogations dans le cadre du traité international. Fondé sur le principe de droit romain *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, l'effet relatif apparaît plus fermement affirmé dans le cadre du traité international que dans celui du droit des contrats mais, élargi à la question de l'effet des traités à l'égard des tiers, il reste marqué

---

<sup>574</sup> Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2002, p. 147.

<sup>575</sup> Voir Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2002, pp. 148-150.

par une forte incertitude<sup>576</sup>. Le contrat interne a pourtant toujours connu des effets sur les tiers et, à ce titre, les dispositions du code civil limitant la force obligatoire du contrat aux parties souffrent de nombreuses exceptions. Historiquement tout d'abord, il a toujours été reconnu la possibilité qu'un contrat puisse obliger les héritiers de l'une des parties. Depuis, le code civil a largement consacré la stipulation pour autrui dans un certain nombre de situations. Enfin, le contrat se présente, pour les tiers, comme un fait social dont il faut parfois tenir compte<sup>577</sup>. S'agissant de la codification du droit des traités, ce sont les articles 35, 36 et 37 de la Convention de Vienne qui portent sur la possibilité pour un traité de créer des droits et des obligations à l'égard d'un État tiers. Ces articles prévoient que si les Parties l'ont prévu et si le tiers y consent, des droits et obligations conventionnelles peuvent être opposés à ce tiers, le consentement devant être exprès et par écrit dans le cas des obligations, simplement présumé pour ce qui est des droits créés au bénéfice d'un tiers. Cet impératif d'un consentement tend à écarter l'idée d'un mécanisme similaire à celui de la stipulation pour autrui qui permet de produire immédiatement à l'égard d'un tiers un effet juridique au profit de l'idée de formation d'un accord collatéral entre l'État tiers et les États parties<sup>578</sup>. Cependant, en-

---

<sup>576</sup> Voir notamment le 5<sup>ème</sup> rapport sur le droit des traités de Sir Gerald FITZMAURICE, *Ann. CDI*, 1960, vol. II, pp. 64-102 qui porte sur les effets des traités à l'égard des États tiers : « La difficulté essentielle que présente l'étude de la question tient à ce qu'en un certain sens, il n'existe en la matière qu'un seul principe ferme et dépourvu d'ambiguïté, celui que formule la maxime *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Ainsi pour l'État A, un traité conclu entre les États B et C est *res inter alios acta* [...] il n'en reste pas moins que, dans un certain nombre de cas, les traités produisent pour les États tiers ou à leur égard des effets [...] les traités peuvent, de diverses façons, avoir des effets pour les États tiers ou à leur égard, même si on doit exclure l'hypothèse que le traité lui-même puisse directement imposer des obligations ou conférer des droits à l'État tiers et même si ceci demeure en principe l'un des effets qu'un traité ne peut avoir à l'égard d'un État tiers », p. 68.

<sup>577</sup> « L'idée qu'une société serait constituée d'une somme de relations inter-individuelles qui se noueraient et se dénoueraient indépendamment les unes des autres n'est pas tenable. En dehors même des effets de droit qui ont été progressivement reconnus, l'effet de fait à l'égard des tiers est évident : le débiteur qui passe des contrats malencontreux nuit à ses créanciers, et le droit romain le savait déjà quand il admettait l'action paulienne en cas de fraude », Henri BATIFOL, « La « crise du contrat » et sa portée... *op. cit.*, 1968, p. 19.

<sup>578</sup> Voir notamment Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, pp. 89-92 ; également « L'article [35 de la Convention de Vienne] énonce [...] les conditions dans lesquelles une obligation née d'un traité peut être étendue à un État tiers. [...] Il pouvait être tentant [...] de transposer en droit international l'exception classique de la stipulation pour autrui que connaît le droit civil des contrats. Or le mécanisme ne requiert pas, en droit interne, le consentement de son bénéficiaire [...]. On ne relève, dans la pratique internationale, aucun exemple de traité créant de véritables obligations pour un État tiers sans son consentement. [...] La jurisprudence qui consacre le principe selon lequel « un traité ne fait droit qu'entre les États qui y sont parties » est à cet égard tout à fait explicite », Caroline LALY-

dehors de ces situations, la Convention de Vienne reste silencieuse sur les situations dans lesquelles le traité, se présentant alors comme un fait juridique, entraîne un certain nombre d'effets à l'égard des tiers sans nécessairement se présenter comme des exceptions au principe de l'effet relatif<sup>579</sup>. Ces difficultés proviennent de ce que le principe de l'effet relatif des traités ne se fonde pas sur une base semblable à celui des contrats. En effet, dans le cadre du droit civil, l'effet relatif des contrats découle de la logique consensualiste à l'œuvre à travers *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Dans le cadre du droit international, ce n'est pas tant le consensualisme qui consacre cette maxime que le principe d'égalité souveraineté des États<sup>580</sup>. Ainsi, le principe de l'effet relatif et les restrictions qui peuvent y être apportées, s'appuient avant tout sur la structure même du système juridique international bien plus que sur une logique consensualiste à l'œuvre dans le traité international<sup>581</sup>. Alors que le consensualisme consacre l'effet relatif du contrat afin de reconnaître la dimension créatrice de la volonté des co-contractants, l'effet relatif du traité tend avant tout à protéger la souveraineté des États tiers.

## ***2. Les insuffisances de la vision consensualiste du traité***

**163.** Au-delà d'un rapprochement doctrinal avec le contrat à la pertinence limitée, le consensualisme conduit à un certain nombre d'ambiguïtés et de déséquilibres dans le régime même du droit des traités. Celui-ci est marqué par une attention excessive à la formation du traité alors même que la portée pratique de ces dispositions fait débat, tandis que la question de la validité du traité est entachée de nombreuses inconnues.

---

CHEVALIER et Francisco REZEK, « Article 35 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 1428-1429.

<sup>579</sup> Ces situations sont celles de la clause de la nation la plus favorisée, du traité comme fait illicite pour un tiers, du traité comme précédent dans le cadre de la formation d'une règle coutumière ou encore du traité instituant des statuts ou des situations objectives.

<sup>580</sup> « Cette règle [de l'effet relatif des traités] ne fait du reste que reconnaître et appliquer un principe qui est à la base même du droit international : le principe de l'indépendance des États », CPJI, Avis consultatif du 23 juillet 1923, *Affaire de la Carélie Orientale, Série B*, n°5, p. 27.

<sup>581</sup> « Le principe de base [s'agissant des effets d'un acte à l'égard des tiers] est cependant simple : les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties à l'acte. [...] Mais [...] le problème en son essence dépasse le mécanisme technique de tel ou tel acte juridique. Il s'agit de savoir comment la société internationale peut être l'objet d'un certain ordre juridique qui s'impose en dehors même d'un

D'un côté, cet attachement excessif aux conditions de formation des traités semble paradoxale (a). De l'autre, le consensualisme rend difficile la compréhension de la validité des traités (b).

### ***a. Les paradoxes de l'encadrement juridique de la formation des traités***

**164.** Comme on peut l'observer s'agissant du contrat, la logique consensualiste favorise un intérêt particulier à l'encadrement juridique de la formation du lien conventionnel en partie au détriment du lien formé comme de ses effets<sup>582</sup>. Dans le cadre du droit international, cela s'est traduit par l'attention donnée à la question de l'encadrement du consentement étatique tout en laissant de côté, au moins au stade de la définition du traité, le sujet du lien entre ce consentement et ses effets juridiques. De plus, la grande diversité des effets juridiques du traité et l'absence d'un encadrement par la loi de la liberté conventionnelle tendent à exacerber ce problème. L'influence du consensualisme en matière du consentement conduit à une vision réductrice du traité et favorise l'assimilation du traité à un acte juridique, suivant ainsi l'évolution de la doctrine dans le domaine du contrat. Si cette influence a permis la conceptualisation de la question des vices du consentement en dépassant la diversité et le caractère incomplet des apports de l'Antiquité romaine<sup>583</sup>, elle en a également fait un élément central de la définition du contrat et du traité.

**165.** La différence entre la conception romaniste des vices du consentement comme vices objectifs du contrat et la théorie moderne des vices du consentement qui découle d'une conception subjectiviste souligne l'insuffisance du consensualisme en la matière. Sur le plan du droit international et de la question du consentement en matière

---

consentement de tous les Etats intéressés à s'en prévaloir ou obligés de le respecter », Paul REUTER, « Principes de droit international public... *op. cit.*, 1961, p. 557.

<sup>582</sup> « Le consensualisme fournit bien un critère de définition : constitue un contrat l'acte juridique bilatéral qui procède de l'échange des consentements. La difficulté vient de ce que l'identification du contrat qui en résulte ne résout, ni la question du fondement de la force obligatoire, ni celle du contenu du contrat », Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, p. 443.



conventionnelle, l'apport du consensualisme apparaît paradoxal. Tout en cherchant à préciser les conditions relatives à l'engagement conventionnel, la Convention de Vienne de 1969 consacre une vision consensualiste finalement destructrice pour l'encadrement de ces conditions<sup>584</sup>. La conception objective de la question dans le droit des contrats romain semble, malgré le formalisme qui s'y rattache, offrir une appréhension de la question plus adéquate avec les traits du système juridique international. Cette conception suppose une attention qui se porte plus sur la manifestation de la volonté que sur la recherche de sa réalité. Le primat de la volonté réelle sur la volonté déclarée impliquée par la théorie moderne des vices du consentement repose sur une fiction qui, sur le plan international, constitue un souci plus grand qu'en droit interne. Alors que cette dernière amène à penser la question du consentement sous l'angle de la validité, la conception romaniste, en insistant sur sa manifestation, s'intéresse à l'existence du consentement et partant à son opposabilité<sup>585</sup>. Ainsi, l'importance de la protection de l'intégrité du consentement qui transparait dès l'Antiquité romaine à travers l'épisode des Fourches Caudines et la question des personnes habilitées à exprimer l'engagement de la collectivité rappelle que ce sujet ne se limite pas à la question des vices du consentement. Au contraire, réduite à cette dimension, l'appréhension de la question de l'authenticité du consentement à travers le consensualisme ne permet d'apprécier que difficilement le sujet des personnes habilitées à engager l'État<sup>586</sup>.

**166.** L'assimilation, favorisée par la pensée consensualiste, du contrat à un acte juridique aggrave les conséquences de cette attention excessive portée à la question du

---

<sup>583</sup> « Le droit romain n'a pas eu de théories des vices du consentement. La violence (*metus*) et le dol étaient réprimés comme délits [...]. Quant à l'erreur, ou elle empêchait le contrat de se former [...] ou elle était indifférente », Jean CARBONNIER, *Droit civil... op. cit.*, p.

<sup>584</sup> Voir notamment Sandra SZUREK, « Article 11 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 311 : « l'article 11 en vient à affirmer le principe de la liberté de l'État quant au choix des modes d'expression de son consentement » et p. 335 : « c'est toute l'entreprise de codification relative à la conclusion des traités que l'article 11 fait vaciller ».

<sup>585</sup> « Il est [...] logique d'assimiler l'erreur et l'absence de consentement [dans le cadre du droit romain]. Dans les deux cas, on constate une divergence entre les déclarations de volonté qui s'oppose absolument à ce que le consentement (l'accord) puisse exister. On peut alors penser que dans un système de volonté déclarée, la notion d'erreur doit occuper une place analogue à celle qu'elle occupe dans le droit romain », Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, p. 317.

consentement. Elle pousse à une confusion entre les aspects procéduraux de l'acte et son résultat<sup>587</sup>. De plus, cette attention portée par le consensualisme à la question du consentement conduit à une définition du contrat ou du traité excluant la détermination de l'origine de la force obligatoire de l'accord comme de son contenu<sup>588</sup>. Le consensualisme pose alors le problème de la distinction entre accords juridiquement obligatoires et ceux qui ne le sont pas ainsi qu'entre le contenu et le contenant, le contrat comme procédure et le contrat comme résultat<sup>589</sup>. On constate ainsi que l'analyse du traité sous l'angle de sa dualité en tant qu'acte et norme a pour origine un prisme consensualiste excessif. Surtout, le consensualisme suppose ici de se voir adjoindre un certain nombre d'éléments de droit objectif qui permettent de faire produire des effets juridiques à cet échange de volontés dans le cadre du droit civil, schéma non reproductible sur le plan du droit international dans lequel ces éléments objectifs font défaut<sup>590</sup>. Le cas des réserves et, plus encore, celui du *jus cogens*, ont mis en évidence ces difficultés à consacrer des règles d'ordre objectif en droit des traités. Plus précisément, le droit des traités ne paraît pouvoir dépasser l'influence du consensualisme sur les actes conventionnels dès lors que ceux-ci sont confondus avec le traité lui-même. Ainsi, la volonté de préciser le régime des réserves établi aux articles 19 à 23 de la Convention de

---

<sup>586</sup> Voir notamment sur cette question Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2002, pp. 130-132 qui met en évidence la difficulté pour le droit des traités à penser la nature juridique des accords entre collectivités territoriales.

<sup>587</sup> « En tant qu'acte juridique, le contrat implique le concours de volontés psychologiques ; mais ces volontés psychologiques sont aussi susceptibles d'une autre qualification : elles peuvent avoir une signification objective, juridique. [...] La définition du contrat comme acte juridique ne distingue pas entre ces deux espèces de volontés. [...] Le contrat conçu comme « accord de volontés tendant à produire des effets juridiques » confond le plan procédural du *contrahere* (les paroles que l'on échange, les signatures que l'on passe) avec le plan normatif du *contractus* (les stipulations arrêtées, les dispositions fixées) », Luis CASTRO, « Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat », *APD*, Tome 13, 1968, pp. 32-33.

<sup>588</sup> « Le consensualisme fournit bien un critère de définition : constitue un contrat l'acte juridique bilatéral qui procède de l'échange des consentements. [...] Néanmoins, le consensualisme est impuissant à proposer un critère d'identification de la convention juridiquement obligatoire. De ce point de vue, il véhicule une conception du contrat ignorant certaines questions pratiques essentielles : déterminer ce qui est un contrat ; déterminer son contenu. » Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, pp. 443-444.

<sup>589</sup> Hans KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, n° 1-4, p. 33

<sup>590</sup> « Le consensualisme fournit un critère au contrat, la convention, pas un fondement à sa force obligatoire. [...] La convention suppose d'être adjoindre à un élément du droit objectif, une norme extérieure, pour produire des effets de droit », Vincent FORRAY, *Le consensualisme... op. cit.*, 2007, p. 469.

Vienne et largement marquée par le consensualisme<sup>591</sup>, s'est heurtée aux difficultés de consacrer des critères objectifs de validité des réserves<sup>592</sup>. De même, la reconnaissance du *ius cogens* comme critère de validité de l'objet du traité par le texte de la Convention se heurte en pratique à une structure du droit international peu favorable à l'établissement de régimes de validité fondés sur des normes générales<sup>593</sup>. La distinction entre le traité et l'acte juridique permet alors de mieux rendre compte que le consensualisme de l'articulation entre validité des actes composant le traité et validité du traité comme instrument.

167. Cela s'observe particulièrement autour de la question des conséquences d'un consentement conventionnel vicié. Alors même que la rareté de la pratique concernant ces hypothèses fait peser un doute sur la pertinence des articles 48 à 52 de la Convention de Vienne, les effets à attacher à un vice du consentement restent problématiques. Suivant le modèle du droit des contrats, ces vices du consentement sont causes de nullité du traité. Or, dans le cadre du système juridique international, la nullité reste difficile à appréhender tant elle est liée à la question de l'ordre public et à une logique de validité étrangère à l'horizontalité du droit international<sup>594</sup>. Cette transposition de la théorie des

---

<sup>591</sup> Voir notamment Alain PELLET, « Article 19 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 641-788, spéc. « un régime juridique controversé », pp. 673-701.

<sup>592</sup> « Il s'agirait de substituer au régime actuel de conditions d'opposabilité un régime de validité objective en fonction de normes générales, et non d'opposabilité subjective en fonction de l'attitude des autres parties [...] Les implications de la question sont donc plus générales, puisqu'une vision plus légaliste du droit des traités remplacerait le consensualisme. [...] Juridiquement, il [« Projet de guide de la pratique en matière de réserves »] n'est pas voué à être consacré par un traité et relève plutôt du *whisful thinking*. Il semble donc que le régime général demeurera aussi souple que possible, ce qui n'est nullement un obstacle à une réglementation plus ferme, puisque chaque traité peut comporter sa propre réglementation » Serge SUR, « La créativité du droit international... op. cit., 2012, p. 118.

<sup>593</sup> « Les règles impératives relèvent de l'ordre public que nous connaissons en droit interne, où elles apparaissent comme une limite à la liberté contractuelle ; en conséquence de leur importance dans l'ordre juridique, elles occupent dans la hiérarchie des règles un rang supérieur [...] qui se traduit concrètement et précisément par un certain régime : celui de la nullité des actes qu'entraîne leur violation. [...] Il en résulte [des dispositions de la Convention de Vienne relatives au *ius cogens*] que l'on demeure dans le jeu subjectif habituel des relations interétatiques : les États restent maîtres de la qualification d'impérative attachée à certaines règles, ils sont en même temps impuissants à imposer la sanction objective de la nullité. On a donc consacré un droit impératif dont la condition juridique – le régime, élément de sa définition – ne se distingue pas du jeu des règles et des obligations ordinaires », Denis ALLAND, *Manuel de droit international public... op. cit.*, 2017, pp. 139-142.

<sup>594</sup> « De cet univers d'essentielle relativité, où les questions de validité se résolvent dans des relations bilatérales, ce n'est pas le concept de nullité qui rend le mieux compte mais celui d'inopposabilité, il n'y a

vices du consentement pose la question de sa pertinence même dans le cadre d'un système juridique comme celui du droit international<sup>595</sup>.

### ***b. La difficile appréhension de la validité des traités***

168. L'attention que porte le consensualisme sur les conditions de formation du traité international met alors en lumière les difficultés à penser la question de la nullité en matière conventionnelle. Plus particulièrement, alors qu'une grande partie de l'incertitude découle de la structure même du droit international qui ne permet pas d'établir des conditions objectives de nullité, l'appréhension des conditions de validité des actes juridiques internationaux reste largement marquée par un prisme consensualiste et une assimilation excessive du traité au contrat et donc à un acte juridique. Les difficultés à penser une théorie des actes en droit international soulignent également les faiblesses qui vont s'attacher à la possibilité d'une théorie des nullités<sup>596</sup>. Classiquement, la validité d'un acte dépend d'une part de l'intégrité du consentement en ce que la volonté de son auteur doit être protégée et respectée et d'autre part, de la légalité de l'objet de l'acte<sup>597</sup>. L'horizontalité du système juridique international et le primat qu'elle

---

pas de traités nuls, il n'y a que des engagements inopposables », Jean COMBACAU, *Le droit des traités... op. cit.*, 1991, p. 110.

<sup>595</sup> Plusieurs membres de la CDI avaient fait part de leur réticence à la reconnaissance de la théorie des vices du consentement dans le cadre de la codification du droit des traités, voir *Ann. CDI*, vol. I, 1963, 678<sup>ème</sup> séance, pp. 29-34. Ainsi d'André Gros : « Il ne paraît pas justifié de transposer en droit international un cas de vice du consentement en droit privé. [...] il est en effet hasardeux de prendre des règles valables dans les contrats entre personnes privées pour les appliquer aux traités entre États qui sont autre chose que de simples contrats. [...] Lorsqu'il y a ce qu'on peut appeler « vice du consentement » il y a en réalité violation d'une règle de droit international », pp. 30-31 ; ou encore de Roberto Ago : « la théorie des vices du consentement peut être terriblement dangereuse et ouvrir la porte à des abus. Dans le droit privé, c'est le juge qui prononce la nullité d'un contrat. Mais dans le droit international, c'est l'État intéressé lui-même qui peut se déclarer non lié par un traité », p. 34.

<sup>596</sup> « C'est en matière de traités internationaux que la dialectique de la validité et de la nullité a été poussée le plus en avant. [...] Il faut dire que la matière se prêtait particulièrement bien à une élaboration poussée de la nullité, puisqu'elle pouvait puiser les concepts et la terminologie de la nullité dans les droits internes des contrats. Et pourtant cette matière n'est elle-même pas aussi convaincante qu'il ne le semble de prime abord », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, p. 320.

<sup>597</sup> « Tout acte juridique pour être valable doit répondre à une double série de conditions : en premier lieu celles qui concernent le respect des règles relatives à la formation de la volonté et à l'imputation de l'acte à un sujet de droit, en second lieu celles qui lient au fond l'auteur de l'acte », Paul REUTER, « Principes de droit international public... *op. cit.*, 1961, p. 536. Sir G. Fitzmaurice propose dans le cadre de ses rapports à la Commission du droit international sur la codification du droit des traités une tripartition des

donne à la volonté des Etats contribuent à minorer la question de la légalité matérielle de l'acte au profit de la protection de l'intégrité du consentement<sup>598</sup>. Ce trait constitutif du droit international rend particulièrement complexe la question de la nullité des actes internationaux. Cette complexité est accrue dans le cadre du traité international par le consensualisme. Celui-ci vient renforcer l'importance prise par la question de l'intégrité du consentement tout en étant peu en mesure de lever les ambiguïtés concernant les effets en cas de non-respect des conditions de validité des traités. Le traité, et donc sa validité, ne peut entièrement reposer sur le consensualisme. Le formalisme, certes réduit mais réel, identifié dans l'acte juridique se prolonge dans le traité international.

169. Sur la question même de l'intégrité du consentement, la lecture consensualiste qui est faite amène, si ce n'est à une certaine inefficacité, du moins à une série de confusions du régime de nullité en raison d'un vice du consentement, comme en témoigne le sujet de la contrainte, prévue aux articles 51 et 52 de la Convention de Vienne. Celle-ci semble devoir se cantonner à la personne (ou aux personnes) physique(s) auteur(s) de l'acte mais ne s'applique que difficilement à l'Etat comme personne morale. L'idée d'une nullité de l'acte ou du traité découlant de la contrainte à l'encontre du représentant de l'État (article 51) s'inscrit dans une logique contractuelle ancienne puisqu'elle est déjà évoquée par Aristote et consacrée par le droit romain des contrats<sup>599</sup>. Cependant, sur le plan international, cette règle ne consacre pas tant un vice du consentement qu'un souci d'ordre public. La théorie de la représentation qui fait de la personne du représentant de l'État l'incarnation physique de cette personne morale conduit à voir dans cette situation non pas un consentement vicié de l'État mais à condamner la contrariété entre la volonté déclarée du représentant contraint et la volonté réelle de l'État<sup>600</sup>. S'agissant de la contrainte directement exercée à l'encontre de

---

conditions de validité du traité, validité formelle, substantielle et matérielle qui cependant, sur le fond, renvoie à la double série de conditions évoquées par P. Reuter.

<sup>598</sup> « Le deuxième groupe de conditions [celles touchant à la validité au fond de l'acte international] dépend entièrement de la précision et de la rigueur introduites dans l'ordre juridique par la hiérarchisation des normes juridiques », Paul REUTER, « Principes de droit international public... », *op. cit.*, 1961, p. 537.

<sup>599</sup> Voir notamment ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre III, §1, 1109b-1110a et 1111b ainsi que *Digeste*, 4.2.3.

<sup>600</sup> « [L]a *ratio juris* de ce motif de nullité du traité international réside dans la théorie de la représentation. Le représentant de l'État ayant été contraint d'accepter, le traité manifeste une volonté qui n'est pas celle,

l'État, l'idée d'une nullité découlant d'un consentement vicié apparaît encore plus douteuse. Soit qu'il s'agisse d'une contrainte ou de la menace d'une contrainte sur la collectivité et qui ne peut être considérée comme une violence portant atteinte à l'intégrité du consentement car elle n'est que le reflet de la distribution inégale de la puissance dans la société internationale<sup>601</sup>. Soit qu'il s'agisse d'une contrainte illicite, et plus particulièrement du recours à la force armée, qui provoque alors la nullité de l'acte non en raison d'un vice du consentement de la partie victime mais en raison de son illicéité initiale<sup>602</sup>. Cela n'est pas sans refléter l'appréhension romaine de la question de la violence. La violence dans le cadre du droit romain des contrats n'est pas tant traitée comme vice du consentement que comme un délit dont l'illicéité entachait la validité du contrat, reflétant ici une conception plus attachée à la question de la justice de l'équilibre contractuel qu'à celle d'une protection de la volonté individuelle<sup>603</sup>.

**170.** Au-delà de la question de la contrainte, c'est l'ensemble de la question des vices du consentement suivant le modèle du droit des contrats qui apparaît fragilisée dans le cadre du système juridique international. Le sujet de la validité de l'engagement de l'État se comprend mieux en s'appuyant sur les traits structurels de la société internationale et notamment l'égalité souveraineté de ses membres étatiques que par l'importation d'une

---

réelle de l'État. Il y a donc un semblant, un ectoplasme de volonté effective de l'État derrière la quelle se dissimule la contrainte », Giovanni DISTEFANO, « Article 51 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 1841.

<sup>601</sup> « Même lorsque la terminologie paraît rapprocher la nullité des traités de celle des contrats, la similitude est plus apparente que réelle. [...] Le problème de la contrainte présente [...] en droit international des aspects tout à fait originaux. D'abord, parce que nombre de traités sont en fait conclus sous l'empire de la contrainte [...]. Ensuite, parce que, selon les termes mêmes de l'article 52 de la Convention de Vienne, c'est moins le consentement forcé qui provoque la nullité du traité que « la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies » », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... op. cit. », 1992, p. 321.

<sup>602</sup> « [L]'invalidité des traités obtenus par la menace ou l'emploi de la force est à mettre en parallèle avec le principe selon lequel on ne peut reconnaître les acquisitions de territoire par la force [...]. Ainsi conçue, la règle contenue à l'article 52 est donc moins un vice de consentement qu'une sanction particulière de l'illicéité », Olivier CORTEN, « Article 52 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 1869. En ce sens, voir également Paul REUTER, « Principes de droit international public... op. cit. », 1961, pp. 540-541.

<sup>603</sup> Voir notamment Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, pp. 850-851. Conception que l'on retrouve en partie dans la jurisprudence contemporaine qui tend à considérer la question de la violence en matière contractuelle sous l'angle de l'injustice plus que sous celle de la violation de l'intégrité du consentement.

théorie civiliste qui ne peut véritablement déployer ses effets dans le cas du traité international<sup>604</sup>. Les insuffisances de la conception consensualiste du traité, tendant à son rapprochement avec le contrat et son assimilation à un acte juridique, se retrouvent dès lors que l'on s'interroge sur l'existence d'une théorie des nullités en droit international<sup>605</sup>. Au-delà du constat classique de l'impossibilité de la constitution d'une telle théorie dans le cadre d'un système reposant plus sur une logique d'opposabilité que de validité<sup>606</sup>, la question de la nullité d'un traité souligne à nouveau la difficulté de concevoir le traité comme un acte juridique. Le travail de codification en la matière n'a pas permis d'établir de distinction claire entre nullité et inexistance d'une part et entre nullité relative et absolue d'autre part. L'article 69 de la Convention de Vienne qui porte sur « les conséquences de la nullité d'un traité » semble consacrer la nullité entendue comme inexistance du traité et donc tendre vers une nullité absolue, notamment en raison d'un vice du consentement. Pourtant, si cette nullité absolue est bien la conséquence reconnue d'un consentement vicié en raison de la contrainte exercée sur les représentants de l'État ou sur l'État lui-même, les cas d'erreur, de dol ou de corruption n'entraînent qu'une nullité relative du traité, notamment dans le cas des traités multilatéraux<sup>607</sup>. Surtout, les dispositions de l'article 69 traduisent bien l'impossibilité de reconnaître véritablement la nullité absolue dans le cadre des traités multilatéraux notamment tout comme d'en imposer les effets, particulièrement de façon rétroactive<sup>608</sup>.

---

<sup>604</sup> Voir notamment les interventions de Roberto Ago et d'André Gros, *Ann. CDI*, vol. I, 1963, 682<sup>ème</sup> séance, pp. 61-62.

<sup>605</sup> « [E]n dépit d'une élaboration très poussée par la Commission du droit international puis par la Convention de Vienne, ainsi que par une abondante doctrine, la nullité des traités reste une matière très théorique », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, p. 322.

<sup>606</sup> « Dans la mesure où il [le droit international] se développe sur un plan conventionnel et en l'absence d'une autorité commune, il suffira dans bien des cas de prononcer une simple inopposabilité pour priver un acte d'effets à l'égard d'une personne déterminée ou d'une situation donnée, tout en réservant à l'acte la possibilité de produire des effets de droit dans d'autres hypothèses », Paul REUTER, « Principes de droit international public... *op. cit.*, 1961, p. 549.

<sup>607</sup> Voir notamment Éric WYLER, « Article 48 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 1771-1772 : « il ne fait guère de doute que la nullité sanctionnant l'erreur dans la Convention de Vienne s'apparente à la nullité dite « relative » du droit interne, invocable seulement et à discrétion par l'*errans* [...] L'analogie avec la nullité « relative » se signale encore dans la Convention de Vienne par les clauses relatives à la divisibilité des traités (article 44) [...] au maintien des actes accomplis de bonne foi sur la base du traité annulé (article 69 §2) [...] et à la perte du droit d'invoquer l'erreur par confirmation de la validité du traité ou acquiescement (article 45) »

<sup>608</sup> « [S]i l'effet du vice peut faire disparaître un traité bilatéral, la question est moins simple quand il s'agit d'un traité multilatéral ; on peut, certes, imaginer qu'un seul consentement soit vicié et que la nullité ne joue que dans les relations de l'État dont le consentement a été vicié et les autres États (article 69 §4) mais cette formule est insuffisante : il faut considérer encore si la disparition du lien conventionnel pour



171. La Convention de Vienne ne pose que des solutions particulières en matière de nullités sans proposer de théorie générale ou adaptant celle-ci à la matière conventionnelle. Dans la plupart des situations, conventionnelles ou non, le relai, notamment dans le cas d'engagements contradictoires, sera pris par les mécanismes de responsabilité internationale traduisant tant les particularités du système juridique international dans son ensemble que celle de l'acte juridique international<sup>609</sup>. Parce que la notion d'acte international ne se construit pas, comme dans les ordres internes, autour de l'opposition avec la notion de fait juridique, la question de la nullité de l'acte juridique international ne concerne pas tant la validité de l'acte que la sanction de l'illégalité<sup>610</sup>. On constate que la question de la nullité s'appréhende à travers une distinction entre nullité de l'acte et nullité de l'instrument. Les nullités se rapportant au consentement sont avant tout des nullités affectant l'acte d'engagement bien plus que le traité lui-même. L'instrument conventionnel ne connaissant alors que des nullités découlant de l'illicéité de son objet. Ce second ensemble de nullités s'articule autour de la difficulté pour le droit international de penser des conditions objectives de validité d'un instrument au sein d'un système juridique international réticent à consacrer l'idée d'ordre public, pourtant non détachable de ce sujet<sup>611</sup>. D'un côté, la validité des actes se fonde pour

---

cette partie laisse subsister le traité entre les autres [...]. De même, encore, la disparition du traité nul entraîne en théorie la disparition de tous les actes et de toutes les situations fondées sur lui ; mais cette conséquence théorique en tien compte ni des cas où il y a bonne foi de l'État contractant, ni des cas où il y a mauvaise foi de cet État. Trop sévère dans le premier cas, la nullité est trop douce dans le second » Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, p. 143.

<sup>609</sup> « Suivant l'esprit du droit international, si fondamentalement différent de celui du droit étatique, la possible illégalité de l'acte juridique se résorbe, alternativement ou à la fois, dans son inopposabilité à l'État qui n'y a pas concouru et qui n'en accepte pas les effets pour lui, et dans l'illicéité des comportements qui le concrétisent », Jean Combacau, « Logique de la validité et logique de l'opposabilité... op. cit. », 1991, p. 201.

<sup>610</sup> « En réalité dans le domaine des relations internationales traditionnelles entre États l'absence d'une théorie générale des nullités est largement compensée [...] par le développement de la théorie de la responsabilité ; la notion de *restitutio in integrum* est la forme primitive d'une sanction de la légalité que les systèmes juridiques mieux ordonnés complètent par une théorie des nullités », Paul REUTER, « Principes de droit international public... op. cit. », 1961, p. 552.

<sup>611</sup> « Une nullité d'ordre public ne se conçoit que là où une autorité – juge ou autre – a le pouvoir de la constater ou de la constituer par un acte qui s'impose à toutes ses parties », Philippe CAHIER, « Les caractéristiques de la nullité en droit international et tout particulièrement dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités », *RGDIP*, 1972, p. 677. Voir *Infra* 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 1, Section 1, 2. b.

l'essentiel sur le consensualisme qui trouve, dans le droit international et l'importance qu'il accorde à l'engagement, un élément renforçant l'intérêt porté au consentement. De l'autre, la validité de l'instrument ne peut être pensée dans le cadre du consensualisme en raison de ces mêmes traits constitutifs du système juridique international<sup>612</sup>.

---

<sup>612</sup> La validité de l'instrument conventionnel s'articule autour des obligations conventionnelles en tant qu'objet du traité d'une part et autour de la question de l'insertion du traité dans le droit international, voir *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 2, Section 2, 2- pour le premier ensemble et 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 4, Chapitre 1, Section 1, 2-.

## Conclusion du Chapitre 1

172. Cette première approche de la nullité en matière conventionnelle met en évidence d'une part, les difficultés à reprendre, en droit international, les mécanismes de droit interne en raison des différences structurelles entre ces systèmes juridiques et d'autre part, l'impasse que constitue l'analyse du traité comme acte juridique<sup>613</sup>. Plus précisément, l'étude du consensualisme dans le cadre du traité international conduit à écarter le rapprochement conceptuel entre le contrat interne et l'instrument conventionnel en raison de la spécificité du système juridique international. À l'exception de l'article 53 concernant la question du *jus cogens* et renvoyant donc à la question de la validité matérielle d'un traité, les conditions évoquées de nullités des traités renvoient toutes à la validité de l'acte d'engagement conventionnel sur le modèle contractuel des vices du consentement. Plus que des conditions de validité du traité, il s'agit en fait de conditions de validité d'un acte juridique n'atteignant pas la validité du traité en tant qu'instrument. Ainsi, le non-respect de ces dispositions est sanctionné par l'inopposabilité du traité plus que par sa nullité, confirmant la composition plurielle du traité.

173. Si les actes conventionnels, et en premier lieu les actes d'engagements, sont marqués par un certain consensualisme, celui-ci ne permet pas de rendre compte de l'unité conceptuelle du traité. De plus, le consensualisme qui s'attache aux actes unilatéraux en droit international découle de la structure du système juridique international plus que de la philosophie libérale à l'œuvre dans la théorie du contrat. Ce consensualisme de l'acte unilatéral met en avant le rôle de la bonne foi dans les rapports juridiques qu'il entraîne et qui permet de dépasser son unilatéralisme<sup>614</sup>. Si l'on en

---

<sup>613</sup> « Comment alors espérer que la théorie des nullités, qui est indissociablement liée à celle des actes juridiques, soit moins hésitante que cette dernière ? On a vu, en particulier, que la théorie des actes s'efface nécessairement, dans l'ordre international, derrière la théorie des sources ; or, dans celle-ci une place centrale est occupée par la source coutumière, laquelle est rebelle par sa nature même à toute nullité. [...] L'hétérogénéité des actes juridiques internationaux constitue un autre obstacle de taille à une théorie générale des nullités. [...] En un mot, faute de tolérer une théorie des actes juridiques, le droit international ne peut accorder à la théorie des nullités qu'une place marginale », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, p. 315.

<sup>614</sup> Voir notamment Léa BRILMAYER, « From 'contract' to 'pledge' : The Structure of International Human Rights Agreements », *BYIL*, vol. 77, 2006, p. 165 ; p. 166 qui met en évidence, dans le cas des

retrouve les effets en matière conventionnelle, il ne peut permettre de saisir l'ensemble du traité. Le traité ne peut s'assimiler à un contrat, structuré par le consensualisme, et encore moins à un acte juridique. La question des nullités démontre bien que si l'inopposabilité d'un traité à l'égard d'un Etat découlant du non-respect d'une des conditions de validité de l'acte d'engagement aboutit, pour cet Etat, à une situation de nullité du traité, cela n'est pas nécessairement le cas pour les autres parties, à l'exception des traités bilatéraux. En ce sens, les dispositions relatives aux nullités du traité restent donc marquées par une vision « bilatéraliste » du traité inspirée par le consensualisme à l'œuvre dans le droit des traités. Cependant, dans le cas d'un traité multilatéral, on ne voit pas pour quelles raisons l'invalidité d'un acte d'engagement de l'une des parties entraînerait l'invalidité du traité et donc son inopposabilité à l'ensemble des parties. Ainsi, la question de la validité du traité renvoie en premier lieu à la question de la validité des actes juridiques le composant mais laisse non résolue la question de la véritable nature du traité. Le consensualisme reste insuffisant pour saisir l'unité juridique du traité international en tant que modalité d'articulation des actes juridiques le composant. La conciliation des actes conventionnels ne se fait pas par le consensualisme mais par sa dimension écrite qui amène à penser le traité comme un instrument du droit international plus que comme un acte.

---

traités en matière de droit international des droits de l'homme la distinction entre la réciprocité que peut entraîner l'engagement conventionnel et l'éventuelle réciprocité qui peut ou non s'attacher aux obligations consacrées par le traité.

## Chapitre 2 : Unité conceptuelle et caractère instrumental du traité

174. La distinction entre traité et acte juridique conduit à écarter le consensualisme comme moyen de conciliation des actes conventionnels. Se pose alors une double question, celle de l'unité du concept de traité et celle de la nature du traité. Le traité possède une existence propre, distincte des actes qui le composent ainsi que le montre la question des nullités. Ces actes conventionnels se distinguent des autres actes unilatéraux non pas par leur forme mais par leur objet, la participation à la formation, l'exécution ou l'extinction d'un traité. Les actes conventionnels ne sont des éléments du traité que dans la mesure où ils se rapportent à lui. Ces actes établissent un lien entre les parties et le traité mais l'instrument conventionnel ne se réduit pas à ces actes, de la même façon que la coutume ne se réduit pas aux actes qui en constatent l'existence, font application de la règle coutumière ou s'y opposent. Ainsi, entre la pluralité des engagements unilatéraux et les effets juridiques découlant du traité<sup>615</sup>, l'unité de l'instrument conventionnel tient en son caractère écrit, critère essentiel de la distinction du traité parmi les instruments juridiques internationaux.

175. L'écrit est l'élément commun du traité qu'on l'aborde par l'intermédiaire des actes qui le composent et desquels il découle ou par le biais de ses effets. La distinction entre traité et acte juridique a pour conséquence d'écarter la possibilité d'une conception du traité autour de la distinction acte et norme, c'est-à-dire considérant le traité comme une opération puis le résultat de celle-ci<sup>616</sup>. Cependant, cette analyse permet de reconsidérer la distinction entre *instrumentum* et *negotium*, non plus dans le cadre d'une

---

<sup>615</sup> « [L]e traité résulte d'une pluralité d'actes unilatéraux contenant l'engagement des parties. Ceci ne porte pas en principe atteinte à l'unité substantielle de l'accord », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 80.

<sup>616</sup> La force de cette distinction entre acte et norme découle de l'appui qu'elle trouve dans l'analyse largement partagée, au-delà du droit international, de l'acte juridique comme *actus* et comme *actum* : « le traité est un moyen de produire du droit, un *actus*, il est aussi un produit, un *actum* qui s'analyse parfois, mais pas toujours, en terme d'énoncés normatifs. Cette double expression permet, en outre, d'étendre le raisonnement à l'ensemble des modes de création du droit », Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, p. 15. Voir également, *Ibid.*, pp. 10-17 pour l'importance de cette distinction dans la doctrine juridique, qu'elle soit privatiste ou publiciste, interniste ou internationaliste.

analyse de l'acte juridique mais dans celui du traité<sup>617</sup>. L'*instrumentum* est le lien entre les actes conventionnels et les effets conventionnels en étant à la fois l'objet des actes conventionnels et le support des effets conventionnels<sup>618</sup>. De façon en partie paradoxale considérant le caractère peu formaliste du droit international, l'*instrumentum* apparaît comme l'élément unificateur du traité et conduit donc à voir dans l'écrit conventionnel une fonction réconciliatrice entre la diversité des engagements et l'unité de l'instrument (Section 1). La nature du traité est alors celle d'un instrument spécifique du droit international (Section 2).

### **Section 1 : La fonction réconciliatrice de l'écrit et l'unité conceptuelle du traité**

176. L'influence du consensualisme sur le concept de traité international a largement poussé la doctrine à écarter l'écrit comme condition d'existence, et partant de validité, du traité. La volonté des États primerait sur l'exigence d'une condition de validité formelle et notamment celle de la dimension écrite du traité<sup>619</sup> et ainsi, la plupart des auteurs ne font pas de l'écrit un critère de définition du traité international<sup>620</sup>. Pourtant, la

---

<sup>617</sup> Voir notamment la définition de l'« Acte » proposée par le dictionnaire Salmon : « Le mot « acte » peut avoir diverses significations [...] celle d'un acte juridique au point de vue matériel, celle d'un acte juridique au point de vue formel », Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public... op. cit.*, 2001, p. 24. A propos de la première, il est précisé que l'acte juridique matériel est « une opération juridique dans le sens de *negotium* », *Ibid.*, p. 28 ; tandis que la seconde renvoie à « l'écrit constatant un acte juridique. Acte instrumentaire dans le sens d'*instrumentum* », *Ibid.*, p. 33.

<sup>618</sup> « [L]'instrument [ici au sens d'*instrumentum*] s'agrégeant le cas échéant à chacun de ces deux termes [ceux d'*actus* et d'*actum*], participant tour à tour de l'opération conventionnelle et du résultat produit », Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, p. 11.

<sup>619</sup> « Le traité est une manifestation de volontés convergentes imputables à des sujets de droits. Cette manifestation est à la fois nécessaire et suffisante. [...] Suffisante, elle entraîne que le traité peut être verbal, même si la catégorie des accords verbaux demeure marginale et n'est pas de ce fait retenue par la Convention de Vienne », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 79.

<sup>620</sup> Voir par exemple « une manifestation de volontés concordantes imputables à deux ou plusieurs sujets de droit international et destinée à produire des effets de droit selon les règles du droit international », Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, p. 33 ; « Le mot traité désigne tout accord conclu entre deux ou plusieurs sujets de droit international, destiné à produire des effets de droit et régi par le droit international », Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET et Daniel MÜLLER, *Droit international public... op. cit.*, 2009, p. 132 ou encore « le traité est l'expression de volontés concordantes, émanant de sujets de droit dotés de la capacité requise, en vue de produire des effets juridiques régis par le droit international », Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 295.

Convention de Vienne écarte la catégorie des accords verbaux et fait de l'écrit un des critères de définition du traité international<sup>621</sup>. Cette restriction du champ de la Convention de Vienne est généralement expliquée par les difficultés s'attachant à la définition, l'identification et au régime de tels accords verbaux ainsi que par une place finalement assez marginale en droit positif<sup>622</sup>. Subsisterait alors une définition coutumière du traité international intégrant les accords verbaux et une définition conventionnelle les écartant.

177. Cette coexistence de deux définitions reste pourtant peu satisfaisante du point de vue logique. Surtout, la définition dite coutumière conduirait à intégrer dans le concept de traité tout instrument de droit international dans la mesure où il découle nécessairement d'un engagement international et donc d'une manifestation de volonté. Ainsi, un acte unilatéral et une réaction, y compris parfois un silence, à son égard formeraient un traité. Plus encore, dans la mesure où l'on peut entendre une coutume, notamment bilatérale, comme un accord tacite, celle-ci ne rejoindrait-elle pas également cette catégorie ?<sup>623</sup> Ces hésitations justifient que l'on revienne sur la dimension écrite du traité. L'Antiquité gréco-romaine, période de consécration progressive du droit écrit, apporte un éclairage nouveau sur les conséquences de cette dimension écrite (1). Celle-ci s'analyse ensuite comme un élément de la définition du traité international et de fait, comme une condition de validité de celui-ci (2).

---

<sup>621</sup> Article 2 §1a : « l'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international... ».

<sup>622</sup> « [E]n refusant d'examiner des accords verbaux entre États, alors que ceux-ci existent, la Conférence de Vienne confirme implicitement que les règles concernant lesdits accords ne sont probablement pas suffisamment sûres pour lui permettre de les codifier », Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET et Daniel MÜLLER, *Droit international public... op. cit.*, 2009, p. 135.

<sup>623</sup> « Cette extériorisation [de la volonté] a lieu de diverses manières, dont la plus courante et la plus sûre est d'être écrite. Elle peut aussi s'exprimer par une déclaration orale, c'est-à-dire par un comportement verbal. De plus tout comportement peut être l'expression d'une volonté et notamment un comportement actif [...]. En est-il encore de même s'il s'agit d'un comportement passif [...] ? Cette généralisation du mécanisme conventionnel présente des difficultés et soulève quelques doutes pour deux raisons : en premier lieu, tout en admettant que certaines des hypothèses évoquées puissent engendrer une obligation on peut, peut-être, fonder cette obligation autrement qu'en recourant à un mécanisme conventionnel ; en deuxième lieu, les Gouvernements hésitent à accepter avec trop de facilité la naissance d'obligations en présence de manifestations de volontés extériorisées avec insuffisamment de clarté ou d'autorité », Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, p. 34.



## ***1. La mise par écrit du droit : consécration historique et conséquences juridiques***

178. L'Antiquité gréco-romaine se caractérise, sur le plan de l'évolution du droit, par sa progressive écriture dont les conséquences portent tant sur le droit lui-même que sur l'organisation politique des sociétés concernées. L'écriture du droit tant dans les cités grecques qu'en droit romain constitue un exemple historique des plus intéressants pour appréhender la dimension écrite du traité international. L'étude de ce mouvement souligne une certaine continuité entre les sociétés grecques et romaines (a). Cette proximité s'observe particulièrement dans ses rapports avec la centralisation politique des cités et la sécularisation du droit (b).

### ***a. L'écriture du droit dans les sociétés grecques et romaines***

179. L'importance du discours et la forte dimension orale de la civilisation grecque<sup>624</sup> n'empêchent pas le développement de l'écriture du droit. Au contraire, celle-ci est indissociable du modèle politique de la cité et favorise la consécration de la loi en tant qu'unique source du droit<sup>625</sup>. La mise par écrit des lois va consacrer la législation comme une œuvre humaine caractéristique de la modernité et de la suprématie du modèle grec de la cité en tant qu'institution politique. Si les premières traces de lois écrites remontent

---

<sup>624</sup> Cela s'observe en premier lieu dans les œuvres mêmes du monde grec. Celles-ci sont avant tout des textes à vocation orale retranscrits à l'écrit que l'on pense aux nombreuses pièces de théâtres, aux discours des grands orateurs ou même au corpus platonicien qui retient la forme du dialogue. Cette oralité de la production littéraire grecque trouve certainement sa forme la plus éclatante dans les récits homériques. Enfin, cette attention aux discours et aux dialogues s'observe dans les œuvres historiques mêmes comme le montre l'*Histoire de la guerre du Péloponnèse* dans laquelle Thucydide retranscrit de nombreux discours tout en recourant à de nombreuses reprises à la forme du dialogue. Reflétant l'attention grecque portée à la parole en tant que fonction politique amenant l'action à la différence d'un écrit suspecté de figer le temps, le discours dans l'œuvre de Thucydide occupe une place qui dépasse la simple retranscription : « au-dessus de ces discours prononcés par les personnages de l'histoire il y a un discours général dans lequel ils sont pris, qu'aucun d'eux ne peut tenir et que tient l'historien lui-même : c'est celui qui développe l'ensemble de la guerre, celui où les causes ne sont plus incorporées à des personnages, à des passions, à des discours mais dégagées et formulées au-dessus des individus et des cités, comme des lois de la nature humaine », Albert THIBAUDET, *La campagne avec Thucydide* (1922), p. 35 in THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Paris, Robert Laffont, coll. Bouquins, 2007, 824 p.

<sup>625</sup> « Le droit pour les Grecs se concrétise dans la loi. [...] Les Grecs n'ont certes pas ignoré la coutume, à laquelle aucun groupe social organisé n'échappe. Mais ils ne l'ont pas fait figurer parmi les sources

au VII<sup>ème</sup> siècle av. J-C, le développement du droit écrit concerne essentiellement l'œuvre législative de la cité mais reste limité par ailleurs et notamment sur le plan de la procédure judiciaire<sup>626</sup>. La notion même de loi est un symbole de la démocratie grecque<sup>627</sup>. Derrière cette suprématie de la loi, la question de sa forme n'est pas neutre. L'*Antigone* de Sophocle évoque, à travers l'opposition entre Cléon et Antigone, cette distinction. La victoire de Cléon est celle de la reconnaissance de la loi comme étant produit de l'homme, les lois divines n'ayant qu'une valeur de commandement moral<sup>628</sup>. La distinction entre loi écrite et loi non écrite ne se limite pas à une différence formelle mais traduit la conception grecque d'une dualité du droit préfigurant le débat entre droit naturel et droit positif<sup>629</sup>. L'écriture va jouer, dans le monde grec, un rôle déterminant dans « l'invention de la loi » comme moyen d'émancipation politique<sup>630</sup>.

---

créatrices de droit. [...] Confondue avec le droit, la loi exerce une maîtrise sans partage et exige l'obéissance de tous », Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit... op. cit.*, 2006, p. 22.

<sup>626</sup> Voir Michael GAGARIN, « Écriture et oralité en droit grec », *Revue historique de droit français et étranger*, 2001/4, pp. 447-462. Cette particularité de l'évolution du droit grec traverse tant le temps, les racines de cette distinction remontant à la Grèce archaïque et connaissant leur apogée dans la Grèce des cités, que l'espace, puisque l'on retrouve ce schéma aussi bien dans les cités démocratiques qu'oligarchiques. Cela semble traduire la place accordée au droit dans la cité en Grèce, « ces deux aspects – loi écrite et procédure orale – ont permis de préserver la nature publique et communautaire du droit en Grèce. Les lois écrites ont apporté davantage d'ordre et un caractère prévisible au procédé légal [...] mais ont également mis le peuple plus directement en contact avec les règles qui régissaient la cité. Et l'exclusion de l'écriture de la procédure judiciaire a maintenu les Grecs directement impliqués dans le droit et a empêché le développement de professionnels juridiques [...] le droit grec, oral et écrit, correspondait parfaitement au désir grec d'un discours public ouvert aux membres de la communauté civique », *Ibid.*, p. 462.

<sup>627</sup> Voir *Infra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, 1., a.

<sup>628</sup> SOPHOCLE, *Antigone*. Voir également Michael GAGARIN, « Écriture et oralité en droit grec... op. cit. », 2001, pp. 449-450.

<sup>629</sup> « [L]'opposition [entre lois écrites et non écrites] est, à l'évidence, entre deux conceptions du droit : un ordre « naturel », régi par des principes supérieurs d'une portée générale et permanente, et le simple agencement d'injonctions humaines, propres à chaque cité et menacés de disparaître, lorsque leur auteur est lui-même évincé », Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit... op. cit.*, 2006, p. 24. L'auteur rappelle par ailleurs que ce thème, au-delà de Sophocle, est récurrent dans les œuvres grecques, voir par exemple THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre II, 37, 3 ou PLATON, *Les Lois*, 793 a.

<sup>630</sup> Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque... op. cit.*, 2001, pp. 11-13, notamment p. 11 : « l'écriture devait devenir très vite un moyen d'émancipation politique : par l'écriture, il devenait aisé de fixer, une fois pour toutes et à l'usage de tous, les règles qui, jusqu'alors, ne pouvaient représenter que des traditions incertaines soumises soit au secret soit à l'arbitraire des interprétations. La loi politique ne pouvait que prendre corps du jour où l'on pouvait la consigner par écrit ».

180. La connaissance pratique des lois grecques reste fragmentaire. Toutefois, les œuvres théâtrales, philosophiques ou encore historiques reflètent bien cette attention accordée aux lois écrites comme symboles du caractère démocratique des cités grecques. Cette attention aux lois écrites s'observe notamment dans l'évolution lexicale et celle des rapports entre *Diké* et *Nomos*. L'idée de justice s'exprime tout d'abord dans le terme de *Thémis* qui renvoie à l'idée d'une justice archaïque, d'un monde du pré-droit dominé par le religieux. Elle va ensuite s'incarner d'une part dans la *Diké*, qui est la justice des cités et d'autre part, dans les *nomoi*, les lois que produisent ces cités<sup>631</sup>. Le recours au terme de *nomos* à la place de *thémis* reflète cette évolution. La *Thémis*, en tant que divinité, désigne à un ensemble de règles, certes s'imposant aux hommes mais non perçues comme des commandements juridiques car s'agissant essentiellement de prescriptions coutumières, d'usages tirés de considérations religieuses. Le passage au *Nomos* traduit alors une évolution majeure car le terme va renvoyer aux règles établies par et dans le cadre de la cité, signifiant l'existence de la démocratie tout en étant leur produit<sup>632</sup>. La sécularisation du droit à laquelle on assiste dans le cadre des cités grecques avec l'avènement de la démocratie va conduire à nourrir l'idée d'une relativité de la loi menée par les penseurs sophistes et que reflète tout à fait sur le plan des rapports internationaux l'œuvre de Thucydide et son analyse de l'impérialisme athénien, également facteur de la remise en cause de la loi par les Grecs<sup>633</sup>. L'évolution historique de la pensée grecque concernant la loi est essentielle. D'abord vénérée comme signe d'émancipation politique et d'avènement de la démocratie, sa sécularisation et sa mise par écrit vont ensuite amener « une crise de la loi » nourrie par la critique des sophistes<sup>634</sup>. Dans la Grèce archaïque, c'est le terme *to graphos*, littéralement « ce qui est écrit » qui désigne la loi tandis que le *nomos* renvoie à des règles, morales ou coutumières, ne disposant pas de ce statut. Le développement de la cité et le passage à l'époque classique vont se traduire par l'utilisation du terme *nomos* pour désigner la loi. Les V<sup>ème</sup> et IV<sup>ème</sup> siècles av. J.-C. voient

---

<sup>631</sup> Jacqueline de ROMILLY, « Religion et droit dans la Grèce ancienne », *op. cit.*, 1973, pp. 5-6.

<sup>632</sup> Voir Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque... op. cit.*, 2001, pp. 9-10 et pp. 13-14. La diversité des règles considérées comme *nomos* conduit toutefois à relativiser le caractère pleinement juridique de certaines d'entre elles qui sont plus parfois plus proches de coutumes non juridiques que de véritables règles de droit, *Ibid.*, pp. 51-57.

<sup>633</sup> Voir THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre I, 76 2-3 ; 77, 3 ; Livre III, 82 et suiv ; Livre V, 89 ; 105. Par ailleurs, sur la « crise de la loi » dans le monde grec comme découlant de l'impérialisme athénien mais également de sa sécularisation et de l'influence des sophistes, voir Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque... op. cit.*, 2001, pp. 101-107.

<sup>634</sup> *Ibid.*, pp. 114-116.

se développer la mise par écrit du droit, notamment dans la cité athénienne. Cette écriture ne renvoie pas nécessairement à une volonté de codification, il s'agit avant tout de transcrire sur le plan écrit un droit largement imprégné par le caractère oral de la civilisation grecque. Cette volonté s'inscrit dans un mouvement de rationalisation et de modernité politique qui va peu à peu conduire à consacrer la domination du droit écrit sur le droit non-écrit<sup>635</sup>. Ce mouvement est indissociable de la construction de la cité en tant que centre politique. En mettant par écrit leur droit, les grecs entendent émanciper l'homme des dieux. Progressivement, la législation, du fait de son écriture, acquiert, dans les cités grecques et avant tout à Athènes, un statut proche de celle d'une religion civique faisant de celles-ci des *nomocratie*. En raison de la conception même de la loi dans la pensée grecque, l'écriture du droit occupe une place essentielle dans le développement d'un droit public au sein de ces cités<sup>636</sup>.

**181.** L'utilisation de l'écriture dans le droit romain va connaître un développement bien plus important. Elle apparaît dès 450 av. J-C avec la rédaction des Douze Tables et à partir de 300 av. J-C, on voit apparaître des éléments écrits au cours du procès. Si le nombre de lois écrites semble rester inférieur à celles des Grecs, l'utilisation importante de l'écriture dans la phase judiciaire reflète la dimension plus technique du droit romain. Cette nature particulière du droit romain est également à l'origine d'une formalisation plus importante que dans le droit grec<sup>637</sup>. En effet, la question de l'écriture du droit à Rome a un lien étroit avec sa formalisation. Le souci d'un droit écrit traduit plus le souci d'un respect des formes que le caractère démocratique des institutions comme dans le

---

<sup>635</sup> « Si l'on est toujours dans une société où le statut de l'écrit n'est pas de fonder la parole sur l'autorité de la chose écrite mais de symboliser la sanction accordée par la communauté à ce qui devient, par là, théoriquement accessible à tous, il se crée une relation hiérarchique entre ce qui est écrit et ce qui ne l'est pas. La matérialisation des lois par l'écriture, l'inscription juridique, est devenue un fait social fondamental », Marie-Hélène MACTOUX, « La polis en quête de théologie... *op. cit.*, 1990, p. 311.

<sup>636</sup> « La considération du bien général [la législation] la guide, et non le bien ou l'intérêt particuliers, fauteurs de troubles et de discorde. Elle fait de nous des hommes à part entière et non des bêtes sauvages. La législation est nécessaire au fonctionnement politique de la cité », Anne BAUDART, *Naissance de la philosophie politique... op. cit.*, 2006, p. 86.

<sup>637</sup> Cette distinction entre les mondes grec et romain dans le processus d'écriture du droit renvoie plus largement à la complémentarité de ces deux civilisations dans le développement de la science du droit : « L'originalité de la Grèce, au moins depuis l'époque des récits homériques jusqu'à l'apogée de ses philosophes au IV<sup>ème</sup> siècle, fut de laisser poètes et sages réfléchir sur le droit, sur son essence et sa primauté dans toute vie sociale, abandonnant à Rome le privilège de donner, la première, une construction du droit, émanant de spécialistes », Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit... op. cit.*, 2006, p. 11.

droit grec. Surtout, si la distinction entre droit naturel et droit positif est connue des romains, elle ne recouvre pas la distinction entre lois écrites et non écrites comme dans le cas du droit grec, ne serait-ce que parce que la conception romaine du droit déborde largement le cadre de la loi<sup>638</sup>. Dès lors, le droit romain s'incarne avant tout dans un formalisme dont le caractère écrit ou oral n'est pas déterminant, reflétant ici le souci d'inscrire le droit dans une permanence de ses principes<sup>639</sup>. Historiquement, le droit romain est l'un des premiers à reconnaître une réelle valeur juridique à la coutume bien que sa place au sein de l'ordre juridique reste incertaine<sup>640</sup>.

182. Sur le plan du droit public, l'écriture du droit à Rome n'occupe pas une place similaire à celle que connaît le monde grec. Si le droit est tout autant constitutif de la conception romaine de la citoyenneté, la loi a avant tout une visée pratique et s'occupe en premier lieu des rapports entre individus. L'écriture est mise au service de la formalisation et de la technique juridique. Toutefois, la distinction de plus en plus poussée entre droit et religion atteint progressivement le droit public romain et l'on voit apparaître et se développer un ensemble de règles publiques sécularisées<sup>641</sup>. Tandis que la civilisation grecque fait du droit et plus particulièrement de la loi, un objet de débats politiques et de réflexions philosophiques, Rome l'aborde dans une dimension en apparence plus pratique et technique<sup>642</sup>. Cependant, la continuité entre les réflexions

---

<sup>638</sup> Voir par exemple CICERON, *Topiques*, 5, 28 : « on dit que le droit civil est formé des lois, des sénatus-consultes, des décisions judiciaires, de l'autorité des juristes, des édits des magistrats, de la coutume, de l'équité ».

<sup>639</sup> « Dans le domaine juridique, nul ne voudra refuser à ce monde [celui de la Rome républicaine] les caractères propres d'une culture de l'écrit. [...] Toutefois, le droit échappe à une planification législative ou codificatrice à l'époque républicaine. La jurisprudence connaît certes des manifestations littéraires de premier ordre, mais vit et agit également dans une autre sphère », Mario BRETONE, *Histoire du droit romain... op. cit.*, 2016, pp. 182-183. Sur la conception opposée à celle du monde grec concernant la place à accorder à la loi dans le droit romain, voir notamment *Ibid.*, pp. 160-168.

<sup>640</sup> Voir notamment Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit... op. cit.*, 2006, pp. 29-32 et pp. 47-51 qui fait de la coutume, l'une des sources, certes la moins importante, du droit romain : « En dehors de la coutume, trois sources ont concouru à la formation du droit romain : une technique procédurale originale [...] ; une législation, modeste à l'époque républicaine, puis de plus en plus abondante par la suite ; une doctrine, qui connut son âge d'or entre le I<sup>er</sup> siècle av. J.C. et le III<sup>ème</sup> siècle de notre ère », p. 84.

<sup>641</sup> « Le droit public encadre cependant la souveraineté du peuple, d'une part le droit religieux, supérieur au droit public mais aussi ce droit public, dans sa dimension constitutionnelle qui oblige au respect de certaines formes », Claude NICOLET, *Rome et la conquête du monde méditerranéen... op. cit.*, 1978, p. 178.

<sup>642</sup> On constate que cette différence dans l'approche du phénomène juridique n'est pas sans lien avec la question de l'organisation politique : « Le majestueux édifice de la jurisprudence romaine ne pouvait s'élever que dans un grand empire, à la faveur d'une centralisation puissante. La Grèce a vécu dans des conditions toutes différentes. Le morcellement politique, qui avait pour résultat la diversité infinie des

grecques et la place de la loi à Rome s'incarne dans l'idée que celle-ci est le véritable souverain de ces cités<sup>643</sup>. Les sophistes vont porter la contradiction à cette conception de la loi en insistant sur le relativisme de celle-ci et sa contradiction avec l'ordre naturel. Le monde grec va finalement voir triompher la souveraineté de la loi<sup>644</sup>, débat auquel échappe largement Rome. Parce que le droit occupe une place particulière dans la conception de la cité dans les mondes grecs et romains, sa mise par écrit a nécessairement des effets sur son progressif détachement de la religion comme sur l'organisation politique des différentes entités politiques.

### ***b. Centralisation politique et sécularisation du droit***

**183.** Le processus d'écriture du droit dans les mondes grec et romain accompagne et participe à une évolution politique et juridique qui reflète une certaine modernité en ce que l'écriture du droit favorise la sécurité juridique et partant le développement d'un système juridique donné. En ce sens, le processus d'écriture du droit est indissociable du mouvement de sécularisation du droit. Cela conduit alors à voir dans cette évolution un facteur de centralisation politique favorisant l'indépendance des cités concernées.

**184.** La mise par écrit du droit accompagne le processus de sécularisation et de détachement progressif de la règle juridique du commandement religieux. Plus

---

législations, la constitution des tribunaux populaires [...] ne permettaient pas qu'il se formât une tradition juridique, ni une profession de juriconsulte, ni des écoles préparant à l'exercice de cette profession. La science du droit n'en a pas moins été cultivée mais autrement qu'à Rome. Elle a eu un caractère moins pratique, moins positif mais plus élevé », Rodolphe DARESTE, *La science du droit en Grèce – Platon, Aristote, Théophraste* [1893], Amsterdam, Editions Rodopi, 1968, pp. 3-4.

<sup>643</sup> Cette idée s'incarne tout particulièrement dans la formule de Pindare : *Nomos basileus*, « La loi est reine » reprise à l'identique au *Digeste*, 1.3.2 : *Lex est omnium regina*. Ainsi, Hérodote fonde l'opposition à la Perse autour de cette idée en distinguant le royaume dans lequel le roi est maître aux cités grecques pour lesquelles ce maître est la loi, voir HERODOTE, *Histoires*, VII, 104. Plus largement cette idée de soumission à la loi comme signe de la civilisation grecque se retrouve dans de nombreuses œuvres de la Grèce classique qui la consacre comme le signe de la véritable liberté dont jouissent les Grecs, voir par exemple SOPHOCLE, *Médée*, v. 536-538 ; *Oreste*, v. 487 ou *Les Suppliants*, v. 403.

<sup>644</sup> « Les sophistes, ces contestataires de l'Antiquité, ne virent entre les deux concepts qu'une opposition radicale. Le *nomos*, loi conventionnelle, leur parut constituer le contraire de la *phusis*, ordre naturel. [...] Aux lois écrites « positives » qui n'ont pas de titre réel à l'obéissance, il eût fallu préférer la loi de la nature qui dirait le contraire des lois positives », Michel VILLEY, *Philosophie du droit. II : Les moyens du droit*, 2<sup>de</sup> éd., Paris, Dalloz, 1984, p. 186.

particulièrement, dans le cadre de la Grèce classique, ce mouvement de sécularisation et de centralisation politique découle indirectement de la mise par écrit du droit. Celle-ci traduit une progressive substitution de la religion au droit en tant que fondement de la communauté politique que représente la cité. Ce mouvement s'explique par la forte dimension civique de la religion dans l'Antiquité grecque. L'écriture du droit, en recourant à la figure des législateurs et en instituant les juristes, renforce dans un premier temps le rôle politique de la religion puisque ces lois religieuses écrites vont former un cadre juridique stable et propre à la cité. Cependant, œuvres humaines, ces législations vont progressivement s'écarter de la religion et former le cadre juridique des cités grecques. Le droit acquiert ainsi progressivement une dimension publique qui vient conforter le pouvoir politique des cités<sup>645</sup>. Surtout, le mouvement de sécularisation du droit et plus précisément son détachement des commandements religieux dans le monde grec accompagne le développement de la philosophie stoïcienne et sa dimension cosmopolitique. En effet, les lois sécularisées se substituent progressivement à la morale religieuse pour régler une grande part des conduites individuelles. On voit, à travers les réflexions philosophiques depuis Platon jusqu'à Cicéron, le souci de poser, par la loi, un certain nombre de règles prenant la place de la religion et marquant alors l'intérêt du droit au-delà des limites de la cité et de son organisation<sup>646</sup>. La sécularisation du droit amène la substitution de la dimension civique de la religion dans les cités grecques à celle des lois humaines. Cela s'illustre notamment dans la conception platonicienne de la loi comme le montre la volonté de Socrate de se plier aux lois de la cité même si celles-ci ont conduit à sa condamnation à mort. Désobéir aux lois revient à menacer l'existence même de la cité car celle-ci s'incarne notamment dans sa législation<sup>647</sup>.

---

<sup>645</sup> « Cette logique de l'écriture qui induit la constitution d'un discours religieux officiel concernant les dieux de la cité, débouche sur une inscription sociale dans un espace politique déjà qualifié par le pouvoir théologique de la polis. [...] La cité s'approprie la seule forme de discours religieux qui lui est possible et marque son pouvoir du sceau de l'écrit », Marie-Hélène MACTOUX, « La polis en quête de théologie... *op. cit.*, 1990, p. 312.

<sup>646</sup> « Les lois morales constituent le fond de l'ordre de la cité. Leur importance est cardinale [...]. Ce qui fait le propre de chaque cité, de la citoyenneté que définissent les lois, est un mode de conduite morale. A plus forte raison est-ce l'objet de ces lois que des penseurs, surtout stoïciens, conçoivent pour la polis », Michel VILLEY, *Philosophie du droit... op. cit.*, 1984, pp. 193-194.

<sup>647</sup> Voir notamment PLATON, *Criton*, 50 a. b. : « Suppose qu'étant sur le point de nous évader, nous voyions venir à nous les lois et tout l'Etat ; ce que tu tentes qu'est-ce autre chose que de vouloir nous détruire, nous les lois et toute la Cité ? Crois-tu qu'une Cité puisse subsister [...] quand, par le fait des particuliers, les jugements rendus y sont sans force ? ».



**185.** L'idée développée par la pensée grecque de la souveraineté de la loi donne à celle-ci une fonction politique. Alors que l'écriture et son usage apparaissent bien avant la mise par écrit du droit, celle-ci est concomitante à l'apparition de la cité traduisant ainsi un rapport d'interdépendance entre cités et lois écrites. Le développement de la cité comme centre politique est favorisé par le développement du droit lui-même tributaire de l'écriture des lois<sup>648</sup>. Celles-ci sont non seulement le signe de la modernité politique du modèle de la cité ainsi que de sa supériorité car garantissant la liberté des citoyens, mais également un outil politique permettant le développement de l'ordre juridique de ces cités<sup>649</sup>. L'impact politique de la mise par écrit du droit fait cependant débat lorsqu'il s'agit d'interroger l'influence réciproque de ce processus sur le caractère démocratique ou non des cités. D'une part, l'écriture a permis en Grèce l'apparition du concept même de loi<sup>650</sup>. La mise par écrit et l'exposition publique des lois ont renforcé l'impression d'une permanence et d'une objectivité de celles-ci. De plus, elles renforcent la cité en tant qu'institution politique dont les règles transcendent tout individu pour administrer la communauté. D'autre part, l'écriture ne semble pas avoir favorisé la démocratie ou la tyrannie, ces deux types de régimes pouvant tirer profit de cette mise par écrit. On observe cependant, dès l'époque classique, la prise de considération par certains du caractère démocratique de la mise par écrit des lois<sup>651</sup>.

---

<sup>648</sup> « [B]eaucoup de lois sont écrites par l'autorité politique commune, tenant de là leur stabilité. Et il est vrai que ces lois sont l'âme de la cité et ont vocation de régenter la Politique toute entière. [...] Des lois procèdent ce qu'aujourd'hui l'on nommerait le droit constitutionnel, la division des classes sociales, la répartition des pouvoirs entre les assemblées, les conseils, les magistratures. Elles ordonnent en particulier les magistratures judiciaires et les rites de la procédure, sans lesquels ne pourrait éclore aucun droit civil – qui en sont le fondement. Les lois sont fondatrices du droit », Michel VILLEY, *Philosophie du droit... op. cit.*, 1984, p. 192. Voir également Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit...op. cit.*, 2016, pp. 75-76.

<sup>649</sup> Cette dimension politique des lois se retrouve aussi bien dans les cités grecques qu'à Rome, voir en ce sens André MAGDELAIN, *La loi à Rome. Histoire d'un concept*, 1978, Paris, Les Belles Lettres, 94 p. ; Michel VILLEY, *Philosophie du droit... op. cit.*, 1984, pp. 192-193.

<sup>650</sup> « Même si l'écriture n'est pas toujours essentielle au concept de loi, en Grèce, c'est l'écriture qui a permis de faire comprendre qu'un certain groupe de règles – les lois – pouvaient être séparées et distinguées clairement de toutes sortes d'autres règles », Michael GAGARIN, « Écriture et oralité en droit grec... op. cit. », 2001, p. 457.

<sup>651</sup> « Sous ce régime [la tyrannie], il n'y a pas de lois faites pour tous. Un seul homme gouverne, et la loi, c'est sa chose. Donc plus d'égalité, tandis que sous l'empire des lois écrites, pauvres et riches ont les mêmes droits », EURIPIDE, *Les Suppliantes*, v. 430-434. Cette vision classique, présente dès l'Antiquité, est néanmoins critiquée par l'historiographie moderne mettant en avant la dimension sociale possiblement conservatrice de ce mouvement, voir notamment Simon STODDART, James WHITLEY, « The social context of literacy in Archaic Greece and Etruria », *Antiquity*, n° 62, 1988 : « L'écriture est demeurée le

186. L'importance que joue l'écriture dans l'apparition du concept même de loi en Grèce<sup>652</sup> souligne combien l'exposition publique des lois qui en découle a renforcé l'impression d'une permanence et d'une objectivité de celles-ci. Surtout, cela met en avant la question de la place du processus de codification dans la sécularisation du droit. Ce mouvement de mise par écrit du droit entraîne un premier processus de codification qui renforce la sécularisation du droit. Là où le droit coutumier pouvait favoriser une confusion entre principes religieux et règles juridiques, les premiers inspirant largement les secondes, la codification permet de distinguer ce qui relève du droit et ce qui n'en relève pas. Cette codification, si elle renforce la sécularisation du droit, pose quelques questions quant au rapport entre droit écrit et droit coutumier puisque dès l'Antiquité, la codification d'une règle coutumière n'amenant pas sa disparition mais son maintien aux côtés de la règle écrite<sup>653</sup>. Surtout, l'activité de codification n'est jamais neutre et accompagne systématiquement une évolution du droit<sup>654</sup>. Cette situation peut conduire à des tensions entre droit écrit et droit non-écrit, notamment sur le plan interne, tout en permettant, sur le plan international de s'appuyer mutuellement l'un sur l'autre comme on le voit avec le couple engagement international-bonne foi<sup>655</sup>.

---

privilege d'une classe de scribes, et les connaissances alphabétiques ont servi des intérêts conservateurs, et non révolutionnaires », p. 771.

<sup>652</sup> « Même si l'écriture n'est pas toujours essentielle au concept de loi, en Grèce, c'est l'écriture qui a permis de faire comprendre qu'un certain groupe de règles – les lois – pouvaient être séparées et distinguées clairement de toutes sortes d'autres règles », Michael GAGARIN, « Écriture et oralité en droit grec... *op. cit.*, 2001, p. 457.

<sup>653</sup> « Juridical rules pass through various phases. At first they have a form at once mystic and religious. [...] Soon, however, we find uniformity leading to custom, thereupon the written law appears in its highest stage. In private law the conflict between custom and written law appears at an early period. [...] Nevertheless, custom has not yet entirely disappeared » Ernest NYS, « The codification of International Law... *op. cit.*, 1911, pp. 872-873.

<sup>654</sup> « Le passage de l'oral à l'écrit emporte inévitablement une transformation de la norme, dont le sens et la portée sortent de l'opération codificatrice à la fois précisés mais aussi plus ou moins rigidifiés sinon restreints », Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 412.

<sup>655</sup> « However it may be, if, chronologically speaking, custom by its nature antedates the treaty, nevertheless, the latter appears at an early stage in the relations of communities. Sir Henry Sumner Maine makes the following observation concerning this fact: "It is remarkable, further, that among the tribal groups of which society was primitively or anciently made up, the observance of good faith seems to have been more strict than among individuals. There is some evidence of want of respect for sanctity of agreement among individuals, but no so amid tribes », Ernest NYS, « The codification of International Law... *op. cit.*, 1911, p. 874.

187. La question de la dimension écrite du droit fait ressortir une première analyse de la qualité des parties. En favorisant la centralisation du pouvoir politique et dans le contexte de la pensée antique, le droit écrit tend à renforcer le développement d'entités politiques que l'on peut qualifier de souveraines. Tandis que le monde grec se soucie peu de mettre par écrit les règles communes aux différentes cités en raison de leur appartenance à une civilisation commune, l'écrit apparaît comme nécessaire sur le plan international dès lors que les entités politiques concernées n'appartiennent pas à un même ensemble civilisationnel.

## *2. Le traité comme accord écrit*

188. L'Antiquité gréco-romaine met en évidence l'importance sur les plans politique et juridique que représente la mise par écrit du droit. Cela justifie une attention particulière quant à la dimension écrite du traité international, d'autant plus que cet instrument se déploie dans un système juridique particulier. Compte-tenu du faible formalisme du droit international, l'écrit ne peut être un élément optionnel dans la définition du traité international. Facteur de conciliation des actes composant le traité, l'écrit est le seul critère formel attaché à l'instrument juridique qu'est le traité international.

### *a. L'écrit et la définition du traité*

189. Le caractère écrit du traité posé par la Convention de Vienne apparaît quelque peu étonnant au regard de la large consécration du formalisme dans celle-ci. En effet, l'article 2 §1 a) définit le traité comme « un accord international conclu par écrit ». Cet élément de définition est généralement présenté comme démontrant en quoi la Convention de 1969 ne peut s'appliquer à l'ensemble des traités<sup>656</sup>. De la même façon

---

<sup>656</sup> Voir par exemple : « L'article 2, paragraphe 1.a de la Convention de Vienne de 1969 inclut dans la définition du traité certains éléments formels qui complètent heureusement sa définition coutumière. [...] La convention définit le traité comme un accord conclu par écrit [...] en refusant d'examiner des accords verbaux entre États, alors que ceux-ci existent, la Conférence de Vienne confirme implicitement que les règles concernant lesdits accords ne sont probablement pas assez sûres pour lui permettre de les codifier », Nguyen QUOC DIN, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public... op. cit.*, 2009, pp. 134-135 ; « La portée de la Convention est limitée à un triple point de vue.

que cette convention ne s'applique qu'aux traités entre États, elle ne s'appliquerait qu'aux traités écrits. Ce raisonnement s'appuie largement sur la présence de l'article 3 évoquant les accords internationaux n'entrant pas dans le cadre de la Convention. Pourtant cette explication paraît rapide tant en raison de la différence terminologique entre l'article 2 et l'article 3 qui n'évoque non pas des traités non écrits mais « des accords internationaux qui n'ont pas été conclus par écrit » que de la faiblesse voire l'absence de la pratique de traités oraux.

190. Les accords oraux sont habituellement considérés comme des traités par la doctrine, témoignant ici de la force du consensualisme en droit international et a contrario de son caractère peu formaliste. Cependant, la pratique de tels accords et sa reconnaissance jurisprudentielle posent la question de leur nature conventionnelle tant celle-ci semble finalement peu évidente<sup>657</sup>. Reconnaître le caractère écrit du traité n'implique pas de dénier toute valeur juridique à un accord non écrit mais pousse à exclure celui-ci de la catégorie de traité international. L'existence des accords verbaux et leur rapprochement ou non avec l'instrument conventionnel mettent en avant l'existence d'une théorie de la convention en droit international. La reconnaissance de l'écrit comme élément de définition du traité ne conduit pas à rejeter la possibilité de tels accords. L'écrit n'est pas ici un critère de distinction entre les accords juridiquement contraignants et des accords non contraignants sur le plan juridique mais entre les accords conventionnels et des accords non conventionnels. Les accords verbaux peuvent engager juridiquement les parties concernées<sup>658</sup>, cependant cela n'en fait pas des traités<sup>659</sup>.

---

D'une part, la Convention ne s'applique qu'aux conventions en la forme écrite, à l'exclusion des accords verbaux ou des conjonctions d'actes unilatéraux », Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 304 ; « Aucun texte écrit ne formule une définition pleinement générale. La Convention de Vienne (art. 2 §1 a) comporte en effet une double restriction, puisqu'elle ne concerne que les traités entre États et sous forme écrite », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 79.

<sup>657</sup> « De tels traités sont certes rares, la Commission s'en étant presque toujours remise à la même affaire soit la décision de la Cour permanente de justice internationale relative au *Statut juridique du territoire du Groenland oriental* dans laquelle elle a jugé qu'un accord avait résulté d'un entretien entre les représentants de deux gouvernements. La pratique depuis l'adoption de la Convention n'est guère venue enrichir ce mince corpus » Yves LE BOUTHILLIER et Jean-François BONIN, « Article 3 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 104.

<sup>658</sup> Voir par exemple CIRDI, 31 janvier 2006, *Salini Costruttori S.p.A. c. Jordanie*, § 76-80 qui reconnaît la possibilité qu'un accord verbal engage juridiquement les parties dès lors que c'était leur intention.

Le traité s'incarne en premier lieu dans un texte et la définition retenue par la Convention de Vienne à son article 2 confirme tant par la pratique des États que la visée probatoire de l'écrit<sup>660</sup>. Il n'y a donc pas d'indifférence totale du droit international à l'égard de la forme du traité.

**191.** La pratique des États en la matière reflète bien l'intérêt d'un formalisme, même réduit, dans un système juridique largement fondé sur le consensualisme<sup>661</sup>. Le traité international semble donc être marqué par une dimension formelle, complémentaire du consensualisme structurant les actes le composant et qui s'incarne dans l'écrit. Certes les conditions attachées à l'écrit apparaissent particulièrement réduites et ont poussé la jurisprudence internationale à en faire une application large<sup>662</sup>. Les différents rapporteurs au sein de la Commission du droit international ont largement souligné l'absence de formalisme dans la définition du traité<sup>663</sup>. Toutefois, ce constat n'a jamais conduit à écarter réellement l'écrit de la définition du traité. Ce critère ne semble pas avoir fait l'objet d'une opposition sérieuse démontrant par là combien il apparaît finalement indissociable de la notion même de traité<sup>664</sup>. En fait, il semble que la question de la forme, plus que sur son caractère écrit, se soit articulée autour du phénomène des accords en forme simplifiée. Leur reconnaissance traduit certainement la faiblesse du

---

<sup>659</sup> « Les accords verbaux sont trop éloignés de la notion de « traité » pour que l'on puisse les comprendre dans un code du droit des traités, dont toute disposition doit presque nécessairement être rédigée de manière à ne viser directement que l'instrument écrit ou suppose l'existence d'un instrument sous la forme écrite », *Ann. CDI*, vol. II, 1959, p. 96.

<sup>660</sup> « L'exigence d'un accord conclu par écrit constitue un élément important de l'expression « traité » telle qu'énoncée par la Convention de Vienne. Ce privilège réservé à l'écrit s'explique par les vertus probatoires de l'écrit et par le fait que ce dernier est la forme communément utilisée dans les relations internationales pour conclure un accord », Philippe GAUTIER, « Article 2 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 53.

<sup>661</sup> « [O]n peut se demander jusqu'à quel point un traité international peut être dépourvu de toute forme. Sur cette question fondamentale, la pratique internationale est loin d'être claire. Elle est partagée entre deux nécessités contradictoires : celle de faire respecter la bonne foi et la sécurité juridique et ainsi de rester fidèle à un caractère général du droit international, qui est d'être aussi peu formaliste que possible, et celle d'entourer les engagements conventionnels d'un minimum de certitude, sinon de solennité », Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, p. 34.

<sup>662</sup> CIJ, arrêt du 19 décembre 1978, *Plateau continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, *Rec. CIJ* 1978, §§ 94-108.

<sup>663</sup> Voir par exemple *Ann. CDI*, vol. II, 1953, p. 101 et plus largement discuss 50 à 52<sup>ème</sup> séances, *Ann. CDI*, vol. I, 1950.

<sup>664</sup> Voir notamment *Ann. CDI*, 1959, vol. II, p. 97 et *Ann. CDI*, 1962, vol. II, p. 176.

formalisme en matière de traités internationaux puisque consacrant comme tels des accords dont la conclusion répond à des formes peu solennelles et notamment échappant à toute procédure de ratification<sup>665</sup>. Cette faiblesse du formalisme se retrouve dans le contenu même de cette exigence de l'écrit. Cela ne concerne en rien la procédure de conclusion et l'expression du consentement. Il s'agit d'une exigence s'attachant à une nécessité essentiellement probatoire, celle de pouvoir constater l'accord. Au formalisme minimal de l'acte juridique et présent dans le traité dans la mesure où celui-ci est une collection d'actes juridique, vient s'ajouter une exigence formelle supplémentaire participant à la définition même du traité, son caractère écrit. Sur le plan de la validité, cela tend à souligner que celle-ci ne peut que s'appréhender qu'à travers la prise en compte de la dimension consensualiste mais également formaliste du traité international<sup>666</sup>.

### ***b. L'écrit comme élément d'unification conceptuelle***

192. Le caractère écrit du traité répond davantage à une volonté probatoire qu'à une condition de validité de l'instrument conventionnel. Témoigne en ce sens l'absence de précision quant à l'objet du texte écrit, celui-ci doit-il être spécialement rédigé en vue d'être l'objet de l'accord entre les parties ? L'écrit concerne-t'il le contenu de l'accord ou également les consentements exprimés ? Cette absence de précision découle directement du caractère peu formaliste du droit international et explique que l'écrit soit exigé sans plus de précision. En conséquence, l'écrit ne signifie pas l'unité du document. Le traité

---

<sup>665</sup> Voir Philippe GAUTIER, « Article 2 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités...* *op. cit.*, 2006, pp. 50-52.

<sup>666</sup> « D'après l'autonomie de la volonté, le lien juridique créé par une convention et qui oblige les parties est le produit de leur volonté. Il n'y a pas d'obligation – et, plus largement d'effet de droit – sans volonté qui la produise. Dès lors, toute difficulté soulevée par la convention, soit au point de vue de sa validité, soit au point de vue de sa portée et de sa signification, doit être résolue par un examen de la volonté des parties [...]. D'après le formalisme juridique, le lien juridique créé par un convention et qui oblige les parties est le produit de l'accomplissement de certaines formalités rendant l'acte parfait. Dès lors, toute difficulté relative à la convention sera résolue par un examen de l'acte lui-même (c'est-à-dire de l'instrument qui le constate) et des formalités qui ont accompagné sa conclusion [...]. [Le consensualisme vise à] garantir la valeur de l'obligation conventionnelle (qui repose sur le consentement des parties) et l'authenticité (ainsi que la sincérité) de ce consentement [tandis que le formalisme vise à] assurer la sécurité juridique (liés à des facteurs aisément et objectivement constatables, ce qui n'est pas le cas de l'intention des parties », Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... », *op. cit.*, 1983, p. 187.

peut être contenu dans un ou plusieurs « instruments » comme l'établit la Convention de Vienne dans ce même article 2 §1 a). Cela permet de qualifier de traité un échange de lettres par exemple comme l'a rappelé la Cour internationale de Justice en 1994<sup>667</sup>. L'écrit est donc bien plus une condition de définition et donc d'existence du traité qu'une condition de validité. L'atténuation portée au formalisme par celle-ci est à la fois importante dans son principe mais limitée dans ses conséquences. Cela souligne à nouveau la visée probatoire de ce formalisme. En ce sens, le formalisme du traité rejoint le formalisme des actes unilatéraux.

**193.** En fait, la difficulté à établir l'écrit comme condition de validité de l'instrument conventionnel met en lumière une nouvelle fois les spécificités du système juridique international, notamment dans son approche de la validité et de la nullité. Si le formalisme attaché à l'instrument qu'est le traité n'est pas le même que celui de l'acte d'engagement, il en reprend les caractéristiques. Ce formalisme possède avant une visée probatoire<sup>668</sup> mais qui, malgré les incertitudes qui s'y attachent, acquiert une fonction *ad validatem* dans la mesure où l'absence du respect de ce formalisme entraîne l'inexistence de l'instrument ou de l'acte. On observe à nouveau la distinction entre le traité et les actes qui le composent. Dans le cas des actes juridiques, la diversité de l'*instrumentum* limite la condition de validité à son existence et partant, semble exclure la possibilité d'une théorie des actes. Le traité international, comme instrument juridique particulier, distinct des actes qui le composent, possède un formalisme plus accentué. L'écrit est le moyen de concilier les engagements unilatéraux. Critère de définition du traité en étant une condition de son existence et donc de sa validité, il met en évidence l'intérêt d'une

---

<sup>667</sup> « Bien que le terme « traité » évoque en un sens l'instrument formel unique, il existe aussi des accords internationaux, tels que les échanges de notes, qui ne constituent pas un instrument formel unique, mais qui, pourtant, sont certainement des accords auxquels le droit des traités s'applique », CIJ, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1994, *Délimitation maritime et questions territoriales ente Qatar et Barbeïn*, Rec. CIJ 1994, p. 120.

<sup>668</sup> Cette dimension probatoire de l'écrit peut s'observer dès la simple existence du traité avant même son entrée en vigueur. En effet, le développement de la codification d'une part et la reconnaissance de la possibilité de cristallisation de la règle coutumière lors des négociations d'une convention multilatérale d'autre part peuvent conduire à faire d'un traité non entré en vigueur une preuve de l'existence de la règle coutumière : « Une fois la convention adoptée [...] la tentation est forte, alors, de jouer sur la vicinité formelle des normes codificatrices et des développements progressifs, ou bien encore sur l'effet déclaratoire de règles générales existantes attribué par ces États à certaines des dispositions les plus novatrices de la convention. Celle-ci n'est plus alors invoquée comme instrument juridique formel mais comme témoignage écrit de la coutume émergente », Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 417-418.



approche par le biais de l'*instrumentum* pour en définir la nature. L'écrit renvoie à un formalisme touchant l'instrument et non les actes qui le composent. La forme des actes d'engagement importe peu, la condition de forme touche ici l'objet de l'accord.

194. L'importance de la dimension écrite du traité s'observe notamment à travers la question de l'adoption et de l'authentification du texte conventionnel. La différence entre les procédures tient notamment à une formalisation plus solennelle dans le cas de l'authentification de l'établissement du texte définitif du traité ainsi qu'à sa dimension collective ou individuelle<sup>669</sup>. Là où l'adoption entend essentiellement signifier la fin des négociations et la reconnaissance de la forme définitive du texte par l'ensemble des parties à la négociation, l'authentification dépend d'une décision individuelle de chaque partie et vise une garantie supplémentaire quant au caractère définitif du texte à visée probatoire essentiellement<sup>670</sup>. Ces phases sont marquées par le caractère peu formaliste du droit international et la prééminence du consensualisme pour établir les effets des actes internationaux. Cependant, l'existence même des procédures d'adoption et d'authentification témoigne des effets de l'écrit sur le concept de traité international. Codifiées aux articles 9 et 10 de la Convention de Vienne, l'adoption et l'authentification traduisent le caractère distinct que le texte du traité occupe à l'égard des engagements des parties. Ces procédures ont pour objet d'établir le texte définitif du traité tel qu'issu de la phase de négociation. Elles expriment ainsi le souci d'un contenu commun et expressément établi du traité indépendamment de l'adhésion des parties<sup>671</sup>.

---

<sup>669</sup> « [L]'adoption du texte, acte collectif fait par les États ayant participé à sa négociation, et dont la fonction est d'y mettre un terme [...]. L'authentification du texte est normalement un acte individuel, et elle émane de certains seulement des sujets qui ont participé à la négociation », Jean COMBACAU, *Le droit des traités... op. cit.*, 1991, pp. 16-17.

<sup>670</sup> « L'article 10 [de la Convention de Vienne de 1969] consacre en effet le principe suivant lequel il s'agit [l'authentification] d'un acte distinct des autres actes conduisant à la conclusion d'un traité, en particulier distinct de l'adoption. Cette distinction repose sur l'idée que l'authentification est une formalité nécessaire, en ce qu'elle permet aux États ayant participé à une négociation de marquer, et en cas de contestation, de reconnaître, le texte du traité qu'ils ont négocié et adopté », Jean-Marc THOUVENIN, « Article 10 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 290.

<sup>671</sup> « À ce stade [celui de l'adoption du texte], les États qui négocient s'attachent uniquement à établir le texte du traité en tant que document énonçant les dispositions du traité envisagé ; et leurs votes, même lorsqu'ils s'expriment, au terme des négociations, en faveur de l'adoption du texte dans son ensemble portent seulement sur ce processus. C'est pourquoi le vote émis à ce stade ne signifie en aucune manière que l'État accepte d'être lié par les dispositions du texte, lesquelles ne peuvent devenir obligatoires à son égard que s'il exprime à nouveau son consentement (signature, ratification, adhésion ou acceptation) », *Ann. CDI*, vol. II, 1966, p. 211.

L'établissement du texte conventionnel est donc un acte juridique qui ne se confond pas avec les actes d'engagements conventionnels. Cette distinction permet par ailleurs de mieux percevoir la possibilité d'effets juridiques tenant à l'adoption et à l'authentification du texte<sup>672</sup>. En tant qu'actes juridiques, ils emportent un certain nombre de conséquences pour les parties ayant adopté ou authentifié le texte conventionnel. Limités, voire incertains, dans le cas de l'adoption<sup>673</sup>, ces effets juridiques sont bien plus étendus dans le cas de l'authentification<sup>674</sup>. Dans les deux situations, on constate également que la bonne foi, en tant qu'obligation inhérente aux actes juridiques internationaux, pousse également les États ayant participé à l'adoption et/ou à l'authentification à devoir s'abstenir d'actes qui priveraient le traité de son objet et de son but<sup>675</sup>. Surtout, à la pluralité des engagements, le texte conventionnel oppose son unité et partant celle du traité. Il permet en effet la conciliation des actes unilatéraux émanant des parties.

**195.** A la diversité des actes d'engagement, diversité à la fois quantitative mais également qualitative en raison des possibles réserves, la conclusion d'un traité oppose

---

<sup>672</sup> « Il reste que, à ce stade [à l'issue de l'adoption ou de l'authentification du texte], le traité n'est qu'un texte et qu'il ne produit aucun des effets que son objet est de lui faire produire [...]. Mais, si l'on envisage la conclusion des traités comme une opération complexe, chaîne d'actes juridiques [...] aucun de ces actes n'est légalement indifférent ; l'établissement du texte rend possible le déroulement des opérations ultérieures mais il produit en outre des effets propres tenant à sa seule existence objective en tant que texte », Jean COMBACAU, *Le droit des traités... op. cit.*, 1991, p. 19.

<sup>673</sup> « [O]n ne peut imaginer que des États puissent mener de longues et parfois difficiles négociations pour aboutir à l'adoption d'un texte dépourvu de tout effet dans l'ordre juridique international ou ne traduisant pas les aspirations juridiques du cercle d'États concernés [...]. L'adoption du texte d'un « traité » par une conférence internationale traduit un certain accord ou un consensus sur les normes concernées. Aussi l'adoption peut-elle avoir une fonction constatative ou déclarative de nouvelles règles coutumières et/ou énonciatrices de nouvelles règles émergentes. [...] Ce domaine de certitude [celui des procédures d'adoption] jouxte [...] une zone d'incertitude, celle de l'effet juridique de l'adoption, dans laquelle on ne peut s'aventurer qu'avec prudence », Maurice KAMTO, « Article 9 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 280-281.

<sup>674</sup> « [E]lle consacre le texte visé comme définitif, d'une part, et comme authentique, c'est-à-dire faisant foi, d'autre part », Jean-Marc THOUVENIN, « Article 10 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 296. Ce second effet distingue l'authentification de l'adoption.

<sup>675</sup> Il y a ici une similitude entre les effets de l'adoption et de l'authentification et ceux concernant un traité auquel un État a consenti mais non encore entré en vigueur, situation visée par l'article 18 de la Convention de Vienne. Si les situations sont différentes et justifient que l'on exclut l'adoption et l'authentification du champ de l'obligation prévue à l'article 18, la proximité des effets découlent d'une origine coutumière commune fondée sur la bonne foi. Voir en ce sens Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 119.

l'unité du texte qui est l'objet de l'accord. Au-delà de sa dimension probatoire, l'écrit permet ici de renforcer la sécurité juridique de l'accord en déterminant de façon plus certaine que d'autres instruments du droit international, le contenu même de cet accord et donc son étendue<sup>676</sup>. Les actes conventionnels qui participent tant de la formation que de l'application du traité n'existent que dans la mesure où ils se rapportent à un texte. Celui-ci en détermine leur portée et justifie leur raison d'être. Le processus d'écriture du droit a ainsi renforcé la distinction entre l'engagement et le contenu de cet engagement. Dès lors, le traité est indissociable de ce caractère écrit. À la diversité des engagements, celui-ci offre une unité au traité qui ne se présente plus alors comme un acte mais comme une collection d'actes.

## Section 2 : Le traité comme instrument du droit international

196. Au-delà de sa visée probatoire, le caractère écrit du traité apparaît également comme une condition d'existence de celui-ci. Dès lors, la distinction entre *instrumentum* et *negotium* dans le cadre conventionnel ne conduit pas à une distinction entre l'instrument écrit et l'opération juridique qu'il formalise, mais bien à la confusion de l'un et de l'autre<sup>677</sup>. En ce sens le traité est un instrument non seulement au sens d'*instrumentum* mais également au sens de moyen à la disposition des sujets d'un système juridique pour produire des effets de droits<sup>678</sup>. Le terme d'instrument juridique n'est pas sans connaître un certain flou et donc conduire à une relative confusion qui découle directement des

---

<sup>676</sup> « A cette aune (les mots réduisent le désaccord), la conclusion d'un instrument écrit permet de circonscrire le champ du juridiquement obligatoire d'une manière beaucoup moins aléatoire que ne peut le faire une source non formalisée », Mathias FORTEAU, « Les sources du droit international face au formalisme juridique... *op. cit.*, 2011, p. 68.

<sup>677</sup> « [Si l'écrit est une condition *ad validatem*, il] est érigé au rang d'élément d'existence de l'acte, et participe, en conséquence, à l'opération juridique au même titre que d'éventuelles autres conditions. En ce sens, il devient impossible de dissocier l'opération de l'instrument : la première n'existe pour l'ordre juridique que si le second existe », Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, p. 16.

<sup>678</sup> L'acte juridique est également un instrument au sens de moyen et de là découle certainement une partie de la confusion entre traité et acte juridique. En effet, l'un comme l'autre sont des instruments juridiques au sens de moyen et il est alors tentant de ramener la notion d'instrument de droit au sens de moyen à celle d'acte juridique ; voir en ce sens « la réflexion sur l'acte juridique est déterminante puisque l'étude des actes est l'analyse des instruments par lesquels le droit positif permet à la volonté des sujets de droit international d'être créatrice et de produire des effets de droit », Jean-Paul JACQUE, « Acte et norme en droit international public... *op. cit.*, 1991, p. 368.

propriétés de l'acte juridique. La plupart des définitions de l'acte mettent en avant une double compréhension de ce terme que l'on peut retrouver dans l'opposition du *negotium* à l'*instrumentum*<sup>679</sup>. Cette première distinction articule la notion d'instrument autour du statut écrit du traité dont la fonction probatoire découle du rôle particulier du formalisme en droit international. Cette compréhension du terme d'instrument semble mal adaptée au traité puisqu'elle ne saisit qu'une partie du concept, le résultat de la procédure conventionnelle. Mais ce vocable peut aussi se comprendre, dans un langage courant, comme un synonyme de moyen<sup>680</sup>. Dès lors, l'instrument renvoie tant à la procédure conventionnelle qu'à son résultat. En effet, le traité est alors un mode de conciliation particulier d'actes unilatéraux, c'est-à-dire un moyen de production d'effets de droit dont le résultat s'incarne dans un *instrumentum* dont la fonction probatoire est un moyen de constater l'opposabilité à l'égard des sujets de droit concernés.

197. Plus particulièrement, le traité international s'analyse comme un instrument dont la spécificité tient à la conciliation, d'un côté, de la diversité des *negotium* participant à sa formation et son application et, de l'autre, de l'unité de l'*instrumentum* incarné dans un texte écrit. Cela s'observe tout d'abord dans la composition de l'instrument conventionnel en tant que résultat du processus de formation du traité (1). Cette nature instrumentale entraîne un certain nombre de conséquences quant aux effets conventionnels (2).

---

<sup>679</sup> « Acte juridique : 1- Manifestation de volonté destinée à produire des effets juridiques (*negotium*). 2- Ecrit (*instrumentum*) rédigé en vue de rapporter la preuve d'un fait ou d'un acte juridique au sens 1 » *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988, p. 4 ; « Acte juridique : 1- Manifestation de volonté destinée à produire un effet de droit international 2- Document constatant une manifestation de volonté unilatérale, bilatérale ou multilatérale, destinée à produire un effet de droit international [...] Le terme d'acte est aussi employé parfois pour désigner l'instrument qui relate le contenu d'un accord international », *Dictionnaire de la terminologie du droit international public*, publié par J. BASDEVANT, Paris, Sirey, 1960, pp. 13-14 ; « Il est classique de souligner [...] que le mot [d'acte juridique] recouvre à la fois le contenu de l'action – que les juristes appellent en général le *negotium* – et le résultat formel auquel peut donner lieu cette action, notamment dans le but d'aménager une preuve, et que les juristes appellent alors *instrumentum* », *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 7.

<sup>680</sup> L'étude de l'acte juridique conduit le plus souvent à reprendre la définition de l'instrument comme moyen. Voir Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 95 : « Grâce à cet instrument, l'ordre juridique dispose du moyen de s'engendrer lui-même et de déterminer les conditions de sa création par une activité volontaire » ; Jean-Paul JACQUE, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, p. 9 : « la réflexion sur l'acte juridique est déterminante puisque l'étude des actes est l'analyse des instruments par lesquels le droit positif permet à la volonté des sujets de droit international d'être créatrice et de produire des effets de droit ».

## ***1. La composition de l'instrument conventionnel : de la diversité à l'unité***

198. Le traité est un instrument composé de plusieurs actes juridiques<sup>681</sup>. Parmi eux, on distingue deux types d'actes juridiques dont la réunion est à la fois nécessaire et suffisante pour l'existence du traité. D'une part, les actes d'engagements unilatéraux des parties permettent d'établir l'étendue du lien conventionnel. D'autre part, le texte même du traité permet la convergence des engagements unilatéraux à l'égard d'un même ensemble de droits, d'obligations ou d'effets juridiques. Les engagements des parties sans texte commun ne sont que des actes unilatéraux, certes dotés d'une force juridique mais ne formant pas un traité. De même un texte dépourvu du consentement à être lié de la part des sujets de droits n'est pas un traité<sup>682</sup>. La conclusion d'un traité nécessite le cumul de deux conditions manifestées dans des actes juridiques distincts, celle de l'adoption d'un texte et celle de l'expression du consentement des parties.

### ***a. Pluralité de la formation et unité du résultat***

199. La conception du traité comme instrument conduit à défendre une analyse qui s'appuie sur le traité lui-même, compris comme résultat d'une opération juridique complexe s'incarnant dans un texte particulier<sup>683</sup>. Il y a là une ambiguïté souvent relevée quant au traité et tenant donc à la rencontre de la diversité des actes le composant qui résulte d'un processus de formation s'incarnant dans une succession d'actes et de l'unité

---

<sup>681</sup> Il est intéressant de noter que la terminologie même d'instrument est reprise par la pratique et la jurisprudence internationale au-delà de l'idée d'*instrumentum* également, voir en ce sens CIJ, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1994, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, *Rec. CIJ* 1994, p. 13, §25.

<sup>682</sup> Il est important ici de signaler que la signature ou l'authentification du texte conventionnel ne peut s'assimiler à un engagement conventionnel : « En se prononçant en faveur de l'adoption d'un texte à l'élaboration duquel il a participé, l'État exprime un « consentement ». Mais ce premier consentement porte sur le texte, sur sa teneur, et non sur sa force juridique : l'État n'exprime nullement, ce faisant, son consentement à être lié par le document adopté. L'adoption ne confère par conséquent aucune force obligatoire au texte adopté », Maurice KAMTO, « Article 9 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 278-279.

<sup>683</sup> Voir par exemple : « Les auteurs qui ont écrit sur le droit international envisagent le traité comme un acte juridique plutôt qu'ils n'examinent les caractères de l'instrument qui en énoncent les termes », Jules BASDEVANT, « La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques... op. cit., 1926, p. 553.

de son résultat constaté dans le texte<sup>684</sup>. Si un acte juridique peut découler d'un autre acte juridique, un traité ne peut s'analyser comme un acte juridique né de la succession d'actes juridiques préalables qui en seraient alors distincts. Cela s'observe tout particulièrement à propos de la technique des réserves. Les actes d'engagement conventionnel faisant part de réserves ne peuvent être détachés du traité en tant qu'actes distincts de celui-ci. L'instrument conventionnel se forme par l'intermédiaire d'une succession d'acte, dont le résultat s'incarne dans un acte unique mais sans que les actes préalables puissent en être détachés. La conciliation de la procédure conventionnelle avec le résultat de cette opération<sup>685</sup> se fait dans un instrument unique, le traité international. Le traité est en même temps un processus, incarné par une succession d'actes unilatéraux, concourant à la fois à sa formation mais également à son application et le résultat de ce processus dès lors que sont intervenus des engagements conventionnels. L'analyse du traité sous l'angle de la dualité entre l'acte et la norme doit beaucoup à cette volonté de distinguer la dimension procédurale du traité de son résultat. Parce que le traité serait un acte juridique, il serait en premier lieu une opération juridique, une procédure dont le résultat serait une norme qui s'imposerait aux parties. Cependant, la dimension procédurale du traité renvoie avant tout aux exigences attachées, du fait des caractéristiques du système juridique international, aux modes de formation du droit tandis que les effets normatifs du traité se manifestent dans les obligations imposées aux parties sans pour autant s'y confondre. Le traité est alors un code pour les parties concernées réglant les obligations qui en découlent.

**200.** Il est ainsi particulièrement révélateur que la section 1 de la 2<sup>ème</sup> partie de la Convention de Vienne consacrée à « la conclusion des traités » comprenne autant les articles 9 et 10 portant sur l'adoption et l'authentification du texte que les articles 11 et suivants concernant les différentes modes d'expression du consentement. De même, la question de l'insertion des accords en forme simplifiée dans la CV 69 montre bien

---

<sup>684</sup> Voir notamment *Ann. CDI*, vol. II, 1956 : « Le traité comme texte et comme opération juridique [...] un traité est à la fois une opération juridique (accord) et un document constatant cette opération », p. 112, et « considéré *uniquement* comme texte, le traité est un document plutôt qu'un acte ou une opération juridique. Cette ambiguïté apparaît chaque fois qu'on parle de traités parce qu'on désigne à la fois le document qui constate un accord et cet accord lui-même », p. 122 ; en ce sens également *Ann. CDI*, 1950/II, pp. 14-18.

l'impossibilité de restreindre le concept de traité à celui d'un acte international<sup>686</sup>. Plus largement, l'évolution des procédures de formation des traités multilatéraux met en avant la faiblesse de l'analogie du traité avec le contrat et la nature instrumentale du traité en ce qu'elle concilie la pluralité des actes de formation avec l'unité du résultat<sup>687</sup>. La nature d'instrument du traité international découle de son caractère écrit mais ne s'y réduit pas. Plus précisément, l'écrit ne donne pas au traité sa nature d'instrument mais la révèle en posant une condition d'existence formelle<sup>688</sup>. La notion d'instrument permet, en soulignant cette exigence formelle, de réconcilier la diversité des actes unilatéraux composant le traité et son unité conceptuelle en un résultat unique. L'écrit est l'acte autour duquel gravite l'ensemble des actes conventionnels. Seule l'idée du traité comme instrument permet d'appréhender cette diversité formelle et matérielle des éléments du traité au regard de sa nécessaire unité conceptuelle.

### ***b. Le traité comme réseau d'engagements***

201. Le traité est avant tout un réseau d'engagements, écartant finalement tant le rapprochement avec le contrat de droit interne qu'avec la loi<sup>689</sup>. Cette conception fait ressortir à la fois la diversité des actes composant le traité et participant à sa formation comme à son application, et l'unité de l'instrument qui incarne la raison d'être de ce réseau. Il n'est pas seulement une succession ou une collection d'actes unilatéraux. Le recours à la ratification démontre bien comment un traité se forme de la rencontre

---

<sup>685</sup> « L'instrument participe tantôt de l'opération conventionnelle, tantôt du résultat de cette opération », Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, p. 15. Voir également Jean-Paul JACQUE, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique... op. cit.*, 1972, p. 48 et p. 51.

<sup>686</sup> Voir Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 50-51.

<sup>687</sup> Voir Charles ROUSSEAU, *Droit international public... op. cit.*, 1970, p. 42.

<sup>688</sup> « Un instrument est nécessairement un écrit [...] seul mérite ce titre l'écrit ayant pour but spécifique d'incorporer l'accord. Cette définition exclut le document écrit qui relate accidentellement et d'une manière non spécifique un accord », Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, p. 78.

<sup>689</sup> « Il [le traité] peut être vu comme un réseau d'engagements réciproques, liant les parties les unes aux autres [...]. La conception d'un traité comme un ensemble organisé d'engagements est un outil théorique plus efficace pour appréhender la variété du cadre opératoire de la suspension », Nathalie CLARENC, *La suspension des engagements internationaux... op. cit.*, 2015, p. 126.



d'actes juridiques et en premier lieu des actes d'engagement conventionnel<sup>690</sup>. Les actes conventionnels apparaissent alors de deux types. D'une part, les actes conventionnels directs se rattachent directement au traité dans lequel ils trouvent le fondement même de leur validité. Ce sont les actes d'engagements conventionnels et partant les réserves ainsi que les actes mettant en application les dispositions mêmes du traité. Mais la conception du traité comme réseau d'engagements fait également ressortir des actes conventionnels « indirect ». Leur validité ne se situe pas dans le traité lui-même mais leur existence en découle. Ils sont distincts du traité de par le fondement de leur validité mais ne doivent leur existence qu'à celle d'un traité. C'est par exemple le cas des actes permettant la mise en application provisoire des traités<sup>691</sup>. Dans son existence, le traité exprime et traduit une unité qui porte avant tout sur l'organisation de ce réseau. Organisation à la fois dans le sens où l'instrument conventionnel ordonne un régime spécifique pour les parties et organisation parce qu'il assigne à ce régime un but précis, celui de la production d'effets juridiques.

**202.** Les effets de la dénonciation dans le cas des traités multilatéraux témoignent de cette situation du traité comme réseau d'engagements<sup>692</sup>. De la même façon, les traités en matière de droits de l'homme renvoient à cette image et plus particulièrement à la nécessité de détacher quelque peu le traité d'une conception étroite de la réciprocité. Si l'instrument conventionnel en tant que réseau d'engagements induit bien une certaine

---

<sup>690</sup> Cette vision est déjà celle qui ressort de l'analyse de la ratification dans le processus de formation des traités telle que l'expose Jules Basdevant en 1926, voir Jules BASDEVANT, « La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques... *op. cit.*, 1926, pp. 585-590, notamment « Cette procédure de dépôt des ratifications [...] permet l'entrée en vigueur du traité à des dates diverses suivant les États, ce qui est très utile pour les traités dont l'objet est de poser des règles de droit. De plus elle montre qu'on ne saurait considérer le traité-loi comme naissant d'une volonté collective puisqu'il y aurait, à chaque ratification nouvelle, une nouvelle volonté collective se substituant à une autre volonté collective ; il paraît plus exact de dire que le traité-loi tire sa force juridique de la volonté de chaque État agissant en collaboration avec la volonté des autres États », p. 586.

<sup>691</sup> Sur l'application provisoire du traité comme constitutif d'un accord distinct du traité, voir Albane GESLIN, *La mise en application provisoire des traités... op. cit.*, 2005, pp. 185-203. On observera notamment que ce rattachement indirect au traité s'observe dans le fait que « l'article 25 [de la Convention de Vienne de 1969] est rédigé de telle façon qu'il peut englober toutes les formes d'application provisoire », *Ibid.*, p. 120.

<sup>692</sup> « A l'égard des traités multilatéraux, la dénonciation s'analyse comme un *retrait* qui, sans mettre fin au traité lui-même, fait simplement sortir l'Etat dénonçant du régime juridique établi par le traité, lequel continue à lier les autres signataires [...]. On voit par là combien est inexacte l'analyse qui réduit le traité collectif au schéma civiliste d'un contrat international », Charles ROUSSEAU, *Droit international public... op. cit.*, 1970, p. 212.

réciprocité, celle-ci ne s'étend pas systématiquement à ses effets. Il faut alors distinguer la réciprocité découlant du lien juridique formé par l'instrument conventionnel des effets des obligations conventionnels. Ceux-ci pénètrent le droit international et reflètent un détachement progressif à l'égard de l'instrument qui a concouru à leur apparition. L'unité formelle du traité implique une réciprocité « formelle » qui ne s'étend pas nécessairement à une réciprocité « matérielle » des obligations qu'il comporte<sup>693</sup>. En conséquence, cette analyse conduit à mettre en avant l'engagement de l'État comme fondement des obligations conventionnelles à leur charge et non le résultat du consensualisme qui ferait naître cette obligation de la rencontre d'engagements communs<sup>694</sup>. Si l'exécution des obligations conventionnelles découlent de l'engagement et non du consensualisme, c'est parce que l'acte d'engagement contient une obligation d'exécution dont on pu observer l'origine historique dans la dualité du serment antique incluant une fonction de protection et une fonction de garantie<sup>695</sup>. Ainsi, si tout engagement juridique contient une telle obligation, celle-ci prend une importance singulière en droit international en raison de la structure même du système juridique et que l'on observe notamment à travers la question du fondement du caractère obligatoire du système<sup>696</sup>. Le traité s'analyse alors comme un mode de conciliation particulier des actes unilatéraux parce qu'il concilie une pluralité d'engagement autour d'un objet unique incarné dans un document écrit. Ce qui distingue le traité n'est pas l'engagement en tant que tel mais cette rencontre d'engagements multiples. C'est ce que l'on retrouve à travers l'ensemble

---

<sup>693</sup> Sur cette distinction, voir particulièrement Emmanuel DECAUX, *La réciprocité en droit international...* *op. cit.*, 1980, pp. 56-63.

<sup>694</sup> « From one perspective, all legally binding acts are unilateral, to the extent that bilateral and multilateral acts are composed of separately binding unilateral promises. [...] Those who imagine unilateral acts to have a separate legal significance might seem to rely upon a consent-based approach to legal obligations. In this view, even multilateral treaties are composed of individual obligations, binding because of the consent of the state agreeing to be bound. Analysts characterize multilateral treaties as unilateral obligations by relying upon this consensual element. In this extreme hard view, other systemic or relational considerations distinguishing multilateral arrangements would not affect to the authoritative nature of the obligation. Similarly, those who emphasize the systemic or bilateral nature of unilateral acts might rely upon a soft vision of obligation. States might seem bound, even by a unilateral act, because of the expectations which it has raised in others », David KENNEDY, « The Sources of International Law... *op. cit.*, 1987, p. 46.

<sup>695</sup> Voir *Supra* 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, 1. b.

<sup>696</sup> « La notion d'obligation d'exécuter peut être définie et comprise dans la théorie de l'engagement [...]. Cette obligation générique, commune à tous les engagements, se distingue des obligations contenues dans les normes de l'énoncé conventionnel. Elle caractérise tous les types d'engagement, puisqu'elle se définit justement comme une caractéristique de la notion », Nathalie CLARENC, *La suspension des engagements internationaux...* *op. cit.*, 2015, pp. 133-134.

de nullités du traité attachées aux conditions de validité formelle. Celles-ci renvoient aux conditions de validité formelle des actes conventionnels d'une part et d'autre part, à la qualité écrite du traité. Leur point commun est de mettre en avant le formalisme limité mais réel du droit international plus que le consensualisme<sup>697</sup>.

## ***2. Les effets de l'instrument conventionnel***

**203.** Fondé sur l'engagement international, l'instrument conventionnel se caractérise avant tout par les relations qu'il établit entre les parties. Celles-ci s'incarnent dans un lien délimitant l'étendue du rapport conventionnel. Ce lien ne se limite pas à une réciprocité entendue restrictivement selon le principe contractuel *do ut des*. Il vise avant tout à établir des relations juridiques entre les sujets d'un système juridique horizontal et qui ne peuvent donc être soumis à des règles juridiques sans un consentement préalable. Ce lien s'incarne dans le principe *pacta sunt servanda*. S'il permet de consacrer la pleine valeur juridique de l'instrument conventionnel, il laisse incertaine la détermination de ses effets juridiques.

**204.** La nature instrumentale du traité se découvre ainsi de sa composition. Elle explique l'unité conceptuelle du traité découlant de la diversité des actes participant à sa formation. Le résultat des procédures conventionnelles est un instrument unique dont l'objet premier est la production d'effets de droit. Condition d'existence du traité, cette production d'effets juridique signifie que le traité se caractérise par sa puissance juridique<sup>698</sup>. Celle-ci est articulée autour du principe *pacta sunt servanda* qui la fonde sans pour autant la déterminer précisément (a). L'autorité normative du traité reste alors largement indéfinie en raison de la particularité du système juridique international (b).

---

<sup>697</sup> Voir *Supra* 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, 2. b.

<sup>698</sup> « [L]a puissance juridique peut être définie comme la capacité à déterminer l'existence d'autres actes et le contenu des normes qu'ils contiennent. Elle comporte ainsi une double faculté : engendrer des normes subséquentes et fonder leur validité ; détruire ou écarter des normes contraires, conditionner leur validité ou leur applicabilité », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 150.

### ***a. La consécration du principe Pacta sunt servanda***

205. L'apparition du principe dans le cadre de la réflexion romaine met en lumière la dimension instrumentale du traité. En effet, *pacta sunt servanda* s'analyse comme un principe structurant la diversité des actes composant le traité et l'unité de son résultat afin de permettre de garantir les effets de l'instrument conventionnel. Il n'est ainsi pas surprenant que Rome institue la violation des traités comme l'une des causes principales à la guerre. Plus précisément, cette violation du principe *pacta sunt servanda* apporte une justification immédiate à la guerre<sup>699</sup>. On observe également chez Thucydide l'importance du respect des traités même en l'absence de la formulation d'un principe équivalent à *pacta sunt servanda*. La violation du principe traduit, dans l'esprit romain, un refus de se conformer à son engagement doublement injustifiable, à la fois vis-à-vis des divinités mais également à l'égard de son partenaire<sup>700</sup>.

206. La proximité entre le serment antique et la notion d'engagement international conduit à voir le rôle fondamental que joue la bonne foi dans la détermination du caractère juridiquement obligatoire de ces engagements. En effet, l'engagement international du fait de sa parenté avec le concept de serment contient en lui-même les propriétés qui permettent de dépasser cet unilatéralisme sans menacer la sécurité juridique du droit international. Il apparaît donc logique que la bonne foi se soit affirmée, dans le droit international contemporain comme le fondement du caractère obligatoire des actes juridiques unilatéraux, comme le rappelle la Cour internationale de justice en 1974<sup>701</sup>. Ce principe de bonne foi, dans le cadre de l'acte juridique, joue un rôle essentiel pour dépasser l'unilatéralisme inhérent de ces actes dans le cadre d'un système

---

<sup>699</sup> Voir David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 225-230.

<sup>700</sup> L'étude des origines de la deuxième guerre punique que Rome mène contre Carthage entre 218 et 201 av. J-C est tout à fait révélatrice de cette conception de *pacta sunt servanda* et de son importance sur le plan des rapports internationaux. Alors que l'historiographie moderne voit dans cette guerre le début de l'impérialisme romain, les commentateurs de l'Antiquité et, en premier lieu, Polybe, justifie celle-ci par la violation de plusieurs traités qui conduise Rome à faire reconnaître à Hannibal sa culpabilité dans le déclenchement du conflit. La victoire romaine n'apparaît pas dans un premier temps comme le signe de la supériorité de Rome justifiant son impérialisme comme ce sera le cas lors des conquêtes ultérieures mais comme le résultat « de la vengeance divine [qui châtiât] le manquement à la foi jurée de leur implacable ennemi », Jérôme CARCOPINO, *Les étapes de l'impérialisme romain... op. cit.*, 1961, p. 67.

<sup>701</sup> Voir également Jean-Didier SICAULT, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public... op. cit. », 1979, pp. 677-686 pour un exposé des positions doctrinales, majoritaires, rejoignant la conclusion de la Cour.

juridique déconcentré dans lequel la hiérarchie des normes ne peut garantir le respect des actes unilatéraux. S'imposant avant tout à l'auteur de l'acte, il contribue par là à créer une attente légitime pour les autres parties sans pour autant qu'elles aient pris part à la formation de l'engagement initial<sup>702</sup>. Le principe *Pacta sunt servanda* est alors une conséquence de cette exigence de bonne foi inhérente à tout engagement international. On observe cependant, d'un point de vue historique, que c'est à partir du principe *Pacta sunt servanda* appliqué au traité international que va être construite la notion de bonne foi étendue à l'ensemble des engagements internationaux. Le droit romain suggère d'ailleurs cette idée de *Pacta sunt servanda* comme déclinaison particulière de l'exigence de bonne foi. Ainsi, Ulpien distingue contrats regardant la chose publique ou les affaires privées appartenant au droit civil et garantis par les sanctions prévues par celui-ci et les contrats de droit des gens dont le respect est uniquement imposé par la bonne foi<sup>703</sup>.

**207.** *Pacta sunt servanda* est à la fois un principe liant les parties à l'instrument conventionnel mais également un principe soumettant l'ensemble de ces parties à l'idée d'un système juridique en commun<sup>704</sup>. Le principe ne se réduit pas à une déclinaison de l'idée de bonne foi en matière conventionnelle. La bonne foi renvoie à une dimension en premier lieu unilatérale, les sujets internationaux peuvent voir leurs actes soumis à ce principe sans que cette soumission ne dépende des actes d'un autre sujet. Dans le cadre conventionnel, il joue un rôle dans la mise en œuvre de différents actes participant à la formation du traité et ne suppose en la matière aucune réciprocité. *Pacta sunt servanda* pose à l'inverse une exigence de pluralité des parties concernées et s'attache alors, non pas aux actes conventionnels mais à l'instrument lui-même. Ce principe consacre

---

<sup>702</sup> Voir en ce sens Gian Carlo VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats... *op. cit.*, 1964, p. 404 qui rappelle bien combien le principe de bonne foi est tous les actes juridiques internationaux et découle du caractère unilatéral du droit international : « C'est à ce point de vue [celui de la bonne foi] que se justifie le caractère obligatoire de la promesse unilatérale tout comme le caractère obligatoire du traité, car l'une et l'autre sont une expression du pouvoir général de s'obliger, fondé sur la même norme constitutionnelle de l'ordre juridique international relative à la production juridique volontaire ».

<sup>703</sup> *Digeste*, Livre II, titre XIV, 5.

<sup>704</sup> Cette aspect du principe *pacta sunt servanda* se retrouve d'ailleurs tout autant dans le cadre du contrat de droit interne : « on voit dans la conclusion d'un contrat un acte de double allégeance : les parties contractantes se soumettent en même temps à un principe général extérieur au contrat, en vertu duquel la rencontre des volontés fait la loi entre elles et aux dispositions auxquelles elles consentent spécifiquement, qui sont l'objet de la convention », Denis ALLAND, « Ouverture : Le contrat... », *op. cit.*, 1990, p. 3. Voir également Jacques GHESTIN, « La notion de contrat... *op. cit.* », 1990, pp. 11-12.

l'existence des effets juridiques du traité. Par lui-même, le traité ne peut produire d'effets juridiques que par la reconnaissance d'une règle de droit international faisant du traité un support normatif, le principe *pacta sunt servanda*<sup>705</sup>.

208. *Pacta sunt servanda* ne peut ainsi se confondre avec le principe de réciprocité. Ce principe s'analyse finalement comme une alternative laissée aux États, soit ils s'engagent dans un rapport juridique incarné par un instrument conventionnel, soit ils s'y refusent. Il est ainsi indissociable de l'engagement conventionnel comme déclinaison de l'engagement international. Ainsi, préjuger d'une consécration de la réciprocité par *pacta sunt servanda* apparaît finalement contradictoire. Les États ne s'y soumettent que dans la mesure où ils l'ont souhaité et cet engagement les laisse libre de consacrer ou non la réciprocité. Si le traité suppose nécessairement *pacta sunt servanda* en tant qu'il établit la valeur juridique du lien ainsi créé, il ne suppose en rien une réciprocité qui est largement laissée à l'appréciation des parties ou limitée à certaines dimensions de l'encadrement juridique du traité. La possibilité pour certains traités en matière de droits de l'homme de consacrer une réciprocité alors même que l'on présente ces traités comme une exception au régime commun parce que non-réciproque est un exemple en « négatif ». Parce que l'engagement international fonde l'engagement conventionnel, celui-ci reste libre d'imposer ou au contraire de se dispenser de la réciprocité<sup>706</sup>. En permettant à la diversité des engagements unilatéraux de s'incarner au sein d'un instrument unique, le principe *pacta sunt servanda* incarne une forme particulière du lien de réciprocité en droit international qui fait du traité un instrument de formation mais aussi d'application du droit international. Loin d'être une seule « source » de droit, le traité représente un instrument juridique fondamental du droit international qui se traduit dans la diversité de ses effets juridiques.

---

<sup>705</sup> « [A]xiome fondateur du régime des traités [...] c'est en tant que les parties sont maintenant tenues en droit d'observer (*servare*) les énoncés dont elles sont une fois convenues (*quod pactum est*) que leur acte est un traité et non, par exemple, un *gentlemen's agreement* ou un autre accord purement politique », Jean COMBACAU, *Le droit des traités... op. cit.*, 1991, p. 68.

<sup>706</sup> « En amont de la réciprocité dans l'application d'un traité, il faut rappeler que [...] les États exercent leur liberté contractuelle, ce qui peut les amener à refuser de reconnaître l'universalité de certains droits de l'homme pour les réserver à leurs seuls nationaux ou aux ressortissantes des autres Parties contractantes. [...] Inévitablement donc et en fonction de l'objet des droits reconnus aux particuliers, la réciprocité sera vue par les États comme inadmissible ou au contraire nécessaire », Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, « Sur quelques traces de réciprocité dans le droit international conventionnel des droits de l'homme contemporain », *Mélanges Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, pp. 40-43.

### ***b. L'indétermination des effets juridiques du traité***

**209.** La production d'effets de droit par le traité pose une première interrogation au regard de l'impossibilité de le considérer comme un acte juridique. En tant qu'instrument composé d'une pluralité d'actes unilatéraux comment comprendre son effet juridique ? Celui-ci découle-t-il de l'instrument ou des actes qui le composent ? La particularité des effets juridiques du traité découle justement de cette addition. Si le traité a un effet juridique, c'est parce qu'il découle d'actes juridique ayant une telle conséquence et si cette effet juridique se distingue de ceux des autres instruments internationaux c'est parce que le traité est un moyen de conciliation de ces actes unilatéraux. La question de l'autorité juridique du traité reflète bien la distinction entre l'instrument et les actes qui le composent. La puissance juridique des actes conventionnels participent certes à l'autorité juridique du traité mais celle-ci n'en est pas la simple addition. Le principe *pacta sunt servanda* reflète cette différence en ce qu'il s'attache à l'autorité de l'instrument conventionnel mais non à l'autorité des actes conventionnels. Cette autorité de l'instrument conventionnel est d'une grande diversité, reflétant ici la souplesse du droit international quant à l'engagement de ses sujets. Au-delà du principe *pacta sunt servanda*, l'autorité juridique du traité n'est pas précisée en raison de l'unilatéralisme des actes qui le composent, conséquence de la structure du système juridique international. Celle-ci traduit la faiblesse de la dimension objective du droit international qui ne peut, comme dans les systèmes de droit interne, soumettre de façon approfondie les effets légaux de l'instrument conventionnel. Les effets juridiques du traité présentent ainsi une complexité et une étendue bien plus large que ceux du contrat<sup>707</sup>.

**210.** Ce caractère indéfini de l'autorité normative de l'instrument conventionnel renvoie aux effets juridiques du traité et se déploie sur deux plans. Tout d'abord, en ce qu'il résulte de l'engagement de sujets souverains, l'effet juridique du traité, consacré dans son principe par *pacta sunt servanda*, sera dans son contenu propre à chaque

---

<sup>707</sup> « [L]e contrat est un accord de volontés, qui sont exprimés en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets », Jacques GHESTIN, « La notion de contrat... *op. cit.*, 1990, p. 21.



instrument conventionnel. Ces effets sont à distinguer de leurs conséquences qui sont la production de droits et d'obligations pour les parties<sup>708</sup>. La simple constatation de l'existence d'un traité ne permet pas d'apprécier l'insertion de ses effets dans le système juridique international.

**211.** Ensuite, la dimension indéfinie de l'autorité normative du traité dans son contenu n'est pas contrebalancée par une opposabilité strictement limitée aux parties. Si le traité, en ce qu'il est un réseau d'engagements, établit une distinction évidente entre les parties et les sujets extérieurs à ce réseau, son statut d'instrument juridique limite l'indifférence du traité à l'égard des tiers, tout comme l'indifférence des tiers à l'égard du traité<sup>709</sup>. Cela implique d'analyser les effets juridiques du traité au cas par cas à travers une distinction entre support normatif et obligation conventionnelle.

---

<sup>708</sup> « C'est alors méconnaître le sens de la règle et la portée des engagements que réduire les effets des traités à la création d'obligations (et de droits) résultant des normes conventionnelles elles-mêmes, alors qu'elle n'est au mieux que l'un des effets possibles de l'acquisition du « statut de partie » [...]. Dans la limite de leurs relations mutuelles, il [le traité] fait ainsi accéder à la seule forme d'existence légale dont s'accommode un droit fondé sur la souveraineté de ses sujets l'être conventionnel que les futures parties ont en vue : les propositions normatives qu'il énonce, si tel est son objet, leur deviennent opposables en tant que normes », Jean COMBACAU, *Le droit des traités... op. cit.*, 1991, p. 68.

<sup>709</sup> « D'un côté [...] se trouve l'existence intersubjective du texte, telle qu'elle est reconnue entre les « parties » qu'unit un lien conventionnel [...]. Mais de l'autre côté, le traité existe par lui-même, objectivement, en tant que texte légal et il n'est pas inconcevable qu'il ait une portée dans les rapports entre les parties et les tiers ; on devra donc s'interroger sur son éventuelle opposabilité extra-conventionnelle », *Ibid.*, p. 67.

## Conclusion du Chapitre 2

**212.** Le traité international est un instrument juridique tout à fait spécifique à ce système. S'il connaît, en raison de l'importance que le droit international donne aux manifestations de volonté de ses sujets, une forte dimension consensualiste, il ne s'y résume pas. La structure même du droit international favorise tout autant qu'elle limite les effets du consensualisme en raison de l'horizontalité du système juridique. Celui-ci fait avant tout peser ses effets sur les actes juridiques internationaux sans pour autant permettre d'établir une distinction certaine entre un ensemble d'actes unilatéraux et la collection particulière d'actes unilatéraux que représente le traité international. La particularité du traité comme instrument juridique réside dans sa dimension écrite comme moyen de conciliation des actes unilatéraux. D'une part, il se forme et existe par l'intermédiaire d'actes unilatéraux ; d'autre part, il atteint par l'écrit une dimension concertée<sup>710</sup>.

**213.** En tant qu'instrument du droit international, le traité est donc un ensemble organisé par et pour les parties. Il est à noter que le premier constat du caractère instrumental du traité se fait de façon empirique<sup>711</sup>. Celui-ci s'observe à travers la dimension utilitaire, notamment du point de vue de la sécurité juridique comme conséquence du formalisme de l'instrument, et dans la volonté de préserver le consensualisme du droit international. Le caractère écrit du traité prend une importance déterminante pour souligner la spécificité du traité parmi d'autres instruments du droit international, et en premier lieu la coutume<sup>712</sup>. La diversité des actes conventionnels se

---

<sup>710</sup> « L'aspect concerté concerne le traité lui-même, l'aspect unilatéral le rapport entre le traité et chacun des États parties. [...] On mesure par là que l'instrument conventionnel est largement une méthode de canalisation des actes unilatéraux des parties », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public op... cit.*, 2016, p. 116.

<sup>711</sup> Voir notamment Guy de LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure... op. cit.*, 2003, pp. 201-202.

<sup>712</sup> Cette interrogation de P. Reuter souligne bien tant le rôle du traité comme mécanisme de conciliation d'actes unilatéraux et en même temps l'impossibilité de distinguer l'instrument conventionnel parmi d'autres instruments du droit international dès lors que l'on écarte le critère formel de l'écrit : « la technique conventionnelle connaît des actes tels que l'adhésion, la dénonciation, la formulation de réserves, qui, en la forme, apparaissent comme des actes unilatéraux. A partir du moment où l'accord est dépourvu de forme solennelle le lien qui unit diverses manifestations de volontés, soit écrites, soit verbales, soit tacites devient souvent purement intellectuel et apparaît moins encore de façon visible ; on

trouve alors canalisée par la dimension unitaire de l'instrument <sup>713</sup>. Cette diversité de sa composition n'empêche pas de penser son unité. Celle-ci s'opère dans la consécration d'un réseau d'engagements et se manifeste par un écrit propre à chaque traité. Le consensualisme, s'il joue un rôle dans cette conciliation de différents actes, ne permet pas, à lui seul, la production de droits et obligations propres au traité en tant que mode de formation et d'application du droit international. Elle s'observe dans le fonctionnement du principe *pacta sunt servanda*, conséquence de l'écrit, critère formel du traité. L'instrument conventionnel est une technique de conciliation d'actes unilatéraux afin de produire des effets juridiques<sup>714</sup>.

---

peut alors hésiter : se trouve-t-on en présence de deux ou plusieurs actes unilatéraux ou d'un acte conventionnel unique ? », Paul REUTER, « Principes de droit international... *op. cit.*, 1961, pp. 574-575.

<sup>713</sup> « [I]l faut les [les contrats de droit interne et les traités internationaux] analyser comme une juxtaposition d'actes unilatéraux, entraînant l'application d'un régime juridique prédéterminé par d'autres actes. Ils ne naissent que par l'expression unilatérale des consentements, ils sont essentiellement mis en œuvre par d'autres actes unilatéraux, éventuellement juridictionnels en cas de litige. [...] Les catégories du contrat ou du traité demeurent certes fort utiles, même si elles ne correspondent pas à un acte unique. [...] Ces instruments représentent des complexes d'actes, constituant une sorte de constellation d'actes unilatéraux, sous-système ayant partiellement une logique propre, quoique articulé avec l'ensemble », Serge SUR, « Actes, normes, droit : dix mille signes... *op. cit.*, 1990, p. 60.

<sup>714</sup> « [L]a convention internationale est un mécanisme générateur de droits et d'obligations, dont les formes ont acquis une souplesse extrême et dont le contenu est quelconque », Paul REUTER, « Principes de droit international... *op. cit.*, 1961, p. 563.

## Conclusion du Titre 2

214. Le traité international est un instrument du droit international. Cette nature découle de sa composition même en tant que collection d'actes unilatéraux. Le consensualisme du droit international déborde finalement du cadre conventionnel tout en ne permettant pas une analyse exhaustive du traité international. Il rappelle l'importance de l'accord en droit international tant pour sa formation que son application mais ne caractérise pas le traité. L'importance attachée par le droit international à l'idée d'accord découle de sa structure en ce qu'elle se fonde sur l'engagement de sujets souverains. Pour autant, le traité est un accord particulier doté de caractéristiques propres. Il se distingue radicalement des autres formes d'accords internationaux de par sa dimension écrite<sup>715</sup>. En même temps sa formation par l'intermédiaire des actes unilatéraux conduit à souligner que comme les autres instruments du droit international, qu'ils soient des actes juridiques ou des collections d'actes, sa finalité première est la production d'effets juridiques<sup>716</sup>.

215. Parmi les instruments du droit international, le traité ne se distingue pas par cette finalité qui ne lui est pas propre. Sa spécificité découle de sa composition, résultat d'un processus de formation complexe qui, à son tour, entraîne la consécration d'un principe propre au traité international, *pacta sunt servanda*. Les règles, droits et obligations produites par le traité sont ainsi des conséquences de ses effets juridiques mais ne se confondent pas avec eux. Les traités internationaux représentent des ensembles particuliers de formation des règles de droit international qui vont entraîner l'existence de droits et d'obligations à l'égard des sujets pour lesquels l'instrument conventionnel représente un cadre sans pour autant qu'il se confonde avec les conséquences de l'effet

---

<sup>715</sup> « Under general international law, an agreement is a consensual bond, express or tacit, between two or more subjects of international law, designed to produce legal effects and governed by international law. The word 'treaty' is reserved for written instruments; the word 'agreement' is broader », Robert KOLB, *The Law of Treaties. An introduction... op. cit.*, 2016, p. 16.

<sup>716</sup> « [L]a source principale des obligations est constituée en droit international, comme ailleurs, par les actes juridiques, c'est-à-dire des actes accomplis en vue de produire un effet de droit international. Les autres actes ont des conséquences juridiques qui ne sont pas celles poursuivies par leurs auteurs », Paul REUTER, « Principes de droit international... op. cit. », 1961, p. 531.

juridique qu'il produit pour les parties<sup>717</sup>. Si le traité est un support normatif en ce qu'il permet la formation de règles de droit international, il n'est pas en lui-même une règle, une obligation ou un droit international, ceux-ci ne sont que les conséquences de ce statut qu'acquiert l'instrument.<sup>718</sup>

---

<sup>717</sup> « Parfois perçus comme des « effets » du traité, les agissements, matériels et légaux, internationaux et internes, destinés à lui assurer sa pleine application ne sont en réalité que des conséquences de fait de l'obligation d'en tenir les énoncés pour légalement vrais », Jean COMBACAU, *Le droit des traités... op. cit.*, 1991, p. 69.

<sup>718</sup> Voir notamment Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 106.

## Conclusion de la 1<sup>ère</sup> Partie

216. La formation du traité fait ressortir l'apparente difficulté que le traité international représente au regard des spécificités du système juridique international. Alors que la faiblesse du formalisme et la force concomitante du consensualisme révèlent la consécration de la manifestation de volonté comme fondement de celui-ci, l'instrument conventionnel propose un dépassement de la concurrence des unilatéralismes en mettant en avant un critère formel. La coutume pourrait alors apparaître comme un moyen de formation du droit international favorisé par le système même, son caractère non écrit tendant à s'adapter plus favorablement au respect de la souveraineté et au faible formalisme du système. Pourtant, le traité reste un moyen privilégié de création et d'application de celui-ci. Si, dans une première approche, la complexité de la composition et donc de la formation de l'instrument peut étonner au regard de son importance, son articulation avec les traits structurants du droit international et en même temps, les garanties qu'il offre sur le plan de la sécurité juridique offre une première voie d'explication à son caractère incontournable. La nature instrumentale du traité découle directement de sa formation qui intègre les spécificités du système juridique international. Le traité est inséparable du droit international car il lui est spécifique dans sa formation.

217. Mais en tant qu'instrument le traité n'est qu'un moyen au service d'une fin qui s'incarne dans ces effets juridiques<sup>719</sup>. Ainsi, l'instrument conventionnel ne peut se comprendre sans être replacé au sein du système juridique international. Ce lien est impliqué par la composition même du traité. La conciliation particulière des actes unilatéraux qui le caractérise fait ressortir sa capacité d'attraction de ces derniers dans une « nébuleuse conventionnelle » élargie. Si l'originalité de la formation de l'instrument conventionnel le caractérise plus que ses conséquences, celles-ci ne sont pas

---

<sup>719</sup> « Un traité contient des dispositions d'une nature juridique si différente, dont la vie juridique peut suivre des destins si indépendants qu'il apparaît, quand il a la complexité d'un traité de paix, ou de certains traités créant une organisation internationale, plutôt comme un faisceau d'actes juridiques réunis par un instrument et un consentement communs que comme un acte unique », Paul REUTER, « Principes de droit international... *op.cit.*, 1961, p. 581.

indifférentes à cette origine conventionnelle<sup>720</sup>. En fait, la complexité de la formation comme de la composition du traité se justifie par sa raison d'être. Son caractère instrumental doit être pris en compte dans l'analyse de son rôle sur le plan du droit international. La question est alors de savoir dans quelle mesure le caractère particulier de l'instrument conventionnel se retrouve dans ses effets juridiques et, partant, son insertion dans le système juridique international.

---

<sup>720</sup> « Parce qu'il permet de produire des normes, des institutions et des situations dont les effets légaux sont voulus en commun par les États qui vont individuellement les ressentir, c'est sur le caractère collectif du produit fini qu'on met habituellement l'accent. [...] Mais, ce faisant, on perd de vue la transaction légale qui opère ce résultat [...]. Cette nouvelle perspective fait en effet percevoir plus clairement l'originalité de l'ordre juridique conventionnel, qui est de reposer presque exclusivement sur les actes unilatéraux des États. Le traité, comme produit achevé de leur accord, ne constitue guère que l'apparence des mécanismes conventionnels, derrière quoi se dissimule le jeu réel des actes étatiques qui concourent à la détermination du statut légal d'un texte », Jean COMBACAU, *Le droit des traités... op. cit.*, 1991, p. 121.



## 2<sup>ème</sup> Partie : Le fonctionnement du traité international, de la généralité à la particularité

---

218. La formation du traité fait ressortir sa qualité d'instrument bien plus que d'acte juridique. Cependant, la détermination de sa nature ne permet pas de saisir le concept dans sa totalité. En effet, le traité, en tant qu'instrument juridique international, implique la production d'effets juridiques<sup>721</sup>. Manifestations de la puissance juridique du traité, ces effets permettent de compléter l'analyse du traité en précisant sa place au sein du système juridique international. Le rattachement au système juridique international entraîne un certain nombre de conséquences faisant à nouveau ressortir l'impératif d'une analyse tenant compte des particularités de ce système pour l'étude du concept de traité. Plus précisément, la complexité de la formation du traité comme la souplesse de sa composition reflètent les nécessités tenant à la formation et l'application du droit international. Le traité est l'instrument privilégié de ce système juridique, il est en quelque sorte la réponse du droit international aux ambiguïtés qui s'attachent à la possibilité d'un système juridique horizontal<sup>722</sup>.

---

<sup>721</sup> Voir par exemple les diverses définitions du traité proposées : « tout accord conclu entre deux ou plusieurs sujets de droit international, destiné à produire des effets de droit et régi par le droit international », Nguyen QUOC DIN, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public... op. cit.*, 2009, p. 118 ; « Manifestation de volontés concordantes imputables à deux ou à plusieurs sujets de droit international et destinée à produire des effets de droit international », Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, p. 33. Conception largement établie par la jurisprudence internationale, voir par exemple « on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et des obligations pour des individus », CPJI, Avis consultatif du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Série B, pp. 17-18.

<sup>722</sup> « L'instrument est demeuré d'une grande souplesse comme les règles qui l'encadrent. [...] Cette ductilité explique probablement son succès à la fois quantitatif et qualitatif. Quantitatif, puisque l'on a assisté à une prolifération du nombre de traités de tout ordres. Qualitatif, dans la mesure où la plupart des innovations et des développements du droit international au XXe siècle sont passés par la voie conventionnelle [...]. Ils ont des traités comme bases et supports juridiques, même si les règles, institutions, mécanismes qu'ils établissent, ou les concepts qu'ils incorporent semblent se détacher d'eux », Serge SUR, « La créativité du droit international... op. cit. », 2012, p. 123.

**219.** L'Antiquité gréco-romaine offre la possibilité d'une analyse renouvelée concernant la fonction du traité au sein du droit international. D'une part, celle-ci, en établissant un certain nombre de notions juridiques essentielles, éclaire le rôle attribué au traité en raison de sa finalité, la production d'effets juridiques. Elle permet de préciser comment agit le traité en tant que mode de formation du droit dans le système juridique international. D'autre part, l'histoire de l'Antiquité gréco-romaine fait ressortir la place centrale que peut occuper l'instrument conventionnel au sein de la régulation juridique des relations internationales. Parce qu'il s'agit d'une période de conceptualisation du traité, elle conduit à souligner l'intérêt de l'instrument conventionnel pour la structuration et le fonctionnement d'un système juridique marqué par son horizontalité.

**220.** L'étude des effets juridiques du traité éclaire ses finalités au sein du système juridique international. Si les effets juridiques de l'instrument conventionnel sont déterminés par sa puissance juridique, ils ne sont pas, par nature, particuliers à celui-ci (Titre 3). L'importance du traité pour le droit international s'observe avant tout dans la structure même du système juridique international (Titre 4).

*Plan de la 2<sup>ème</sup> Partie :*

*Titre 3 : Le caractère général des obligations conventionnelles en droit international*

*Titre 4 : La place particulière de l'instrument conventionnel dans le droit international*

### TITRE 3 : LE CARACTERE GENERAL DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN DROIT INTERNATIONAL

**221.** La détermination des effets juridiques du traité suppose de distinguer le traité en tant qu'instrument du droit international établissant un lien entre les parties du fait de l'articulation des actes juridique ayant contribué à sa formation, et le contenu conventionnel comme résultat de ce processus de formation<sup>723</sup>. En tant que contenant, le traité est un support normatif, cette qualité permettant alors de donner un effet juridique à son contenu. La distinction entre le traité comme support normatif et les normes et obligations qui en découlent est nécessaire. Le traité en tant que support normatif permet la formation des normes internationales sans pour autant que celles-ci ne se confondent avec lui<sup>724</sup>. Il entraîne la formation d'obligations également distinctes. Ainsi, pas plus qu'il n'est un acte, le traité ne peut être une norme. Les effets juridiques du traité se déploient alors sur deux plans différents. D'une part, certains s'attachent au support normatif, ces effets juridiques lient les parties entre elles et concernent le lien conventionnel. D'autre part, les effets juridiques du traité peuvent se traduire par la formation de droits et obligations internationales, détachables du traité.

**222.** Dès lors, la qualité de parties à un traité a pour conséquence première, pour les sujets de droit international, l'existence de droits et d'obligations juridiques qui leur sont opposables. Celles-ci sont ainsi le lien entre ces sujets et les normes internationales formées par l'instrument conventionnel. Cependant,

---

<sup>723</sup> « [D]un côté, la substance de leurs stipulations particulières, les normes spécifiques qu'ils [les traités] contiennent et qui définissent les droits et obligations des parties [...] ; de l'autre les règles qui gouvernent leur régime juridique, la portée de leur champ d'application, les conditions de leur formation, de leur évolution, de leur terminaison. [...] En d'autres termes, le traité comme ensemble de normes, de l'autre le traité comme support normatif », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 106.

<sup>724</sup> « [I]l faut distinguer aussi clairement que possible la norme juridique et l'acte juridique qui la crée ; même si l'on venait à douter du caractère juridique d'une norme en raison de l'imprécision de ces termes, l'acte juridique qui l'a posée n'en subsiste pas moins », Paul REUTER, « Principes de droit international... *op. cit.*, 1961, p. 471.

l'opposabilité des droits et obligations internationales à un sujet ne découlent pas nécessairement de sa qualité de parties à un traité, quand bien même ces droits et obligations auraient une origine conventionnelle<sup>725</sup>. S'il y a bien un lien entre le support normatif et les obligations qui en découlent, l'un ne peut se confondre avec l'autre puisque ces obligations sont la manifestation des normes internationales, distinctes du support normatif qui ont présidé à leur formation. En quelque sorte, l'objet du traité se réduit à la production d'effets de droit. Le produit qui en découle, les règles de droit international, comme leur manifestation pour les sujets, les obligations internationales, sont les conséquences de cet objet.

**223.** Ainsi, si les traités internationaux constituent une voie d'approche privilégiée pour comprendre tant la formation des normes internationales que l'existence d'obligations internationales, celles-ci doivent être distinguées de l'instrument. Un traité ne lie ainsi que ses parties mais les normes qu'il contribue à créer peuvent faire ressentir leurs effets au-delà du cercle des parties. On ne peut pour autant conclure à une indifférence totale des obligations à l'égard de leur support normatif. L'origine conventionnelle des obligations internationales fait peser un certain nombre de conséquences pour les parties au traité qui se manifestent principalement au moment de l'application du droit international. La distinction entre support normatif et obligations conventionnelles est ainsi une distinction nécessaire (Chapitre 1) qui n'empêche pas l'existence de relations ambiguës entre eux (Chapitre 2).

*Plan du Titre 3 :*

*Chapitre 1 : Support normatif et obligations conventionnelles, une distinction nécessaire*

*Chapitre 2 : Support normatif et obligations conventionnelles, des relations ambiguës*

---

<sup>725</sup> La position de la France à l'égard de la Convention de Vienne témoigne de cette possibilité. Certes, il est souvent considéré que c'est l'appartenance au droit coutumier qui va fonder l'opposabilité à la France de la plupart des dispositions de cette Convention. C'est cependant oublier que le caractère coutumier de certaines obligations de celle-ci n'est pas clairement établi alors même que leur opposabilité à la France ne semble pas faire débat. Voir Hélène RUIZ-FABRI, « La France et la Convention de Vienne sur les droit des traités » in Gérard CAHIN, Florence POIRAT, Sandra SZUREK (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 137-167.

## Chapitre 1 : Support normatif et obligations conventionnelles, une distinction nécessaire

224. La formation du traité international fait ressortir la diversité de cet instrument au regard de son contenu. En effet, les dispositions conventionnelles tendent à la formation du droit mais également à l'établissement d'un régime particulier pour les parties quant à ces effets juridiques<sup>726</sup>. En organisant la formation des normes internationales, les traités conduisent à l'existence d'obligations internationales. Cependant, l'assimilation des unes à l'autre conduit à certaines confusions quant à la formation du droit international. Ainsi, il est nécessaire de distinguer le traité des normes qu'il peut contribuer à former comme des obligations dans lesquelles elles s'incarnent pour les sujets<sup>727</sup>. La nécessité de la distinction entre support et obligations s'explique par la recherche d'une meilleure appréhension des conditions de formation des règles de droit international. S'agissant du traité international, cette distinction permet une compréhension plus fine de ses effets juridiques.

225. L'Antiquité gréco-romaine rend compte de la façon dont ont été conçues les notions de normes et d'obligations, essentielles à tout système juridique, dans le cadre des premières réflexions sur le droit et sa nature. Bien qu'articulées au traité,

---

<sup>726</sup> « Si l'on examine le texte de n'importe quel traité, quel que soit son objet, on y constatera la présence de deux types de dispositions. Les unes se trouvent au début et, surtout, à la fin du traité. Elles indiquent quelles sont les parties contractantes, le lieu et la date de sa conclusion. Elles établissent dans les « clauses finales » l'ensemble des conditions techniques dans lesquelles l'accord produira ses effets : à partir de quelle date, à l'égard de qui, éventuellement dans quelle mesure et selon quelles modalités les parties pourront y apporter des réserves, comment d'autres Etats pourront y adhérer, comment pourra-t-on le modifier, etc. D'autres dispositions, en revanche, portent sur les clauses substantielles de l'accord, définissent son contenu matériel, en indiquant son objet, de même que les droits et les obligations y afférents. On constate ainsi qu'à côté des clauses opératoires figurent les clauses proprement normatives », Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2000, p. 127.

<sup>727</sup> « Les supports normatifs sont les instruments ou les processus qui établissent et contiennent les normes. Les normes se définissent d'un côté par rapport aux supports juridiques dont elles tirent leur autorité, de l'autre les unes par rapport aux autres, dans leurs relations mutuelles, leur articulation. Les obligations se définissent à la fois par leur consistance, par le rapport qu'elles entretiennent avec les sujets de droit qui en sont les destinataires et par les relations qu'elles établissent entre eux », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 208.

elles s'en distinguent cependant. D'une part, le traité permet la formation des normes internationales (Section 1). D'autre part, il a pour conséquence l'existence d'obligations juridiques internationales (Section 2).

## **Section 1 : L'encadrement conventionnel de la fonction normative internationale**

**226.** Comme le rappelle la formulation de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, plus que d'être à l'origine des normes internationales, le traité les contient<sup>728</sup>. Il est ainsi un support normatif comme peut l'être la loi ou les principes généraux du droit sur le plan interne. Cette qualité du traité n'est toutefois pas évidente dans un système juridique comme celui du droit international pour lequel la souveraineté des sujets a longtemps fait peser le doute sur la possibilité même d'un droit international<sup>729</sup>. Alors qu'en droit interne, la question de la formation des règles de droit ne fait plus débat, les particularités du droit international justifient que toute étude des modes de formation de celui-ci s'interroge sur l'exercice de la fonction normative au sein de ce système juridique. Plus précisément, le traité, en tant que support normatif, s'apparente à une modalité d'encadrement de cette fonction normative. Enrichie par les réflexions gréco-romaines, il est d'abord nécessaire de préciser la notion de support normatif au regard de celle de norme (1) afin de pouvoir préciser la formation conventionnelle des normes internationales (2).

### ***1. De la norme au support normatif***

---

<sup>728</sup> Pour rappel : « 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a. les conventions internationales, [...] b. la coutume internationale [...] c. les principes généraux de droit [...] », Article 38 du Statut de la CIJ.

<sup>729</sup> S'agissant des différentes doctrines conduisant à la négation du droit international, voir notamment Antonio TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens... op. cit.*, 2007, pp. 15-23.

**227.** La notion de support normatif renvoie à l'idée de sources ou de modes de formation, non plus comme processus conduisant à l'apparition de la règle de droit, mais comme résultat. Elle met en évidence l'existence d'instruments juridiques dont la fonction première est cette participation à la formation de la règle de droit<sup>730</sup>. Il est donc distingué la norme de son mode de formation qui subsiste une fois la norme créée sans s'y confondre<sup>731</sup>. En offrant un regard sur les origines conceptuelles de ces notions, la période antique permet d'y apporter quelques précisions (a). Dans le cadre du système juridique international, la question de la norme, et partant du support normatif, n'en demeure pas moins ambiguë (b).

### *a. Normes et supports normatifs, origines conceptuelles*

**228.** La continuité des réflexions gréco-romaines sur le concept de droit et plus particulièrement de loi met en évidence l'idée d'instruments juridiques à même de permettre la formation du droit en ce que ces instruments contiennent des normes juridiques. On observe une continuité intellectuelle soulignant que toute norme juridique nécessite un processus de formation juridique dont le résultat est distinct de la norme elle-même. Cependant, derrière cette continuité, on voit poindre une opposition selon que l'analyse du système juridique s'articule autour des normes ou des instruments qui les contiennent. L'idée même de loi apparaît en Grèce antique à travers celle de norme juridique. Plus précisément, la sécularisation qui s'opère dans le cadre de la cité se traduit, sur le plan juridique, par une progressive distinction entre normes religieuses et normes juridiques. Elles restent néanmoins longtemps confondues en raison de l'articulation du droit avec ses finalités. Celles-

---

<sup>730</sup> « Les supports normatifs sont traités ou coutumes, instruments pour le droit écrit, processus pour le droit coutumier. Ils sont les véhicules qui portent les normes, le grand véhicule coutumier et les petits véhicules traités. Ces derniers peuvent traîner diverses remorques, par exemple les instruments dérivés, actes institutionnels ou actes unilatéraux étatiques. L'instrument traité énonce un certain nombre de normes, contenues dans ses différents articles et les autres éléments de son texte. La coutume contient des principes et des règles dont le processus coutumier est le véhicule » Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 189.

<sup>731</sup> Voir notamment la définition du terme normatif dans Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2014, p. 689 : « Qui énonce une règle, qui est porteur d'une norme ».



ci renvoient à des idées plus générales comme celle du Juste ou du Bien<sup>732</sup>. La conception même de la loi en Grèce reste traversée par une dualité entre l'expression d'un idéal et la nécessité de l'organisation de la vie en société. Cela conduit à rappeler que la norme n'est pas en elle-même spécifique au droit, seule l'est la norme juridique qui se distingue par son incorporation dans un instrument juridique<sup>733</sup>.

**229.** L'étude de la conception du droit et de la formation de la loi à Rome déplace la réflexion. La continuité avec la Grèce est alors moins évidente en raison de la conception romaine de la loi<sup>734</sup>. On observe ainsi que l'idée d'une influence grecque sur la loi des Douze Tables<sup>735</sup> est avant tout celle des historiens romains. Si les rapports entre monde grec et monde latin sont anciens, l'influence grecque sur la loi décemvirale se limite aux idées d'une magistrature extraordinaire et de fixation du droit dans un code. Le contenu comme la notion de *lex* sont des héritages propres à Rome<sup>736</sup>. La notion de *lex* apparaît à ce titre tout à fait spécifique à la pensée romaine. Elle fait ressortir tout d'abord la dimension publique de la création du droit. La loi est l'œuvre de la collectivité en ce qu'elle

---

<sup>732</sup> « *Nomos* concilie [...] l'idéal abstrait du bon ordre et les simples habitudes observées dans la pratique », Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque... op. cit.*, 1971, p. 23.

<sup>733</sup> « [I]l existe toutes sortes de normativités, [...] ce n'est certainement pas sa dimension normative qui constitue l'originalité et la singularité du droit », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 188.

<sup>734</sup> « Le terme classique *νόμος* ne désignait pas à l'origine la loi, mais l'ordre du monde. [...] Mais à la différence du latin qui utilise un terme unique : *lex*, le grec possède et utilise des termes divers [...] Morphologiquement et sémantiquement le terme de *lex* n'a aucun rapport avec ces diverses notions [...] L'originalité de ce terme permet déjà de penser que sa création est ancienne et qu'il n'y a pas lieu d'y voir d'hypothétiques influences grecques [...] A l'origine, la loi n'a rien de commun avec l'ordre du monde ou la souveraineté du peuple. Elle désigne quelque chose de très précis : c'est en effet la lecture solennelle que l'on fait d'un texte [...] Les Douze Tables ne représentent donc pas l'avènement de la *lex* sous l'influence de la Grèce comme pourrait le laisser penser la rareté des lois antérieures », Michèle DUCOS, *L'influence grecque sur la loi des Douze Tables*, Paris, PUF, 1978, pp. 74-75.

<sup>735</sup> La loi des XII Tables représente la première expression de la législation romaine. Si son contenu exact ne nous est pas parvenu et reste marqué par des incertitudes, il exprime une première forme de production politique de la loi et va perdurer jusqu'à la fin de l'Empire romain, voir notamment Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit... op. cit.*, 2006, pp. 86-88.

<sup>736</sup> « A la fin de la République, la réflexion sur la loi s'appuie sans doute sur des concepts qui, dans leurs sources, sont grecs, mais cette réflexion s'appuie aussi sur la réalité romaine : elle retrouve ainsi les aspects caractéristiques de la *lex* », Michèle DUCOS, *L'influence grecque sur la loi des Douze Tables... op. cit.*, 1978, p. 78.

contribue à organiser la cité et les rapports entre citoyens notamment<sup>737</sup>. Ensuite, la notion de *lex* met en avant la nécessité de la formalisation du droit. Celui-ci se crée par l'intermédiaire d'une procédure dont le respect est essentiel. Plus largement, si, comme dans la pensée grecque, Rome tend à une assimilation du droit à la loi, la conception romaine s'en distingue en soulignant la nécessité de procédés de formation proprement juridique qui sont nécessaires à son apparition. Ainsi, là où la Grèce conditionne la formation de la loi à ses finalités, la conception romaine du droit s'exprime dans la nécessité d'une technique juridique pour présider à sa formation. Celle-ci va alors s'incarner dans une dimension jurisprudentielle et dans une dimension législative<sup>738</sup>.

**230.** L'idée moderne de norme a pour origine conceptuelle ce monde gréco-romain comme l'étymologie grecque du terme le rappelle. Il faut toutefois souligner que le terme souffre d'une certaine indétermination et reste le plus souvent employé, dans le cadre juridique, comme synonyme de règle de droit<sup>739</sup>. Il tend vers une abstraction certaine qui s'accommode mal de la technique juridique qui doit présider à sa formation ou à sa constatation<sup>740</sup>. Au-delà de ces distinctions, la place de la norme dans un système juridique reste imprécise. Pour certains, elle est fondamentale dans la mesure où le droit est précisément un système d'agencement des normes. Ce qui définit le droit, ce sont les normes juridiques qui permettent de régler les comportements sociaux<sup>741</sup>. Dans une autre conception, les normes ne caractérisent pas le système juridique. D'une part, en tant que mesures

---

<sup>737</sup> « Les Douze Tables sont un moment important de l'évolution de la loi à Rome. Elles contribuent à donner une place nouvelle à la notion de *lex publica* qui deviendra peu à peu la *lex* par excellence au point d'éclipser toutes les autres *leges* [...] Les formules générales et impersonnelles des Douze Tables ont autant contribué à la naissance d'une telle idée que l'idéologie empruntée aux orateurs et aux philosophes grecs », *Ibid.*, p. 75.

<sup>738</sup> Voir notamment Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit... op. cit.*, 2006, pp. 84-104.

<sup>739</sup> « [O]n observera que le terme de « norme » est inhabituel en droit positif, où l'on parle plus volontiers de règles ou de principes. Le terme relève plutôt des outils de l'analyse doctrinale », Serge SUR, « La créativité du droit international... op. cit. », 2012, p. 199.

<sup>740</sup> « Une norme est un instrument de mesure de texture purement psychique ; plus précisément, il s'agit d'une mesure d'un déroulement du cours des choses », Paul AMSELEK, « Norme et loi », *APD*, Tome 25, 1980, p. 90.

<sup>741</sup> « Pour que ces comportements [humains] ou ces relations [sociales] aient un caractère juridique, il faut qu'ils soient réglés par des normes juridiques. Ils sont ainsi l'objet d'une réglementation juridique tandis que le droit est cette réglementation elle-même », Hans KELSEN, « Théorie du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, 1953, p. 9.

de comportements humains, elles ne sont pas propres aux systèmes juridiques. D'autre part, elles n'existent en droit que dans la mesure où leur formation répond à un certain nombre de conditions qui permettent de leur attribuer cette qualité. Le droit international, en tant que système non hiérarchisé, formel plus que matériel, tend à favoriser cette seconde conception. En ce sens, la norme y apparaît plus « romaine » que « grecque », elle s'observe et se déduit de ces supports normatifs, c'est-à-dire de ces instruments de formation. Cette attraction s'explique ainsi largement par la structure même du droit international qui favorise une certaine imprécision dans le contenu même des normes internationales et, partant, dans l'identification des obligations qu'elles entraînent<sup>742</sup>.

### ***b. Le support normatif en droit international***

**231.** Les supports normatifs sont les actes juridiques qui parce qu'ils peuvent produire des effets de droit sont des instruments permettant l'apparition des normes et donc des obligations<sup>743</sup>. La notion de support normatif renvoie à la qualité de source, ou de mode de formation, du traité. Autrement dit, il s'agit d'une des « voies d'accès à la normativité internationale »<sup>744</sup>. Plus précisément, le support normatif est la concrétisation d'un mode de formation. Le mode de formation conventionnel du droit international s'incarne dans un instrument, le traité, support normatif, distinct des obligations qu'il porte. L'effet juridique en tant que

---

<sup>742</sup> « [d]u fait de la structure rudimentaire de la société qu'il est appelé à régir, le droit international n'a jamais cessé d'être malade de ses normes [...]. D'abord, bien sûr, en raison, sinon de l'absence, du moins de la criante insuffisance des mécanismes de sanction. Mais aussi en raison de la qualité médiocre du contenu de bien des normes [...]. Depuis quelque temps, la doctrine se plaît à constater une autre imperfection affectant le contenu des normes internationales [...] le système normatif du droit international comporte, relève-t-on, de plus en plus de normes dont la substance est tellement vague, tellement peu contraignante que l'obligation de l'un et le droit de l'autre en deviennent presque insaisissables », Prosper WEIL « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, vol. 86, 1982/1, p. 7.

<sup>743</sup> « La source principale des obligations est constituée en droit international, comme ailleurs, par les actes juridiques, c'est-à-dire des actes accomplis en vue de produire un effet de droit international », Paul REUTER, « Principes de droit international... », *op. cit.*, 1961, p. 531.

<sup>744</sup> Voir Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... », *op. cit.*, 1992, pp. 137-140, notamment « Le système normatif international s'alimente par plusieurs canaux. Comme l'écrit la Commission du droit international, il existe des « voies différentes ... par lesquelles des obligations internationales peuvent prendre naissance ». Face à cette multiplicité des voies d'accès à la normativité internationale... », p. 137-138.

critère de définition du traité se traduit notamment par cette qualité de support normatif reconnu au traité international<sup>745</sup>. Si la qualité de support normatif n'est pas propre aux instruments juridiques internationaux, elle s'exprime de façon particulière dans le système juridique international. En effet, dans la mesure où ils permettent à une norme d'exister juridiquement, ils en déterminent l'autorité normative<sup>746</sup>. Mais la comparaison du contenu des traités démontrent que cette détermination n'est que partielle. La diversité matérielle des traités comme la diversité des obligations conventionnelles reflètent la souplesse des effets juridiques de l'instrument conventionnel<sup>747</sup>. L'appréciation de l'autorité normative des conventions ne peut se faire à travers le simple critère formel de son support normatif. L'ambiguïté de la norme internationale se situe ainsi dans son rapport avec son mode de formation. D'un côté, celui-ci ne s'insère pas dans une hiérarchie des normes préexistantes permettant de préciser son autorité normative a priori. De l'autre, la structure du système juridique international tend pourtant à accorder une place déterminante à ses modes de formation.

**232.** Plus précisément, caractériser la puissance juridique du traité en tant que support normatif ne suffit pas à caractériser l'autorité normative du traité notamment en ne la distinguant que partiellement de celle attachée au support conventionnel<sup>748</sup>. Cette équivalence des modes de formation découle de la structure

---

<sup>745</sup> L'un des effets juridiques seulement, un traité ne crée pas systématiquement des règles de droit international mais tout traité peut le faire : « Dans bien des hypothèses, en droit international comme en droit interne, les actes juridiques se contentent par exemple de confirmer ou de consolider une situation juridique, d'attribuer un statut juridique ou d'effectuer une habilitation. Dans de telles situations, l'ordonnement juridique sera modifié, mais ne créera pas nécessairement directement de nouveaux droits ou de nouvelles obligations », Pierre Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 299-300.

<sup>746</sup> « Les normes n'existent en effet qu'à partir et qu'en fonction de leurs modes de formations, conventionnels ou coutumiers. [...] Les ordres internes sont dominés par une hiérarchie des normes. Ce n'est pas le cas en droit international, ce qui ne veut pas dire que toutes les normes possèdent la même autorité », Serge SUR, « La créativité du droit international... op. cit. », 2012, p. 188.

<sup>747</sup> Sur la diversité des obligations conventionnelles, voir notamment *Infra* 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 2, Section 1, 2. b. Sur la diversité matérielle des traités, voir notamment *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 4, Chapitre 1, Section 2, 1. a.

<sup>748</sup> « La puissance désigne une capacité, c'est-à-dire qu'elle ne s'épuise en aucune norme particulière. Pour chacune d'elles individuellement considérée, on parlera d'autorité normative. Une loi par exemple possède une autorité législative. Mais cette autorité singulière laisse intacte la puissance législative, qui généralement appartient à un parlement », Serge SUR, « La créativité du droit international... op. cit. », 2012, p. 190.

même d'un système juridique fondé sur la déconcentration du pouvoir et, partant, sur l'engagement international de ses sujets pour produire des effets juridiques. Le caractère conventionnel ou coutumier d'une norme internationale ne suffit pas pour déterminer son autorité juridique comme les modalités de son application. Surtout cette absence de hiérarchie entre les supports normatifs rend peu pertinente une classification rigoureuse, rendue difficile par la faible formalisation du droit international<sup>749</sup>. En tant que résultat, ces différents supports normatifs se distinguent les uns des autres par leur autorité juridique, déclinaison particulière de la puissance juridique. Mais la structure du système juridique international conduit à constater une « individualisation de l'autorité normative »<sup>750</sup> qui a pour conséquence d'empêcher d'assimiler l'autorité juridique d'une norme à la puissance juridique de son support normatif. Les différents modes de formation du droit international ne se distinguent que par des procédures distinctes qui aboutissent à des instruments différents<sup>751</sup>. Ces différents supports ne définissent qu'une « autorité virtuelle »<sup>752</sup> des normes. Actes ou ensembles d'actes, leurs effets juridiques se déploient en premier lieu dans les rapports qu'ils permettent entre eux. Ils traduisent la puissance juridique qui s'attache aux actes et permettent leur articulation entre eux<sup>753</sup>. La détermination de l'autorité juridique d'une norme n'est alors pas uniquement dépendante de son mode de formation.

---

<sup>749</sup> « Quelque débattu qu'il ait été, le problème de la classification des sources ne présente à vrai dire pas un intérêt décisif. Une identification et une distinction rigoureuse des sources n'auraient d'importance réelle que s'il existait entre elles une hiérarchie – ce qui, précisément n'est pas le cas », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... », *op. cit.*, 1992, p. 139.

<sup>750</sup> « De ce que la normativité comporte des degrés, il ne s'ensuit pas en droit international qu'elle se construise par degrés, en ce sens qu'une norme supérieure porterait une norme inférieure et serait indispensable à sa création. L'autorité des normes dépend en partie de leur support normatif, mais elle dépend aussi, voire surtout, de leur énoncé propre. La puissance juridique est générique, l'autorité juridique est singulière. En d'autres termes toutes les normes contenues dans un traité par exemple n'ont pas la même autorité, et il en est de même pour les normes coutumières », *Ibid.*, p. 192.

<sup>751</sup> Matti KOSKENNIEMI, "The Politics of International Law", *EJIL*, 1990, vol. 1, pp. 1-32, traduit par A-C Martineau, "Entre Utopie et Apologie : la politique du droit international" in CERDIN, *Matti Koskenniemi-La politique du droit international... op. cit.*, 2007, pp. 51-96, notamment pp. 90-96 pour réflexion sur création du droit en droit international.

<sup>752</sup> Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 192.

<sup>753</sup> « Les actes sont dotés d'une puissance différenciée, et en partie hiérarchisés. Ils sont également interdépendants. La force juridique d'un acte découle toujours d'un autre acte. Elle réside dans son aptitude à engendrer d'autres actes », Serge SUR, « Actes, normes, droit : dix mille signes », *Droits*, vol. 11, 1990, p. 61.

**233.** Cette relative indifférence de la norme à l'égard de son support normatif peut en même temps surprendre au regard du système juridique international. Celui-ci se caractérise formellement plus que matériellement. Le droit international n'apparaît en effet pas tant spécifique par sa matière ou ses domaines d'intervention qu'en raison de sa structure horizontale qui se traduit alors par une spécificité plus formelle que matérielle. Elle se reflète tout particulièrement dans les modes de formation du droit international. Comme dans tout ordre ou système juridique, ils sont essentiels car ils permettent de distinguer les normes juridiques des autres normes. C'est à ce titre qu'il a été possible d'observer une « relativité » de la normativité internationale en raison du développement de pratiques et d'instruments s'écarter des règles et des critères régissant les supports normatifs internationaux<sup>754</sup>. Ces pratiques et instruments tentent d'introduire une hiérarchisation des normes et une dilution de celles-ci en rendant plus difficile la détermination des droits et obligations qui en découlent.<sup>755</sup> Une norme est une norme de droit international dès lors qu'elle se manifeste à travers un support normatif international. Les tentatives de développement de normes internationales hors des supports fondés sur l'engagement international introduisent des confusions et des incertitudes quant à leur caractère juridique qui fragilisent l'ensemble du système juridique international<sup>756</sup>. Si ces tentatives répondent en grande partie à la nécessité d'un enrichissement matériel du droit international, celui-ci ne peut passer par le contournement de la structure formelle du droit international et donc de ses supports normatifs. La souplesse des modes de formation du droit international et leur équivalence de principe semblent conduire

---

<sup>754</sup> Ces évolutions renvoient avant tout au développement du multilatéralisme et à une demande croissante de la production de règles internationales sur des domaines nouveaux. Sur les problèmes qu'elles posent pour les modes de formation traditionnels du droit international, voir particulièrement Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 413-454 ; sur la capacité du traité international à intégrer ces évolutions, voir *Infra*, 2<sup>ème</sup> partie, Titre 4, Chapitre 1, Section 2, 1. b.

<sup>755</sup> « La théorie du *jus cogens* [...] et la théorie des crimes et délits internationaux [...] conduisent l'une et l'autre à faire éclater cette unité [de la normativité juridique]. La normativité devient une question de plus ou de moins : il est désormais des normes plus lourdes que d'autres, plus obligatoires que d'autres. [;;;] Non contente d'éclater, la normativité tend à se diluer. Traditionnellement toute norme internationale a des sujets passifs et actifs bien déterminés : elle crée des obligations à la charge de certains sujets du droit international, et des droits au profit d'autres. [...] On assiste à une tendance à l'indétermination des uns comme des autres », Voir Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ?... *op. cit.*, 1982, pp. 17-18.

<sup>756</sup> *Ibid.*, pp. 44-47.

à un désintérêt à l'égard des modes de formation du droit international au profit d'un enrichissement matériel des normes internationales. Cependant, dès lors que celui-ci se fait au détriment des principes régissant les supports normatifs internationaux, il laisse subsister une incertitude concernant le caractère juridique de ces normes, les sujets concernés et surtout les droits et obligations qu'elles entraînent. Ainsi, l'analyse des normes internationales ne peut se dispenser de celle des modes de formation qui fondent leur existence.

## ***2. La formation conventionnelle des normes internationales***

**234.** L'équivalence de principe des modes de formations du droit international et ses effets sur la norme internationale ne permet au traité de se distinguer par une autorité juridique particulière qui s'attacherait aux normes conventionnelles. Si l'instrument conventionnel se traduit par l'existence de droits et d'obligations à l'égard des sujets de droit international, c'est en raison de son statut de support normatif qui contribue à la création de normes internationales. Comme toute obligation juridique, les obligations internationales découlent donc des normes créées par le support normatif<sup>757</sup>. Pour distinguer la spécificité de la formation conventionnelle des normes internationales par rapport aux autres supports normatifs internationaux, il faut alors s'intéresser à ces manifestations auprès des sujets de droit international (a). Cela fait ressortir la place essentielle des obligations, plus que des normes, dans la détermination des effets juridiques du traité international (b).

### ***a. L'instrument conventionnel et la détermination des destinataires de la norme internationale***

**235.** L'équivalence de principe entre les modes de formation du droit international implique une absence de hiérarchie entre supports normatifs qui entraîne un certain nombre de conséquences sur la place des normes

---

<sup>757</sup> « Si l'on commence par situer les normes dans leur contexte juridique, elles sont contenues dans des supports normatifs et contiennent en elles-mêmes des obligations », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 189.



conventionnelles. Elle fait notamment ressortir de façon particulière l'articulation entre l'instrument, les normes et les obligations juridiques qui vont peser sur les parties à l'instrument. L'articulation entre supports normatifs se fonde plus sur une complémentarité qu'une opposition introduite par une hiérarchisation. Cependant, chaque instrument dispose de la capacité de définir la façon dont les obligations qu'il porte s'articuleront avec les autres engagements des parties concernées<sup>758</sup>. Il est ainsi particulièrement difficile de penser l'encadrement de la fonction normative en droit international puisque l'absence de hiérarchie des normes ne permet pas de réserver certains domaines à des instruments particuliers. Le difficile encadrement de la fonction normative en droit international conduit à souligner à nouveau les propriétés particulières des normes internationales et de fait, la faible pertinence d'une analyse en termes de normes conventionnelles pour ce qui est d'une étude du traité international<sup>759</sup>. On retrouve ici la question de la faible pertinence d'une théorie des sources en droit international. Quelle serait la nécessité de distinguer clairement la coutume du traité ou de l'acte unilatéral si cela est sans conséquence sur la norme internationale ? On constate alors que cette distinction ne fait pas porter ses effets sur la norme elle-même mais plutôt sur ses manifestations auprès des sujets de droit.

**236.** L'encadrement conventionnel de la formation des règles internationales ne se caractérise pas par une autorité juridique particulière des normes qui en sont issues. Cela explique les difficultés à penser la question des conditions de validité matérielle du traité<sup>760</sup>. Plus précisément, le traité en tant que support normatif ne fait peser sur les normes internationales qu'une autorité juridique de principe qui ne permet à elle seule de caractériser l'autorité des normes internationales. Cette

---

<sup>758</sup> « Le mode d'articulation des règles obligatoires repose ainsi sur leur complémentarité. Ce n'est pas à dire que, en pratique, on ne doit pas appliquer l'une ou l'autre de façon préférentielle. Il appartient à chaque instrument de définir pour lui-même et pour les Etats qu'il engage son autorité par rapport aux autres normes [...]. La complémentarité joue ainsi dans les deux sens, des règles particulières pouvant préciser et développer des règles générales et ces dernières constituer le contexte juridique d'application des premières » Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public...* *op. cit.*, 2016, p. 50.

<sup>759</sup> « Ainsi, lorsqu'on veut déterminer l'autorité de chaque norme particulière, il ne suffit pas de considérer son support normatif de façon globale. Il faut aussi analyser son contenu, et donc considérer individuellement chaque stipulation », Serge SUR, « La créativité du droit international... » *op. cit.*, 2012, p. 192.

<sup>760</sup> Voir *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 2, Section 2, 2. a.

autorité juridique de principe est en partie spécifique dans la mesure où les normes conventionnelles se distinguent des normes coutumières à travers la dimension horizontale de leur normativité<sup>761</sup>. À la différence des normes coutumières qui, à l'exception des coutumes régionales, sont présumées s'imposer à tous les sujets internationaux sauf en cas d'une opposition explicite, les normes conventionnelles ne font sentir leurs effets qu'à l'égard des parties au traité. Cela ne limite et ne distingue pourtant en rien les normes conventionnelles des autres normes internationales du point de vue de leur normativité verticale. Cependant, il n'y a pas d'équivalence absolue des normes internationales. Surtout, la formation conventionnelle des normes internationales permet, à la différence des normes d'origine coutumière, d'établir une autorité différenciée. L'exemple de l'article 103 de la Charte des Nations Unies qui prévoit la priorité d'application de la Charte sur tout engagement international contraire traduit bien cette capacité du traité à définir et organiser l'autorité juridique des normes qu'il contribue à créer<sup>762</sup>. L'instrument conventionnel est ainsi un support normatif particulier du fait de sa capacité à identifier les sujets concernés par la norme créée et à préciser les modalités d'articulation des obligations qui en découlent.

**237.** La possibilité qu'une norme internationale soit à la fois d'origine coutumière et conventionnelle reflète cette situation particulière<sup>763</sup>. On constate en même temps l'affirmation d'une équivalence de principe entre les supports

---

<sup>761</sup> « La puissance juridique comporte un double registre. D'un côté elle vise l'extension des normes en fonction des sujets et destinataires, l'étendue de leur champ d'application, le cercle des sujets liés par elles. C'est la puissance horizontale. De l'autre, elle vise leur autorité ou leur intensité normative, leur capacité de s'insérer dans l'ensemble normatif que constitue le droit international. C'est la puissance verticale » Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, pp. 190-191, sur les effets de cette distinction sur la normativité internationale, voir également *Ibid.*, pp. 193-197.

<sup>762</sup> « [Q]u'elle soit coutumière ou conventionnelle, la puissance normative est indéfinie, dans la mesure où elle peut connaître des degrés différents. [...] La puissance conventionnelle, qui est le contenu normatif du principe coutumier *pacta sunt servanda*, est donc en elle-même indéfinie. C'est dire que les normes conventionnelles peuvent être d'autorité variable en fonction de la volonté des parties, qui la définissent », *Ibid.*, p. 196.

<sup>763</sup> Voir notamment CIJ, arrêt du 27 juin 1986, affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. Etats-Unis)*, *Rec. CIJ 1986*, §§ 175-179, spéc. : « la Cour ne verrait pas là une raison de considérer que l'intervention du processus conventionnel doit nécessairement faire perdre à la norme coutumière son applicabilité distincte », §175 ; « aucune raison de penser que, lorsque le droit international coutumier est constitué de règles identiques à celles du droit conventionnel, il se trouve « supplanté » par celui-ci au point de n'avoir plus d'existence propre », § 177.

normatifs et la spécificité de l'encadrement conventionnel des normes internationales. En effet, si le traité ne permet pas *a priori* de poser une supériorité de ses normes sur les normes coutumières, ou inversement, il peut en préciser l'autorité particulière et en cela se distingue de la coutume. Le traité international peut prévoir et organiser l'articulation de ses normes. Le caractère indéfini de la puissance juridique des normes internationales permet, dans le cas du traité, de préciser pour chaque norme conventionnelle, son autorité particulière. La formalisation de sa formation comme de son résultat distingue le traité des autres modes de formation du droit international et souligne la spécificité de cet instrument en tant que support normatif. Celle-ci ressort alors de la possibilité qu'il a de déterminer précisément ses effets juridiques et la façon dont vont se manifester les normes internationales à l'égard des sujets du système juridique international.

**238.** Le caractère indéfini de la puissance juridique du traité limite donc les possibilités d'une analyse *in abstracto* des normes internationales ou d'organiser leur hiérarchie selon leur support normatif. Les normes internationales ne peuvent s'apprécier que dans leur manifestation à l'égard des sujets internationaux. Ce constat fait apparaître la notion d'obligation. La notion d'obligation juridique renvoie avant tout à l'idée d'un devoir résultant d'une règle de droit, l'obligation représente ainsi la concrétisation pour le sujet de droit de l'existence de normes<sup>764</sup>. L'obligation découle directement de la norme, ce qui lui donne un rôle fondamental dans tout système juridique<sup>765</sup>. Ainsi, l'analyse des effets juridiques des normes conventionnelles ne passe pas tant par l'analyse des normes elles-mêmes que de leur manifestation pour les sujets de droit concernés. Comme le souligne la Cour internationale de Justice en 1986, l'existence d'une norme ne vaut que pour

---

<sup>764</sup> « Toute norme juridique comporte une obligation », Paul REUTER, « Principes de droit international... », *op. cit.*, 1961, p. 471.

<sup>765</sup> « L'obligation est [...] indissociable de l'idée de *norme* en tant qu'expression de la puissance de contrainte qui lui est attachée, traduction de sa « force obligatoire » », Jacques CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *APD*, vol. 44, 2000, p. 179. Hans Kelsen va jusqu'à considérer l'obligation se confond avec la norme dans la mesure où elle est nécessairement l'expression de la puissance normative du droit, voir Hans KELSEN, *Théorie pure du droit* (1934), Paris, Dalloz, 1962, p. 157.

les conséquences qu'elle entraîne<sup>766</sup>. Cette logique s'inscrit tout à fait dans la structure du droit international dans la mesure où la norme s'inscrit dans une dimension objective du droit peu conforme avec l'esprit du système juridique international<sup>767</sup>. La distinction entre le support normatif et les normes internationales permet de différencier les effets juridiques du traité selon qu'ils ressortent du statut de support normatif de celui-ci ou de son contenu. Cependant, l'appréciation des effets juridiques des normes conventionnelles ne peut se faire qu'à travers leurs manifestations pour les sujets de droit, c'est-à-dire à travers les obligations internationales qui en découlent<sup>768</sup>.

### ***b. Les normes comme interface entre support normatif et obligations***

**239.** La question de la formation de la norme dans l'antiquité gréco-romaine met en avant la nécessité d'une certaine ritualisation ou formalisation pour lui donner un caractère juridique. L'exigence de la formalisation juridique ne s'explique pas que par les origines religieuses du droit<sup>769</sup>. La logique juridique implique, pour garantir l'efficacité du droit, une sécurité juridique qui s'incarne dans les processus de formation des normes. Cela explique notamment en quoi le consensualisme entraîne une certaine indétermination quant à l'origine de la force

---

<sup>766</sup> « De nombreuses raisons conduisent à considérer que, même si deux normes provenant de deux sources du droit international apparaissent identiques par leur contenu, [...] ces normes conservent une existence distincte. Il en est ainsi du point de vue de leur applicabilité. [...] Un État peut accepter une règle contenue dans une convention non pas simplement parce qu'il est favorable à l'application de la règle elle-même, mais parce que les institutions ou mécanismes prévus pour assurer le respect des règles de cette convention lui paraissent opportuns », CIJ, 27 juin 1986, affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, § 178.

<sup>767</sup> « L'éparpillement normatif du droit international s'oppose à la concentration normative de l'ordre interne. [...] Une norme internationale doit en revanche toujours être considérée isolément, constitue un cas particulier, dans sa généralité, dans son autorité juridique. Celles-ci dérivent d'éléments qui lui sont propres, mais dépendent également de l'attitude des sujets qu'elle concerne. Le droit international se prête ainsi avant tout à une vision non pas cumulative mais indéfiniment analytique », Serge SUR, « Quelques observations sur les normes juridiques en droit international », *RGDIP*, Tome 89, 1985/4, p. 916.

<sup>768</sup> Voir notamment *Ann. CDI*, 1976, vol. II, 2<sup>ème</sup> partie, p. 70 : « la règle et le droit au sens objectif, tandis que l'obligation est une situation juridique subjective par rapport à laquelle intervient le comportement du sujet, soit qu'il se conforme à l'obligation soit qu'il la transgresse ».

<sup>769</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, 1. b.

obligatoire du traité<sup>770</sup>. Rome pousse ce souci à son paroxysme. Il est ainsi révélateur d'observer la préoccupation romaine de maintenir les apparences du droit derrière des actions qui ne semblent que le reflet d'une politique de puissance<sup>771</sup>. La norme juridique n'existe que dans la mesure où elle est contenue dans un acte ou instrument, elle se traduit alors par l'existence d'obligations juridiques pour les sujets de droit. Plus particulièrement, la dimension formelle mise en avant par le traité international dans sa formation des normes internationales et qui implique une détermination des sujets concernés tout en offrant la possibilité de préciser l'articulation des obligations qu'elles entraînent ont semblé longtemps favoriser l'instrument conventionnel. Il a pu apparaître comme le support normatif privilégié du droit international en permettant d'établir un lien précis entre les normes et les obligations. En ce sens, il y a alors un lien direct entre le recul de la place du traité en droit international et les incertitudes qui entourent la normativité juridique internationale<sup>772</sup>.

**240.** La norme est en quelque sorte l'interface entre les actes en permettant à ces derniers de s'articuler entre eux<sup>773</sup>. En ce sens, la question des normes n'est qu'une conséquence de l'étude des actes juridiques et ne peut s'apprécier qu'à travers l'analyse des actes. L'étude des normes est ainsi secondaire pour l'analyse

---

<sup>770</sup> Sur ce point, voir Vincent FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat... op. cit.*, 2007, pp. 448-488.

<sup>771</sup> « The process of secularization [...] shows an emergence of a distinctively legal approach to the process of declaring war. [...] The ritual had value as a procedure, even if the substantive limitation on Rome's freedom of action in declaring war may have dissipated as it rose to power », David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2003, p. 241.

<sup>772</sup> Voir Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... op. cit. », 1992, « Section III : Délices et poisons du « tout est coutume » », pp. 160-201 ; spéc. pp. 160-161 : « Traditionnellement, c'est la convention que l'on tenait pour la source par excellence du droit international. [...] A la voie conventionnelle hypernormativisée, avec ses certitudes mais aussi ses rigidités, s'opposait traditionnellement la voie coutumière avec ses flexibilités mais aussi ses incertitudes. [...] Naguère parent pauvre de la normativité internationale, la coutume est aujourd'hui installée au cœur du système. [...] Naguère incarnation d'une certaine permanence du droit international, la coutume se veut aujourd'hui levier du changement. Si, par bien des côtés, ce bouleversement du paysage traditionnel du droit international présente des aspects positifs, l'invasion du système normatif international par la coutume se révèle également lourde de dangers ».

<sup>773</sup> « [L]es normes n'accèdent à l'existence que dans la mesure où elles sont contenues dans un acte. Au surplus cette existence demeure largement virtuelle tant qu'elles n'ont pas été l'objet d'un raisonnement juridique qui leur permet de réaliser le passage entre un acte et un autre », Serge SUR, « Actes, normes, droit : dix mille signes... op. cit. », 1990, p. 61.

des instruments juridiques qui sont à l'origine de leur formation. Surtout, alors que le droit international n'accueille que difficilement l'idée d'objectivité, la norme internationale devient un outil finalement peu opérant pour l'analyse du traité. Elle se caractérise par une série de propriétés renforçant le faible intérêt du droit international pour l'étude de la norme dans la perspective de l'analyse d'un instrument juridique international<sup>774</sup>. La relativité des normes internationales conduit à souligner la difficulté d'appréhender *a priori* leurs évolutions et les rapports qu'elles entretiennent entre elles. Parce qu'elles nécessitent un engagement de l'État, fondement du droit international, les normes internationales se caractérisent par une homogénéité de leur fondement rendant peu pertinente leur analyse dans le cadre d'une étude d'un support normatif. Celui-ci ne peut en effet permettre une distinction et une caractérisation des normes internationales en raison d'une indifférence relative des normes à leur support normatif. Si elles sont contenues dans des supports normatifs, cela dit finalement peu des rapports qu'elles entretiennent entre elles<sup>775</sup>.

**241.** Il faut donc distinguer les effets juridiques des actes des normes qui permettent d'articuler ces actes entre eux. Il y a une puissance juridique attachée à la qualité de support normatif mais qui ne fonde qu'une partie des effets juridiques du traité. Ces effets juridiques sont ceux déterminés par le principe *Pacta sunt servanda*<sup>776</sup>. Ils découlent donc de la nature juridique de l'instrument conventionnel et sont indifférents au contenu des traités. Ces effets valent pour l'ensemble des traités. A la différence des normes d'origine conventionnelles, ils ne sont pas propres à chaque traité mais propres à la qualité même de traité. Découlant de *pacta*

---

<sup>774</sup> Pour les propriétés des normes internationales et les particularités qui s'y attachent en raison de l'originalité du système juridique international, voir notamment Serge SUR, « Quelques observations sur les normes juridiques en droit international... *op. cit.*, 1985, pp. 903-928 et spéc : « la quasi absence de règles générales, ainsi que les limites et les degrés du caractère obligatoire des normes – c'est-à-dire leur relativité ; les conditions aléatoires et complexes suivant lesquelles s'opère le changement des règles, leur mobilité ; enfin l'homogénéité des normes, résultant de leur commune origine, l'engagement des États », p. 905.

<sup>775</sup> « Les normes se définissent par rapport à ces supports normatifs, dont elles tirent leur existence et leur autorité juridiques. La normativité est donc le rapport entre les différentes normes incorporées dans ces supports. Elles relèvent de catégories différentes, coutume ou traités fondamentalement, ou de la même catégorie. La question essentielle au sujet de la normativité est de définir l'articulation des normes, l'organisation de leurs rapports, le règlement de leurs conflits », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 189.

*sunt servanda*, ils renvoient à l'idée d'une obligation de bonne foi à l'égard du traité en tant que support normatif. Ces effets s'articulent donc autour de l'obligation de garantir que le traité puisse produire ces effets juridiques<sup>777</sup>. Les obligations qu'expriment ces effets juridiques restent marquées par une imprécision en raison de leur statut. Elles sont les conséquences logiques de la qualité de support normatif du traité. La question de l'application provisoire des traités reflète cette situation. Celle-ci s'appuie en effet sur la possibilité de l'existence de tout ou d'une partie des normes créées par le traité sans que celui-ci soit, pour autant, entré en vigueur<sup>778</sup>. De la même façon, cette distinction explique la possibilité de cristallisation des règles coutumières dans le cadre de la négociation des traités internationaux. La norme distinguée de son support normatif ne conduit pas pour autant à retrouver la dualité du traité en tant qu'acte et norme, redessinée autour d'une distinction entre instrument et norme. En effet, la norme conventionnelle ne se confond pas avec le traité lui-même<sup>779</sup>, distinction nécessaire à la prise en compte de la détermination de l'autorité juridique du traité. L'autorité juridique du traité en tant qu'instrument n'est donc pas identique à l'autorité juridique des normes internationales. Cette absence conduit à souligner l'impossibilité de déterminer l'autorité juridique d'une norme en fonction de son seul support

---

<sup>776</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, 2.

<sup>777</sup> « La puissance de la technique conventionnelle peut être envisagée de façon négative et positive. De façon négative, elle implique qu'une partie ne peut unilatéralement et discrétionnairement modifier ou rejeter les obligations qu'elle a acceptées. [...] De façon positive, cette puissance entraîne l'obligation d'exécuter de bonne foi, précepte très général qui renvoie au contenu propre de chaque traité et à la manière dont il détermine les comportements requis des parties. [...] Ces engagements, dans leur principe, comportent trois aspects : engagement général d'exécution du traité ; acceptation d'être exposé aux conséquences juridiques de sa méconnaissance ; engagement portant sur un contenu concret », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 150.

<sup>778</sup> « [L]'analyse a permis de mettre en évidence un élément fondamental en matière d'application provisoire : la dissociation qui doit être faite entre les traités et les normes qu'il contient. Lorsque la procédure de mise en application provisoire intervient, l'accord n'a pas encore de force obligatoire, soit au plan international, soit à l'égard de l'État concerné, soit les deux simultanément », Albane GESLIN, *La mise en application provisoire des traités... op. cit.*, 2005, p. 155.

<sup>779</sup> Cette distinction est d'ailleurs celle qui est pressentie dans la distinction du traité comme acte et du traité comme norme, voir Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... op. cit. », 2002, pp. 127-128 : « Il [le traité] est un procédé volontaire de création du droit. Par là, il s'affirme comme acte juridique [...]. Mais, le résultat de ce processus est une norme juridique (ou un ensemble de normes) ; il est ainsi également une source de droit [...]. Ces deux aspects ne sont d'ailleurs pas propres au



normatif<sup>780</sup>. Il y a une équivalence de principe entre le traité et la coutume ne permettant pas de faire prévaloir *a priori* la norme issue de l'un ou l'autre de ces modes de formation. La détermination des effets juridiques du traité passe donc par l'analyse des obligations conventionnelles.

## Section 2 : Les obligations conventionnelles, produits du traité

242. L'obligation est à la fois un lien entre les sujets de droit et un lien entre le sujet de droit et la norme elle-même. Elle est donc la concrétisation du droit pour les sujets, d'où son importance pour le système juridique<sup>781</sup>. La notion d'obligation juridique reste l'une des notions juridiques les plus couramment utilisées et sa définition ne pose, en apparence que peu de problèmes<sup>782</sup>. Plus particulièrement, la notion d'obligation se caractérise avant tout par le lien qu'elle crée entre ces sujets<sup>783</sup>. Les obligations conventionnelles découlent donc du traité en ce que celui-

---

traité. On les trouvait à propos de la loi interne. On les rencontrera de nouveau à propos de la coutume internationale ».

<sup>780</sup> « L'originalité du droit international général est donc ne pas codifier cette normativité dans des catégories préconstituées, comme la loi et le règlement en droit interne par exemple. Il en résulte notamment, non seulement que les mêmes supports normatifs peuvent énoncer des normes d'autorité variée, mais aussi que des normes différentes voire contradictoires peuvent coexister dans l'ordre international », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 193.

<sup>781</sup> « La notion d'obligation est commune à tous les systèmes juridiques. Elle est leur aboutissement, leur sens concret, leur ordre de réalité. [...] Avec elles, le droit cesse d'être un objet d'énoncés et de raisonnements pour devenir un objet concret. L'obligation, c'est le droit international vécu par ses sujets », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 208.

<sup>782</sup> « 1- En un sens général, synonyme de devoir [...] 2- En un sens technique, face passive du droit personnel (ou droit de créance) ; lien de droit (*vinculum juris*) par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres – le ou les créanciers... », Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2014, p. 699.

<sup>783</sup> Voir par exemple « L'obligation est un mot polysémique [...]. Quelle qu'en soit l'acceptation, l'idée qui constamment la caractérise est celle du lien », Philippe MALAURIE, « Obligations » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique... op. cit.*, 2003, p. 1097 ; « L'obligation ainsi entendue est donc un lien de droit entre deux personnes, en vertu duquel l'une doit quelque chose à l'autre », Alain BENABENT, *Droit des obligations*, 16<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2017, p. 18 ; « L'obligation est le lien de droit unissant le créancier au débiteur », Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2017, p. 13 ; « L'obligation est un lien de droit, non pas entre une personne et une chose comme le droit de propriété, mais entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles, le créancier, peut exiger de

ci est un support normatif. Plus que les normes elles-mêmes, la prise en compte de l'horizontalité du droit international conduit à s'intéresser aux obligations conventionnelles. Celles-ci sont les conséquences de la qualité d'instrument du traité et de ses conséquences, la production d'effets juridiques. La conceptualisation de la notion d'obligation dans le monde gréco-romain est essentielle pour sa compréhension. En éclairant ses principaux traits, elle vient confirmer la distinction de l'obligation et de son support ainsi que la nécessité de prendre en compte les spécificités du système juridique dans lequel elle se déploie. La prise en compte des rapports entre le traité comme support normatif et les obligations conventionnelles nécessite tout d'abord de rappeler que si l'obligation internationale est avant tout une obligation juridique, le système juridique international met en avant l'importance du lien qu'elle crée (1). La distinction de ce lien avec celui découlant du traité, support normatif, est alors essentielle (2).

### ***1. Les obligations internationales, une spécificité relative***

**243.** La notion d'obligation renvoie donc à une dimension concrète du droit en incarnant les rapports juridiques qu'entretiennent entre eux les sujets de droit<sup>784</sup>. Commune à tous les systèmes juridiques, elle ne se déploie toutefois de façon identique en droit interne et en droit international. L'absence de verticalisation de ce dernier conduit à mettre en avant le lien de droit qui existe dans toute obligation juridique. Les réflexions grecques et, plus particulièrement, romaines attirent l'attention sur cette dimension centrale de la notion d'obligation (a). L'obligation internationale n'est pas spécifique en tant que telle, à la différence du système dans lequel elle évolue (b).

---

l'autre, le débiteur, une prestation ou une abstention », François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations...* *op. cit.*, 2009, p. 1.

<sup>784</sup> « De manière générale, il [le mot *obligation*] désigne, en effet, tout ce que l'ordre juridique commande à une personne de faire, sans que corresponde nécessairement à l'obligation qui, passivement, pèse sur elle, un droit au profit d'une autre personne », François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations...* *op. cit.*, 2009, p. 1.

### ***a. L'influence de la pensée gréco-romaine sur la notion d'obligation***

244. Le lien que traduit la notion d'obligation a pour conséquence la formation d'un droit personnel, du créancier à l'encontre du débiteur et crée ainsi un rapport d'obligation marqué par la recherche d'un équilibre et d'une réciprocité entre le débiteur et le créancier aussi bien au stade de sa formation que de son application<sup>785</sup>. Si ce sont les jurisconsultes romains qui vont conceptualiser une notion dont le caractère juridique s'affirme pleinement dans le droit civil romain, le monde grec n'ignore pas totalement la notion d'obligation. Plus précisément, la construction romaine de la notion d'obligation s'appuie sur des premières réflexions grecques<sup>786</sup>. Sans conclure à l'existence d'une conception générale de l'obligation juridique dans le droit grec, les réflexions d'Aristote autour du *sunallagma* traduisent la connaissance par les grecs de l'idée d'une obligation découlant d'un lien formé par un accord découlant d'une convention ou d'un délit<sup>787</sup>. L'obligation reste cependant totalement confondue avec le support qui la crée et plus largement, le rapport d'obligation ne semble pas se distinguer de rapports non juridiques<sup>788</sup>.

245. La naissance de la notion d'obligation dans le cadre du droit civil romain se fait entre le milieu du I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. et le milieu du I<sup>er</sup> siècle ap. J.-C. Elle

---

<sup>785</sup> « [I]l y a obligation quand une personne (le créancier) peut juridiquement exiger d'une autre (le débiteur) une prestation (verser tel prix ; délivrer telle chose ; accomplir telle tâche). Dans l'obligation, il existe donc un aspect passif, la dette pesant sur le débiteur et un aspect actif, la créance dont le créancier est titulaire », Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations...* *op. cit.*, 2017, p. 13 ; « l'obligation apparaît comme un lien de droit existant spécialement entre deux personnes, en vertu duquel l'une doit faire quelque chose pour l'autre », Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 2 : Les biens, Les obligations...* *op. cit.*, 2004, p. 1917.

<sup>786</sup> « L'obligation juridique apparaît bien plutôt comme le résultat d'une lente élaboration doctrinale, secourue peut-être à Rome par l'apport de la philosophie aristotélicienne », Jean GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique... » *op. cit.*, 2000, p. 28.

<sup>787</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, 1131, a, 1 et suiv.

<sup>788</sup> « Le *sunavllagma* consiste dans l'instauration d'un lien volontaire (contrat) ou non (délict). Il est par là même générateur d'un lien bilatéral, qui est précisément l'obligation. Le mot désignerait donc à la fois le lien et l'acte créateur de ce lien. [...] On pourrait donc conclure d'une telle enquête qu'il n'y a pas eu en Grèce un mot spécifique pour désigner le lien d'obligation. *Sunavllagma* est tardif et relativement rare. Le mot a des sens multiples, désignant des rapports sociaux, mais aussi des obligations juridiques, en passant par le sens de contrat », Jean GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique... », *APD*, vol. 44, 2000, p. 22.

apparaît dans le cadre de la réflexion sur le contrat et s'appuie directement sur la notion grecque de *sunallagma*. Elle découle d'une longue évolution historique qui remonte donc jusqu'au monde grec en passant par le droit romain archaïque et notamment la question de la réparation dans le cadre des délits<sup>789</sup>. C'est cette recherche qui va conduire à mettre en évidence, derrière le contrat, l'existence d'un rapport juridique abstrait qualifié d'obligation. Ces premières réflexions sur la notion d'obligation juridique vont mettre en avant deux traits fondamentaux. D'une part, elle s'appuie sur l'idée d'une réciprocité instituée par l'obligation entre les sujets de droit qu'elle lie et d'autre part, elle naît d'un acte juridique, volontaire ou non, sans se confondre avec lui<sup>790</sup>. La notion d'obligation ressort ainsi bien plus de l'application du droit que de sa formation.

**246.** Plus précisément, la conception romaine de l'obligation conduit à poser une définition dont la permanence est remarquable : *obligatio est juris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura*<sup>791</sup>. Cette permanence n'est cependant pas absolue en raison des apports ultérieurs et de la nécessaire prise en compte du système juridique dans lequel elle se déploie, elle concerne donc la définition de la notion bien plus que son régime<sup>792</sup>. De plus, la référence à un encadrement par le droit de la cité est contestable dans la mesure où la majorité des obligations relève du *ius gentium*. La définition romaine de

---

<sup>789</sup> On considère généralement que la première utilisation du verbe *obligare* remonte à Plaute en 200 av. J.-C. (*Truculentus*, 214) tandis que son substantif, *obligatio*, est utilisé en premier lieu par Cicéron en 54 av. J.-C. (*Lettres à Brutus*, I, 18, 3 : « Il est plus grave et plus difficile de répondre des sentiments et de la pensée d'autrui [...] que de son obligation de payer une somme d'argent »). Voir également Michel VILLEY, *Le droit romain... op. cit.*, 2012, pp. 107-125 ; Michel HUBERT, « Obligation (droit romain) » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité... op. cit.*, 2011, p. 1552 ou encore René-Marie RAMPELBERG, « L'obligation romaine : Perspective sur une évolution », *APD*, vol. 44, 2000, pp. 51-68.

<sup>790</sup> Voir notamment Jean GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique... », *APD*, vol. 44, 2000, pp. 25-26. Egalement sur le débat concernant l'origine historique de la notion et l'antériorité ou non de l'obligation délictuelle par rapport à l'obligation civile, voir Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLE, *Histoire du droit des obligations... op. cit.*, 2011, pp. 12-15 qui met en avant la faiblesse des sources du droit romain archaïque pour trancher le débat.

<sup>791</sup> *Institutes* de Justinien, Livre III, Titre XIII : « l'obligation est un lien de droit qui nous astreint, conformément au droit de notre cité, à la nécessité de payer une chose ».

<sup>792</sup> « Le droit romain des obligations, d'une part, est très largement lié à des notions spécifiquement romaines, et bien étrangères aux catégories modernes, et, d'autre part, on n'y trouve pas directement la formulation d'une théorie générale des obligations », Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, p. 673.

l'obligation n'en reste pas moins essentielle du fait de son caractère novateur et de la distinction qu'elle établit avec l'idée de droit réel<sup>793</sup>. Elle pose ainsi les caractéristiques principales de la notion d'obligation : celle d'un lien patrimonial entre un débiteur et son créancier, lien de droit caractérisé par la contrainte qui pèse sur le débiteur tout en distinguant entre droit réel et droit personnel<sup>794</sup>. La conception romaine de l'obligation met donc en avant l'importance du caractère personnel du lien de droit qu'elle institue avant que celle-ci ne soit atténuée à travers la réévaluation de sa valeur patrimoniale qui implique la reconnaissance d'un droit du créancier en contrepartie de l'obligation du débiteur<sup>795</sup>. Si la question du lien est ainsi essentielle dans la notion d'obligation juridique, c'est en raison de l'idée de devoir qu'elle institue entre le créancier et le débiteur de l'obligation<sup>796</sup>. Le rapport entre le caractère personnel du droit contenu par l'obligation juridique et la nature active du lien de droit qu'elle consacre apparaît pleinement avec la définition proposée par Paul, antérieure à celle de Justinien mais similaire sur le plan conceptuel : *obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*<sup>797</sup>. Cette dernière définition apporte un premier éclairage quant à l'objet de l'obligation en

---

<sup>793</sup> « [À] côté des droits sur les choses (fonds de terre, usufruits, servitudes) que nous appelons droits réels, il y a des droits à ce que des choses ou des services nous soient rendus, par une personne : bien incorporel que les Romains nomment obligation », Michel VILLEY, *Le droit romain... op. cit.*, 2012, p. 107.

<sup>794</sup> « Comme le dit Paul (D., 44, 7, 3, pr.), l'obligation n'a pas pour effet de faire que quelque objet personnel devienne notre propriété [...] : elle a pour conséquence d'obliger une autre personne... », Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, p. 675.

<sup>795</sup> « Initialement, le droit romain ne considérait l'obligation que comme un lien personnel entre le créancier et le débiteur, tendant éventuellement à une mainmise sur la personne de celui-ci, et qui ne comportait pas, directement et immédiatement du moins, en cas d'inexécution, un pouvoir d'action sur les biens. [...] L'évolution ultérieure a tendu à atténuer le caractère personnel du lien entre le créancier et le débiteur et à développer l'idée que l'obligation, lien entre deux personnes, implique aussi un droit sur les biens du débiteur, car elle tend à l'exécution d'une prestation qui a le plus souvent une valeur », François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations... op. cit.*, 2009, p. 9.

<sup>796</sup> « La notion d'*obligatio*, qualifiée encore de lien de droit (*iuris vinculum*) traduit un rapport subjectif entre deux personnes. Le créancier a le pouvoir, sanctionné par une action *in personam* (dirigée contre la personne du débiteur), de faire exécuter le devoir (*oportere*), soit de livrer une chose ou une somme d'argent (*dare*), soit de fournir une prestation (*facere...*) », Michel HUMBERT, « Obligation (droit romain) » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité... op. cit.*, 2011, p. 1552.

<sup>797</sup> Voir *Digeste* 44, 7, 3 pr : « La substance des obligations ne consiste pas à faire nôtre une chose corporelle ou une autre servitude, mais à contraindre autrui à nous donner quelque chose, à faire quelque chose pour nous ou à exécuter une prestation en notre faveur ».

mettant en avant trois possibilités : donner, faire (ou ne pas faire) et garantir ou répondre d'une chose en faveur du créancier. La grande diversité du contenu possible d'une obligation esquisse d'une part la distinction entre obligation de moyen (*facere*) et obligation de résultat (*dare*) et d'autre part la possibilité d'un rapport entre obligation principale et obligation secondaire (*praestere*), liée à l'obligation principale<sup>798</sup>.

247. L'étymologie latine confirme la façon dont ce lien est conçu<sup>799</sup>. En effet, le terme d'*obligatio* est un substantif associant le verbe *ligare*, signifiant lier autour, et la préposition *ob*, exprimant une causalité. Il s'agit ainsi avant tout d'un rapport d'action et non du constat d'une situation<sup>800</sup>. Construite par opposition à la notion de droit réel, l'obligation civile consacre l'idée de droit personnel qui institue, de par sa nature même, un lien de droit actif entre deux sujets de droit. L'obligation, telle que pensée dans le cadre du droit romain, met donc en avant un rapport de réciprocité en son sein aussi bien lors de sa formation que de son exécution<sup>801</sup>. Les obligations romaines naissent de deux principales « sources », le délit ou le contrat. La notion d'obligation ne se confond donc pas avec les actions qui leur ont données naissance. Cela conduit à souligner que la réciprocité comprise dans le lien de droit formé par l'obligation n'est pas la réciprocité de l'acte ou des actes juridiques qui permettent la formation de l'obligation. Une dimension de la réciprocité peut exister lors de la formation de l'obligation si elle intervient dans le cadre contractuel. Une autre découle de la nature même de l'obligation en tant que

---

<sup>798</sup> Voir Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLE, *Histoire du droit des obligations...* *op. cit.*, 2011, pp. 11-12.

<sup>799</sup> « Aussi loin que l'on puisse remonter dans la terminologie juridique romaine, *obligatio* qualifierait le *vinculum iuris*, le lien de droit considéré de part et d'autre. Le mot ferait référence aussi bien au droit du créancier qu'au devoir du débiteur », René-Marie RAMPELBERG, « L'obligation romaine... », *APD*, vol. 44, 2000, p. 51.

<sup>800</sup> « Le mot lui-même, *ob-ligare*, indique qu'il s'agit de « lier » de façon étroite (*ob*). Le mot a d'abord un sens actif, désignant le fait de lier, non pas la situation de celui qui est lié », Jean GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique... » *op. cit.*, 2000, p. 27. Voir également Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLE, *Histoire du droit des obligations...* *op. cit.*, 2011, p. 9.

<sup>801</sup> « Paul oppose donc l'obligation aux droits réels, et insiste sur le comportement auquel est tenu le sujet passif d'un rapport obligatoire. [...] le contenu d'une obligation implique la « nécessité » qu'un sujet accomplisse ou non une activité en faveur d'un autre, et qu'il puisse y être éventuellement contraint par ce dernier. [...] L'*intentio* [i. e. l'exposé de la prétention] d'une action réelle affirme donc l'appartenance au demandeur d'un droit réel, alors que celle d'une action

lien de droit et fait essentiellement sentir ses effets lors de l'exécution de l'obligation. Cette idée de réciprocité au sein de la notion d'obligation se comprend largement et va favoriser le développement du consensualisme contractuel<sup>802</sup>.

### ***b. La réception de la notion d'obligation en droit international***

248. Cette conception de l'obligation, pratiquement inchangée en droit civil entre le monde romain et l'époque contemporaine, ne peut être reprise en droit international public sans questionnement préalable. Certes, parce que la présence d'obligations traduit l'existence d'un système juridique, le système juridique international ne peut s'en détourner. La définition de l'obligation internationale reste similaire à celle de toute obligation juridique<sup>803</sup>. Surtout, la doctrine tend à confirmer cette place essentielle, constatée en droit interne, dans l'existence et la caractérisation du système juridique international<sup>804</sup>. En effet, d'un point de vue théorique, l'obligation joue un rôle essentiel en ce qu'elle est une preuve de l'existence d'un système juridique, notamment pour le droit international dont la juridicité a longtemps fait débat<sup>805</sup>. Cela révèle ainsi la dimension fondamentale que

---

personnelle affirme la nécessité juridique, pour le débiteur, d'accomplir la prestation », René-Marie RAMPELBERG, « L'obligation romaine... *op. cit.*, 2000, p. 57.

<sup>802</sup> *Ibid.*, pp. 58-59 : « cette conception large de *contractus*, n'écartant que les actes non licites, était apte à fonder la distinction des obligations contractuelles et délictuelles [...] [L']introduction [des contrats consensuels] constitua une innovation dont l'envergure est incontestable. Auparavant il n'existait que l'échange réel, ou certains engagements unilatéraux produisant uniquement l'obligation d'une partie envers l'autre ; désormais, par ce type de contrat, l'échange obligationnel fait son entrée dans le droit romain ».

<sup>803</sup> L'obligation internationale est ainsi définie par le dictionnaire Salmon : « A. *Lato sensu*. Lien juridique par lequel un sujet de droit international est tenu envers un ou plusieurs autres, d'adopter un comportement déterminé ou de s'en abstenir [...] B. Situation subjective qui est la contre partie d'un droit au sens objectif » Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire... op. cit.*, 2001, p. 765.

<sup>804</sup> Voir par exemple Nguyen QUOC DIN, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public... op. cit.*, 2009, p. 104 qui écarte le critère de la sanction pour évaluer l'existence du système juridique international au profit de l'existence d'obligations.

<sup>805</sup> Voir Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, pp. 57-58 : « En un mot, la preuve de la juridicité du droit international est pragmatique et existentielle. De même que le mouvement se prouve en marchant, la juridicité du droit international se trouve dans le comportement des Etats et la conviction que ce comportement traduit qu'il existe des normes juridiques créatrices pour les Etats de droits et d'obligations ».



joue cette notion dans tout système juridique<sup>806</sup>. Cependant, certaines spécificités du système juridique international nécessitent d'être prises en compte. La double dimension, publique et privée, de ce système juridique tend à complexifier cette réception. Plus précisément, le caractère souverain des principaux sujets du droit international pose la question de la dimension égalitaire du lien de droit dans la notion d'obligation. La réticence du droit public à l'égard de l'obligation doit ainsi être prise en compte tout en soulignant que le système juridique international, du fait de son horizontalité, fait une large place à la réciprocité et, partant, à la notion d'obligation.

**249.** La prévention du droit public à l'égard de la notion d'obligation interroge. Elle se fonde sur le caractère souverain de l'État mais qui se déploie différemment en droit interne et en droit international. Alors que, sur le plan interne, cette souveraineté institue une verticalité de l'ordre juridique, elle fonde l'horizontalité du droit international<sup>807</sup>. En effet, l'asymétrie des rapports entre sujets de droit en droit public semble heurter l'idée d'un lien de droit reposant sur une réciprocité entre le débiteur et le créancier de cette obligation. La dimension souveraine de la personne publique limite l'usage de la notion d'obligation dans le droit public interne au profit de l'unilatéralité des rapports entre la personne publique et les autres sujets de droit<sup>808</sup>. De ce point de vue, le principe de souveraineté est particulièrement destructeur de l'idée d'un lien de droit traduisant une réciprocité entre deux sujets comme on le retrouve dans la notion d'obligation<sup>809</sup>. Pourtant, dès lors que l'on insiste sur la dimension contractuelle du

---

<sup>806</sup> « La notion d'obligation occupe une telle place dans le tréfonds de la théorie juridique qu'on voit mal comment elle n'aurait pu pénétrer le droit public », Roland DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, vol. 44, 2000, p. 44.

<sup>807</sup> Voir *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 4, Chapitre 2, Section 2, 2. a.

<sup>808</sup> « Le droit public a été bâti à partir d'un principe fondamental d'unilatéralité et de non-réciprocité du rapport d'obligation », Jacques CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *APD*, vol. 44, 2000, p. 179.

<sup>809</sup> *Ibid.*, pp. 181-182 : « Le principe de souveraineté donne à l'idée d'obligation une portée tout à fait singulière en droit public : doté d'une puissance suprême de domination, c'est-à-dire d'une puissance irrésistible et inconditionnée, l'Etat apparaît comme le foyer de toute normativité, le siège de toute contrainte et donc la source de toute obligation ; en retour, il ne saurait se trouver placé dans un rapport d'obligation que dans la mesure où il l'a expressément voulu et accepté, par le jeu de sa volonté souveraine. Le rapport d'obligation dans lequel est impliqué l'Etat se trouve ainsi caractérisé par une structure inégalitaire, régi par un principe de non-réversibilité, de non-réciprocité ».

droit public interne, la notion d'obligation apparaît<sup>810</sup>. En effet, son importance rend inévitable son usage dans tout système juridique malgré cette asymétrie des sujets de droit<sup>811</sup>. On voit alors s'esquisser, en droit public interne, une distinction entre les domaines dans lesquels le rôle de l'obligation conduit à un recul de cette asymétrie et ainsi à un rapprochement entre droit public et droit privé et ceux dans lesquels la dimension souveraine de l'un des sujets de droit limite ce rôle<sup>812</sup>. Plus largement, au-delà même du domaine contractuel, les débats en droit administratif sur les droits des administrés à l'égard de l'administration démontrent l'intérêt de la notion d'obligation pour fonder les rapports juridiques y compris entre personnes souveraines et non souveraines. Surtout cette asymétrie des sujets de droit ne se retrouve que de façon secondaire dans la formation des obligations internationales qui s'appuie, pour la plupart, sur un rapport d'égalité entre personnes souveraines. Par ailleurs, la faible portée de la distinction droit public-droit privé dans le système juridique international peut favoriser l'importance de l'obligation et rapproche celui-ci des systèmes juridiques de l'Antiquité, tout autant ignorant de cette distinction. Enfin, la réticence du droit public à l'égard de la notion d'obligation apparaît largement tributaire de la conception moderne de l'Etat et de la souveraineté<sup>813</sup>. En ce sens, cette réticence du droit public à l'égard de

---

<sup>810</sup> « En tant que souverain [...], il [l'Etat] serait voué à l'action unilatérale et tout contrat ne pourrait que le conduire à abandonner une partie de sa souveraineté. [...] il y avait toujours eu deux visions du contrat administratif comme il y a deux visions du droit administratif. L'une fait prévaloir l'aspect administratif, l'autre qui fait prévaloir l'aspect contractuel. C'est alors qu'on retrouve la notion d'obligation », Roland DRAGO, « La notion d'obligation... *op. cit.*, 2000, p. 45.

<sup>811</sup> On peut même observer que dans une perspective kelsénienne, la notion d'obligation se place au cœur de l'action de l'Etat : « Pour Kelsen, l'obligation juridique n'est rien d'autre que « la norme juridique elle-même » [...] l'obligation juridique n'est donc que l'expression de la puissance normative du droit, attachée à l'existence d'une sanction. L'idée d'obligation apparaît dans cette perspective comme indissociable de l'Etat en tant qu'ordre de contrainte », Jacques CHEVALLIER, « L'obligation en droit public... *op. cit.*, 2000, p. 180.

<sup>812</sup> Roland Drago esquisse ainsi cette distinction : « Dans le domaine des contrats et des quasi-contrats, la notion d'obligation remet en cause la définition droit public-droit privé. [...] Dans le domaine de la responsabilité et des obligations légales, le particularisme du droit public demeure », Roland DRAGO, « La notion d'obligation... *op. cit.*, 2000, p. 44.

<sup>813</sup> « [L]a relecture du droit public par référence à l'idée d'obligation permet de souligner la dynamique d'évolution de ce droit : - le principe de souveraineté au fondement de la construction étatique a créé les conditions d'un rapport structurellement dissymétrique entre l'Etat et les administrés, en plaçant le droit public au départ sous le sceau de l'unilatéralité [...] la construction à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle de la théorie de la personne morale modifie les perspectives, en permettant à l'Etat d'entrer dans le « commerce juridique », à l'instar de tout sujet de droit [...] l'atténuation du particularisme du « régime administratif amène à poser la question de l'obligation

l'obligation traduirait plus l'influence d'une conception historique donnée qu'une impossibilité inhérente à la dimension publique d'un système juridique.

**250.** La notion d'obligation dans un système juridique où la puissance publique, donc souveraine, n'est pas seulement garante mais également partie aux rapports juridiques, reste largement opérante et toujours centrale. Si cette prise en compte est nécessaire en droit international dans la mesure où ce caractère souverain peut avoir des conséquences sur le lien de droit<sup>814</sup>, elle apparaît moins forte qu'en droit interne. Au contraire, l'horizontalité du système juridique tend à renforcer la place de l'obligation dans celui-ci. Par ailleurs, l'une des difficultés de transposition de la notion en droit public découle d'une approche civiliste du phénomène juridique. Celle-ci tend à souligner la dimension subjective du lien de droit incarné par l'obligation juridique, subjectivité difficilement appréhendée par le droit public<sup>815</sup>. Face à ce rapport d'opposition entre la dimension objective du droit public et le lien subjectif que pose l'obligation, le droit international est marqué par une certaine ambivalence. D'un côté, le développement particulier du système juridique international tend à rendre plus difficile la consécration de la notion d'obligation juridique en raison de l'absence de hiérarchie des sources et de règles générales de résolution des conflits de normes qui en découle<sup>816</sup>. De l'autre, le droit international pourrait, au contraire, accueillir plus facilement cette notion.

---

en droit public sous un éclairage nouveau [à l'époque contemporaine] », Jacques CHEVALLIER, « L'obligation en droit public... *op. cit.*, 2000, p. 181.

<sup>814</sup> « Ce mouvement de rapprochement avec le droit privé rencontre cependant une limite : à savoir le fait qu'ici l'Etat n'est pas seulement tiers et garant mais encore *partie* au rapport d'obligation ; aussi toute assimilation pure et simple est-elle exclue, comme le montre d'ailleurs l'existence de règles spéciales applicables à la puissance publique dans les pays qui n'ont pas à proprement parler de droit administratif », *Ibid.*, p. 179.

<sup>815</sup> « Cette allergie au concept privatiste d'obligation renvoie à une approche foncièrement différente du phénomène juridique : le *soubassement* « *subjectiviste* » sur lequel repose la théorie privatiste des obligations se trouve contredit par la prédominance en droit public d'un *point de vue* « *objectiviste* », qui conduit à raisonner en termes de « compétence » plutôt que de « capacité » d'action juridique, de « statut » plutôt que de « convention » », *Ibid.*, p. 181.

<sup>816</sup> Voir Paul REUTER, « Principes de droit international... *op. cit.*, 1961, pp. 471-475 qui conclut ainsi : « la notion même d'obligation juridique ne peut pénétrer que très progressivement le milieu international », p. 475, cette conclusion s'appuie notamment sur une analyse de l'obligation de comportement en droit international et de la difficile conciliation entre celle-ci et la structure du droit international qui laisse *in fine* les États seuls interprètes de leur comportement, donc du respect de ces obligations et partant du caractère juridique de ces obligations..

L'horizontalité du système juridique international, impliquant une logique d'opposabilité et reposant sur une égalité de principe entre ses sujets ainsi que ses sources, favorise une appréhension par le biais des obligations opposables à ses sujets plus que par le biais de règles de droit objectives dont la consécration demeure discutée et disputée. Surtout, l'origine de l'obligation contractuelle se situe dans la notion d'engagement<sup>817</sup>, voire dans l'autonomie de la volonté, tout autant consacrée en droit international<sup>818</sup>. Enfin, les obligations représentent des droits personnels en ce qu'elles établissent un lien de droit entre deux personnes et non une personne et une chose. Les droits personnels se distinguent notamment des droits réels par leur caractère relatif, à même de trouver dans la structure du système juridique international un accueil favorable<sup>819</sup>.

**251.** Le mérite de cette prévention du droit public à l'égard de la notion d'obligation est d'attirer une double attention sur la réciprocité et la place de la subjectivité au cœur du lien de droit formé. Le droit international se distingue alors nettement du droit public interne sur ces aspects, ce qui tend à affirmer une place plus importante à la notion d'obligation au sein du système juridique international qu'en droit public interne. Au-delà de cette différence, il faut souligner que la notion d'obligation est au centre de tout système juridique<sup>820</sup>. Si elle ne s'apprécie

---

<sup>817</sup> « [D]'un point de vue technique et archaïque, l'obligation désignait l'acte constatant un engagement », Alain BENABENT, *Droit des obligations...* *op. cit.*, 2017, p. 17.

<sup>818</sup> Voir Philippe MALAURIE, « Obligations » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique...* *op. cit.*, 2003, p. 1098 : « Traditionnellement, il [le fondement de l'obligation contractuelle] est trouvé dans la volonté : le mot de contrat évoque en effet la rencontre des volontés, l'engagement ; ce que suggère un peu confusément l'étymologie : *contrahere*, tirer ensemble (*trahere* + *cum*) ».

<sup>819</sup> « Alors que le droit réel, s'exerçant directement sur la chose, est absolu, de sorte qu'il peut être invoqué par son titulaire à l'égard de toutes autres personnes, le droit personnel est relatif, c'est-à-dire qu'il n'établit de rapports qu'entre le créancier et le débiteur ; c'est seulement de ce dernier que le créancier peut exiger la prestation objet de droit », François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations...* *op. cit.*, 2009, p. 3.

<sup>820</sup> « [L]e droit des obligations domine l'ensemble du droit car l'obligation est le type le plus courant des rapports juridiques pouvant s'établir à l'intérieur d'une société », Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations...* *op. cit.*, 2017, p. 15 ; également « La notion d'obligation est commune à tous les systèmes juridiques. Elle est leur aboutissement, leur sens concret, leur ordre de réalité. Leur architecture, leurs principes et règles, leurs voies d'exécution, tous leurs éléments convergent vers la définition, l'édition et la mise en œuvre d'obligations qui vont lier les sujets du système. Avec elles, le droit cesse d'être un objet d'énoncés et de raisonnements pour devenir un objet concret. L'obligation, c'est le droit international vécu par ses sujets », Serge SUR, « La créativité du droit international... » *op. cit.*, 2012, p. 208.

pas différemment en droit international, certaines de ses caractéristiques prennent une importance particulière au sein de ce système juridique.

252. Ainsi, le système juridique international se présente comme un terrain propice à la notion d'obligation en plaçant la notion de réciprocité en son cœur et en faisant porter l'attention sur les liens entre sujets qu'elle suppose<sup>821</sup>. En effet, l'idée de réciprocité suppose l'établissement et la reconnaissance d'un lien que l'on peut retrouver également dans la notion d'obligation juridique. Or, avec une distribution horizontale du pouvoir et l'homogénéité de ses sujets, le droit international ne peut qu'accueillir très favorablement la réciprocité<sup>822</sup>. L'importance de la réciprocité en droit international découle directement de la structure de la société internationale et notamment du principe d'égalité souveraine. En tant qu'institution juridique, la souveraineté internationale conduit à la « négation de toute subordination juridique à une volonté extérieure à celle de l'Etat »<sup>823</sup>. Ainsi ce n'est pas tant la souveraineté isolée d'un Etat qui importe pour le droit international que la coexistence et la confrontation des souverainetés des membres de la société internationale. Dès lors, le principe de souveraineté occupe une place radicalement différente à celle qu'il occupe dans l'ordre interne. Surtout, il attribue à chaque Etat souverain, en tant que membre du système juridique international, une personnalité juridique dont le lien avec la notion d'obligation est essentiel. Cette personnalité juridique place l'Etat, dans la sphère internationale, dans une situation proche de celle que l'on voit émerger à partir de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle en droit interne et qui permet à celui-ci d'être partie, comme créancier ou débiteur, à

---

<sup>821</sup> « Les obligations concernent d'autres types de relations : les relations entre normes et sujets liés par elles d'un côté, entre sujets de l'autre. La normativité est un rapport entre normes, les obligations un rapport entre sujets », *Ibid.*, p. 208.

<sup>822</sup> « La racine de la réciprocité réside dans l'idée du rapport avec autrui (altérité). [...] La réciprocité a une portée constitutionnelle particulièrement importante, notamment dans les sociétés primitives. Elle introduit une mesure d'ordre, spontanée et évidente, à laquelle tout sujet tend à se plier par intérêt. [...] Cet équilibre intersubjectif n'a pas qu'une vertu idéale. Il s'agit aussi d'une puissante arme de régulation des rapports sociaux. [...] Il est clair que ce mécanisme jouit d'une importance particulière dans les sociétés dépourvus d'une autorité supérieure dans lesquelles les sujets se côtoient dans un ordre de juxtaposition et de parité », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 691.

<sup>823</sup> Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... op. cit. », 1983, p. 77.

un rapport d'obligation<sup>824</sup>. De cette situation découle une caractéristique essentielle du droit international, ce que M. Virally nomme la réversibilité : « le trait fondamental de la souveraineté dans l'ordre international [...] est la réversibilité. Toute proposition sur la souveraineté des Etats est réversible : au droit de l'Etat A correspond nécessairement une obligation à la charge de l'Etat B, mais, réciproquement, l'Etat B bénéficie de ce même droit, qui entraîne la même obligation pour l'Etat A »<sup>825</sup>. Il n'est donc pas étonnant que cette importance de la réciprocité fasse immédiatement sentir ses effets sur les obligations juridiques internationales : « en plus de l'ajustement des droits et des obligations pour rétablir l'équilibre troublé, la réciprocité s'est manifestée comme un facteur essentiel dans le respect du droit international tout entier là où les obligations des Etats se correspondent en miroir »<sup>826</sup>. Pour autant, cette réciprocité des obligations internationales ne peut s'analyser comme celle du traité comme support normatif. Alors que dans sa dimension formelle, elle impliquait un certain nombre de contraintes juridiques pour l'ensemble des Parties quant à la formation du lien conventionnel, dans l'obligation internationale, elle induit un droit comme contrepartie de l'obligation<sup>827</sup>. La réciprocité de l'instrument conventionnel n'est donc pas celle de l'obligation même conventionnelle.

## ***2. La distinction entre obligation et support normatif en droit international***

---

<sup>824</sup> « La reconnaissance de l'Etat comme authentique personne morale donne apparemment à la question de l'obligation en droit public une portée toute nouvelle [...] l'Etat devient un sujet de droit, comparable, sinon identique aux autres. Il n'y a plus d'incompatibilité entre le concept d'Etat et le rapport classique d'obligation [...]. L'Etat se trouve comme toute personne juridique titulaire d'un ensemble de droits subjectifs mais aussi sujet d'obligations [...]. La théorie de la personnalité morale fait de l'Etat le support de droits et d'obligations », Jacques CHEVALLIER, « La notion d'obligation... *op. cit.*, 2000, pp. 186-187.

<sup>825</sup> Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... *op. cit.*, 1983, p. 78.

<sup>826</sup> Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 699.

<sup>827</sup> « La réciprocité se présente ainsi comme un élément de base du droit, comme une « figure » simple, facilement identifiable dans le faisceau des relations juridiques. Par sa dualité même, la réciprocité met en évidence le couple droit-obligation qui associe le titulaire d'un droit et le débiteur d'une obligation », Emmanuel DECAUX, *La réciprocité en droit international... op. cit.*, 1980, p. 12.

253. L'obligation conventionnelle, en tant qu'obligation juridique internationale, ne peut donc se confondre avec le traité, support normatif. Si cette distinction n'est pas propre au droit international, elle prend dans celui-ci un relief particulier qui se traduit par la faible pertinence d'une distinction des obligations en fonction du support dont elles découlent. Parce que toute obligation internationale découle *in fine* de l'engagement international des États et parce qu'elle ne leur est opposable que dans la mesure où ils y ont consenti, on peut être tenté de conclure à l'indifférence de l'obligation à l'égard de son support. Cependant, si la structure du système juridique international fait sentir ses effets sur la notion d'obligation juridique, elle ne conduit pas à ignorer les rapports entre obligation et support soulignant la nécessité de prendre en compte cette distinction. L'obligation conventionnelle est une obligation juridique internationale qui ne se distingue pas par une nature particulière (a). Elle n'est pour autant indifférente au traité qui en a permis la formation (b).

***a. L'obligation conventionnelle comme obligation internationale***

254. L'obligation conventionnelle ne présente pas de nature particulière au regard des obligations internationales. Elle est une obligation internationale qui découle d'une norme conventionnelle. Elle ne se distingue que par son origine, c'est-à-dire en raison de son support normatif. Ce constat prend une tournure particulière en raison de l'horizontalité du droit international. En effet, l'équivalence de principe entre les modes de formations semble limiter l'influence du support normatif sur l'obligation et, plus particulièrement, la possibilité d'une théorie générale des obligations internationales. Pourtant, le traité n'est pas indifférent aux obligations conventionnelles qui en sont les conséquences attendues. Un traité n'est traité que dans la mesure où il se traduit par l'existence d'obligations juridiques<sup>828</sup>. L'approche civiliste de la notion d'obligation met en

---

<sup>828</sup> « Une disposition d'un traité a beau être simplement « directrice », programmatrice [...] elle a beau ne pas aller au-delà d'une déclaration d'intention, elle est néanmoins pleinement juridique. Peut-être une telle disposition n'oblige-t-elle pas à grand-chose ; pour le peu qu'elle oblige, c'est une obligation juridique qu'elle crée », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité...*op. cit.*, 1992, p. 234.



avant certaines limites qui intéressent l'obligation internationale et plus particulièrement l'obligation conventionnelle. Celles-ci s'observent particulièrement à travers la question de la possibilité d'une théorie générale des obligations en droit international<sup>829</sup>. En droit interne, elle est le résultat d'une longue évolution sur laquelle l'influence romaine se limite finalement à la terminologie et aux règles principales. En effet, le formalisme important du droit romain empêche une catégorisation rigoureuse des sources tandis qu'il pousse à une vision essentiellement procédurale des obligations<sup>830</sup>. Dans le système juridique international, les obligations ne peuvent accéder à ce statut de lien de droit grâce à une sanction étatique<sup>831</sup>. Cela explique l'attention portée à la distinction entre obligation et support normatif puisque dans le système juridique international, l'obligation n'est une obligation juridique que par l'intermédiaire du support normatif qui la crée. Le caractère particulier du système juridique international se fait alors sentir sur la notion d'obligation internationale.

**255.** La définition de l'obligation conventionnelle interpelle dans la mesure où rien, dans sa nature ou son objet, ne semble la distinguer des autres obligations internationales. Non seulement une même obligation peut à la fois être conventionnelle et coutumière mais de plus, les traités permettent la formation de n'importe quel type d'obligations. Les rapports de Sir G. Fitzmaurice dans le cadre du travail de codification sur le droit des traités à la CDI en sont un exemple tout à fait probant. La mise au point d'une classification tripartite des obligations internationales couvrant de façon exhaustive les différents types d'obligations le

---

<sup>829</sup> Sur la notion de théorie générale des obligations, voir par exemple : « toutes les obligations s'inscrivent dans un système d'ensemble logique et découlent toutes d'un nombre limité de sources. Peu de règles sont spéciales à certaines catégories d'obligations. La théorie des obligations régit ainsi l'ensemble du droit des obligations : leur source et leur régime commun. Elle est générale aussi parce qu'est étudié l'ensemble de leurs mécanismes, non leurs applications particulières : elle a pour objet, par exemple, une théorie générale du contrat, non les règles propres à ses différentes variétés », Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations...* *op. cit.*, 2017, p. 17.

<sup>830</sup> Voir Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil...* *op. cit.*, 2010, pp. 677-678.

<sup>831</sup> A *contrario* en droit interne : « Dans toute obligation, il y a un devoir ; mais tout devoir n'est pas une obligation. Pour être, au sens technique, une obligation, il faut que le devoir soit un lien de droit, ce qui implique la sanction étatique, et qu'il lie spécialement une personne à une autre, ce qui postule l'existence d'un créancier déterminé », Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 2 : Les biens, Les obligations...* *op. cit.*, 2004, p. 1917.

démontre<sup>832</sup>. Le traité permet aussi bien la formation d'obligations réciproques qu'interdépendantes ou intégrales. L'enrichissement matériel du droit international à travers l'apparition et le développement d'obligations à la charge des États en matière de droits de l'homme notamment en est également un témoignage. Celles-ci sont généralement le fruit d'une évolution aussi bien conventionnelle que coutumière du droit international dans laquelle la pratique et la jurisprudence jouent un rôle fondamental<sup>833</sup>. Ces obligations se caractérisent par leur objet plus que par leur origine. Plus précisément cette origine ne semble jouer aucun rôle sur leur nature. Leur développement découle aussi bien du droit coutumier que conventionnel.

**256.** Il est nécessaire de distinguer le traité, en tant que support normatif, des obligations qu'il comporte. Ces obligations conventionnelles, si elles ne se distinguent pas des autres obligations internationales par leur objet ou leur nature, n'en sont pas moins spécifiques du point de vue du traité. En effet, en tant que manifestation concrète des effets juridiques du traité, leur existence est indispensable à la qualité même de traité. L'obligation internationale se présente alors en quelque sorte comme la conséquence du traité, a priori condition d'existence plus que de validité du traité à la différence du contrat de droit interne. Plus particulièrement, on peut observer que la qualité de support normatif est dépendante de cette finalité dans la mesure où cette qualité de support normatif découle de la création d'obligation juridique. Un support normatif ne créant pas

---

<sup>832</sup> Cette distinction des obligations apparaît dès le 2<sup>ème</sup> rapport sur le droit des traités de Sir G. Fitzmaurice, voir *Ann. CDI*, 1957, vol. II, 1<sup>ère</sup> Partie, p. 60. Elle est approfondie et précisée à l'occasion de son 3<sup>ème</sup> rapport, lors de l'étude sur les conflits de traité avec des traités antérieurs : « Dans le cas de traités multilatéraux comportant des droits et obligations qui ne sont pas de type réciproque – mais qui sont : *a*) soit de type interdépendant, c'est-à-dire qu'une violation fondamentale par une partie de l'une des obligations conventionnelles justifie une non-exécution générale correspondante par les autres parties et pas seulement une non-exécution dans les relations de ces parties avec la partie en défaut ; *b*) soit de type intégral, c'est-à-dire que la force de l'obligation est autonome, absolue et intrinsèque pour chaque partie et ne dépend pas d'une exécution correspondante par les autres parties – tout traité ultérieur [...] qui est directement en conflit, sur un point important, avec le traité antérieur, sera, dans la mesure du conflit, nul et non avenu », *Ann. CDI*, 1958, vol. II, 1<sup>ère</sup> Partie, p. 28. Voir également *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 2, Section 1, a.

<sup>833</sup> Voir par exemple Julie TAVERNIER, *La réparation dans le contentieux international des droits de l'homme*, Université Paris 2 Panthéon Assas, thèse soutenue le 8 décembre 2017, 729 p.,

d'obligations juridique n'est pas un support normatif. Ainsi, la détermination de l'existence d'une ou d'obligations juridiques permettra de déterminer la qualité de support normatif d'un ensemble d'actes juridiques<sup>834</sup>. La distinction du traité et des obligations qu'il comporte ne se traduit pas par une indifférence de celui-ci à l'égard des obligations. Cette influence ne se fait pas tant sentir sur la nature ou l'objet de l'obligation que sur la nature du lien qu'elle institue entre les sujets internationaux. Le traité à l'origine de la formation des obligations conventionnelles influence alors partiellement ces obligations en raison du lien juridique entre les parties qu'il implique. La réciprocité formelle induite par l'instrument conventionnel pèse sur les obligations quand bien même celles-ci ne seraient pas réciproques<sup>835</sup>. L'obligation juridique est une condition d'existence du traité. A ce titre, l'introduction du *ius cogens* dans la convention de Vienne sur le droit des traités tend à faire de l'obligation juridique une condition de validité du traité en prévoyant la nullité des traités dont le contenu serait contraire à une norme de *ius cogens*, nullité absolue et pouvant subvenir a posteriori<sup>836</sup>. Pourtant les difficultés liées à l'encadrement de la fonction normative du traité se retrouvent en ce qui concerne les obligations et conduisent à souligner, après la distinction du traité et des normes, celle du traité avec les obligations conventionnelles.

**257.** Ces difficultés à concevoir les critères de validité matérielle du traité soulignent la diversité des obligations internationales et surtout leur relative indifférence à l'égard de leur support normatif. Celui-ci ne définit ni leur nature, ni leur intensité. De fait, le droit international ne semble pouvoir accueillir une

---

notamment, pp. 19-30 présentant l'obligation de réparation dans le cadre du contentieux international des droits de l'homme.

<sup>834</sup> Voir notamment CIJ, arrêt du 19 décembre 1978, *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, *Rec. CIJ 1978*, pp. 41-44, §101-107 : l'interprétation faite par la Cour du communiqué pour en déterminer la nature conventionnelle ou non repose sur la détermination des obligations juridiques qu'il est susceptible de contenir. Voir également Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, pp. 230-244.

<sup>835</sup> « [L]'obligation conventionnelle non réciproque a en commun avec l'obligation coutumière d'être non réciproque, mais elle en diffère en ce qu'elle est conventionnelle et repose donc sur une réciprocité formelle », Frédérique COULEE, *Droit des traités et non-réciprocité : Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, Thèse, Université Paris 2 Panthéon Assas, 12 mai 1999, p. 93.

<sup>836</sup> Voir les articles 53 et 70 de la Convention de Vienne.

théorie générale des obligations<sup>837</sup>. La question de la validité matérielle des traités met en évidence ces difficultés posées par une classification des traités suivant leur objet. Cela n'est pas sans rappeler les infinies déclinaisons des contrats en droit interne. Ainsi, le droit civil se borne généralement à prévoir différentes catégories permettant des classifications non exclusives les unes des autres : selon l'économie du contrat (contrats à titre onéreux ou à titre gratuit, contrats synallagmatiques ou unilatéraux, contrats commutatifs ou contrats aléatoires...), la personne des contractants (contrats civils ou commerciaux, contrats de consommation ou égalitaire, contrats avec une personne physique ou morale) ou encore selon le mode de conclusion (contrats consensuels, solennels ou réels, contrats de gré à gré ou d'adhésion...)<sup>838</sup>. Cette classification des contrats révèlent en creux la distinction entre le contrat et les obligations qu'il comporte. En effet, les diverses classifications du contrat découlent de la diversité des régimes juridiques qui s'appliquent en fonction du type de contrat, comme le faisaient les anciens articles 1102 à 1106 du code civil distinguant les contrats synallagmatiques et unilatéraux, les contrats commutatifs et les contrats aléatoires, les contrats de bienfaisance et les contrats à titre onéreux. Cependant ces différences dans le régime juridique applicable découlent des différences entre les obligations contractuelles, ces régimes sont différents les uns des autres car les obligations contractuelles sont différentes les unes des autres. L'instrument contractuel est identique au départ, d'où la possibilité d'un droit commun des contrats, mais la diversité des obligations qu'il peut former entraîne en retour des effets sur le régime contractuel. Ainsi, les classifications consacrées par le code civil français reposent soit sur les effets du

---

<sup>837</sup> « Leur démultiplication est indépendante de la nature des supports normatifs des règles qui les énoncent. La variété de leur origine est sans effet sur leur extension comme sur leur intensité. Une même obligation peut provenir d'un traité, d'une coutume voire d'un acte unilatéral. Ces mêmes supports peuvent aussi être à la base d'obligations de nature différente. Ils peuvent également se superposer ou s'enchevêtrer, mais tous sont aptes à les engendrer, dès lors que ces supports, et les normes dont ils sont le véhicule, sont opposables aux sujets concernés. Quant à l'objet et à l'intensité des obligations, ils ne dépendent que du contenu des normes et de leur autorité normative définie au cas par cas », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 210.

<sup>838</sup> Voir particulièrement Alain BENABENT, *Droit des obligations... op. cit.*, 2017, pp. 33-42 ; Philippe MALAURIE et Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations... op. cit.*, 2017, pp. 205-225

contrat, c'est-à-dire les obligations qu'il a créées<sup>839</sup>, soit sur la forme du contrat et sont alors indifférents aux obligations contenues<sup>840</sup>.

**258.** Cette distinction de l'obligation internationale et de son support est d'autant plus affirmée dès lors que l'on pose la question de la hiérarchie des normes en droit international. Celle-ci ne peut se fonder sur une hiérarchie des supports normatifs mais uniquement sur une éventuelle hiérarchisation des obligations. Dès lors cette hiérarchie ne possède aucun caractère général et systématique<sup>841</sup>. Ainsi, la hiérarchisation des règles de droit international passe bien plus par une hiérarchisation des obligations que de leur support normatif. Il ne peut y avoir de hiérarchie générale et préalable déterminée par l'origine des obligations mais des hiérarchies particulières et diverses découlant de la nature même des obligations<sup>842</sup>. Bien qu'accueillie favorablement par le droit international, l'obligation présente un lien particulier avec son support normatif dans le cadre de ce système juridique. Il est alors ainsi particulièrement difficile de proposer a priori un système d'ensemble concernant le fonctionnement des obligations internationales. Cela s'observe tout particulièrement dans les conséquences qui s'attachent à la violation des obligations<sup>843</sup>. Ce caractère particulier du droit international rend difficile, voire impossible, l'élaboration d'une théorie générale

---

<sup>839</sup> Voir à titre d'illustration François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations...* *op. cit.*, 2009, pp. 83-90

<sup>840</sup> Voir par exemple l'impossible consécration d'une différence de régime entre le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, *Ibid.*, p. 92.

<sup>841</sup> « L'analyse conduit à constater l'inexistence d'une hiérarchie abstraite et générale des normes internationales, du fait de l'équivalence de principe entre coutume et traité. [...] En revanche, la diversification des obligations internationales peut rétablir entre elles une autre forme de hiérarchie mais de caractère ponctuel et non général », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public...* *op. cit.*, 2016, p. 50.

<sup>842</sup> « Des normes issues de sources différentes peuvent coexister sans trop de difficultés [...]. Les travaux de la Commission du droit international ont, par ailleurs, mis en lumière l'unité du régime de la responsabilité internationale par-delà toute distinction entre les sources : la violation d'une obligation internationale engage la responsabilité de l'Etat qui en est l'auteur indépendamment de l'origine, c'est-à-dire de la source conventionnelle, coutumière ou autre de cette obligation », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... » *op. cit.*, 1992, p. 139.

<sup>843</sup> S'intéressant aux réactions possibles du droit international quant aux manquements d'un sujet à l'égard d'une obligation internationale, J. Combacau observe notamment que le droit international « ne le fait pas de façon uniforme, sanctionnant la violation de l'obligation tantôt par l'invalidité de l'acte contraire, tantôt par son inopposabilité, tantôt par la création d'une obligation subsidiaire de réparer », Jean COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », *Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 181.

des obligations mais il rend d'autant plus nécessaire la distinction entre obligation et support normatif. Celui-ci ne signifie pas pour autant une indifférence de l'une à l'autre. Condition d'existence du traité, l'obligation conventionnelle retient l'attention dans le cadre d'une analyse du traité par l'importance qu'elle occupe dans l'application conventionnelle du droit international.

### ***b. La non-indifférence de l'obligation conventionnelle à l'égard du traité***

259. Ce premier constat sur la définition de la notion d'obligation conventionnelle comme critère d'existence du traité international écarte l'idée d'une indifférence du traité à l'égard des obligations conventionnelles. Il laisse, dans le même temps, ouverte la possibilité d'une indifférence de l'obligation à l'égard de son support normatif. Ainsi, si l'obligation conventionnelle semble indifférente à son support, le traité n'est pas indifférent à l'égard des obligations puisque, de leur existence, il tire son objet. Il y aurait ainsi une neutralité des supports normatifs internationaux à l'égard des obligations internationales. La distinction de l'obligation avec le support normatif qui la crée et la porte s'observe dès l'analyse du droit antique, c'est-à-dire dès les premières conceptualisations de la notion<sup>844</sup>. Ainsi, les juriconsultes romains posent très rapidement l'idée que l'obligation se distingue du contrat en lui-même, étant entendu que l'obligation naît de ce contrat sans s'y confondre<sup>845</sup>. En effet, parce l'obligation est un lien de droit qui traduit une action d'assujettissement d'un sujet de droit envers un autre, elle possède un caractère particulier, commun à toutes obligations et surtout indifférent à l'acte qui la crée<sup>846</sup>. Cela ne conduit pas pour autant les romains à

---

<sup>844</sup> « L'objet de notre propos se veut strictement juridique. Il est de savoir quand, comment, pourquoi apparaît à Rome une notion d'obligation. [...] nous devons veiller à ne pas confondre l'obligation, rapport entre deux ou plusieurs personnes, avec l'acte juridique qui la fait naître, contrat, délit, etc. » Jean GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique... *op. cit.*, 2000, p. 19.

<sup>845</sup> *Digeste*, 2, 14, 7 : « si je t'ai donné une chose tu m'en donnes une autre, ou si je t'ai donné (une chose) pour que tu fasses quelque chose, cela est un *sunavllagma* et de là naît une obligation civile ».

<sup>846</sup> « L'obligation est un « lien de droit » entre l'assujetti et le dominant. [...] D'où la spécificité de l'obligation en général, quel que soit l'acte qui la crée. Elle était déjà souligné par Paul [...] : l'obligation diffère du droit réel ; celui-ci « fait qu'un objet nous appartienne » ; l'obligation « fait que quelqu'un contraigne (*obstringat*) quelqu'un envers nous à *dare, facere, praestare* », Jean GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique... *op. cit.*, 2000, p. 27.

ignorer le lien entre un acte juridique et l'obligation qui en découle. L'un ne se confond tout simplement pas avec l'autre ce qui a notamment pour conséquence d'écarter de la conceptualisation de l'obligation dans le cadre du droit civil romain l'idée d'autonomie de la volonté<sup>847</sup>. En contrepartie, cela donne une importance particulière au formalisme de l'acte créateur de l'obligation et place, dans le cadre du droit civil, les obligations dans un rapport de dépendance avec leur support normatif<sup>848</sup>.

**260.** La dualité du traité n'est alors plus tellement une distinction entre le traité comme acte et le traité comme norme mais entre l'instrument et les obligations. Elle renvoie à une distinction suivant que l'on considère le traité d'un point de vue formel ou matériel. Plus précisément, cette dualité du traité correspond à une appréhension de celui-ci, soit comme contenant, soit comme contenu. En tant qu'instrument juridique, sa formation, sa modification comme son extinction répondent à un certain nombre d'exigences procédurales. Dans le même temps, sa finalité, la production d'effets juridiques, conditionne son existence. Dès lors, les obligations conventionnelles représentent l'objet du traité sans lequel celui-ci n'est pas. Dans le cadre d'une analyse du traité suivant la dualité acte et norme, les obligations conventionnelles se présentent comme l'objet du traité. Par exemple, le *ius cogens* en tant que condition de validité matérielle du traité suppose une telle analyse. Il se présente en premier lieu comme la déclinaison moderne de l'interdiction des contrats et des traités contraire aux bonnes mœurs, pensée dès le droit romain<sup>849</sup>. Également reconnue de longue date en droit international<sup>850</sup>, cette interdiction se heurte à la structure du système juridique international dont l'horizontalité rend difficile, voire impossible, la délimitation de ce domaine des bonnes mœurs que l'on peut faire correspondre à la notion plus contemporaine

---

<sup>847</sup> « Les Romains, s'ils n'ont jamais connu le principe d'autonomie de la volonté, n'en ont pas moins dépassé, dans le domaine des obligations contractuelles, la référence à des contrats types en forgeant au fil des siècles le mécanisme des contrats dits « innomés » », René-Marie RAMPELBERG, « L'obligation romaine... *op. cit.*, 2000, p. 51.

<sup>848</sup> *Ibid.*, p. 55 : « La *sponsio* est donc la première véritable obligation romaine, comme le premier véritable contrat [...]. La *sponsio* ne peut être éteinte que par un acte formel symétrique, l'*acceptilatio* [...] et non par la seule exécution ».

<sup>849</sup> Voir Dioclétien C., 8, 38, 4 : « *Contra bonos mores interposita stipulatio... nullius momenti* ».

<sup>850</sup> Voir par exemple Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992, pp. 263-266.



d'ordre public<sup>851</sup>. Apparue dans un cadre de réflexion débordant la question des traités, l'idée de normes impératives s'est concrétisée dans le cadre de la Convention de Vienne de 1969 comme condition de validité matérielle des traités. Elle s'est ensuite largement étendue hors du domaine conventionnel sans pour autant s'accompagner d'une véritable consécration positive<sup>852</sup>. La question sous-jacente au *ius cogens* dans le cadre du droit des traités porte finalement sur l'obligation juridique comme objet ou non du traité et non pas sur l'existence de normes supérieures. L'obligation se présente en fait comme un élément de l'objet du traité mais celui-ci ne peut se réduire à l'obligation. L'objet comme condition de validité, voire d'existence, du traité se rattache avant tout au traité comme support normatif et ne touche l'obligation conventionnelle que de façon indirecte. Au-delà du thème même du *ius cogens*, cette problématique pose la question d'une hiérarchie des obligations en droit international qui pourrait ouvrir la voie à l'établissement de conditions de validité matérielle du traité international. Celle-ci est-elle possible dans le cadre d'un système juridique ignorant la hiérarchie des normes ? L'histoire du droit romain des contrats est particulièrement intéressante pour le droit international. En effet, si le droit romain pose un principe d'interdiction des contrats illicites, il ne connaît pas la notion d'ordre public. Dès lors, on peut concevoir la validité de contrats dont l'objet serait contraire à certaines lois sans que l'on puisse déterminer desquelles il s'agit *a priori* en l'absence de l'idée de lois impératives<sup>853</sup>.

**261.** La distinction entre obligations conventionnelles et traité international doit tenir compte des spécificités de ce système juridique. Alors qu'en droit

---

<sup>851</sup> Malgré les limites de la notion même d'ordre public telle qu'on peut la constater en droit civil interne, voir par exemple ancien article 6 du code civil : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Toutefois la critique du *ius cogens* fondée sur l'indétermination du contenu de la notion d'ordre public est à nuances, voir notamment Denis ALLAND, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 185-186.

<sup>852</sup> « La situation actuelle est donc celle des "effets multiples" du *ius cogens* [...] Un nombre potentiellement illimité d'effets peut être rattaché à la qualité de *ius cogens* d'une norme donnée [...] Le *ius cogens* devient un vecteur de métabolisme juridique, de transformation de l'ordre juridique international dans un sens "communautaire". Il forme une *lex ferenda* quasi-positive, un ensemble de droit prospectif faisant preuve d'une grande vitalité et d'un indéniable dynamisme », Robert KOLB, « Observation sur l'évolution du concept de *ius cogens* », *RGDIP*, vol. 113, 2009/4, p. 839.

<sup>853</sup> Voir notamment Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, p. 861.

interne, la distinction entre support normatif et obligations s'appuie sur la distinction essentielle à tout ordre juridique entre règles primaires et règles secondaires<sup>854</sup>, la distinction entre traité comme support normatif et obligation conventionnelle ne peut se fonder sur cette même distinction. Si le droit des traités appartient aux règles secondaires<sup>855</sup>, les obligations qui en découlent ne sont pas nécessairement des obligations primaires. Le faible formalisme du droit international amène en effet à se préoccuper plus du contenu des actes qu'à leur dimension statique. Cela s'observe particulièrement dans la jurisprudence de la CIJ qui tend à privilégier l'unité d'un régime juridique sur la pluralité des actes qui ont présidé à sa formation<sup>856</sup>. Plus largement, la distinction du traité entre acte et norme reflète en réalité la distinction entre support normatif et obligations conventionnelles. En effet, la dualité acte et norme du traité se fonde largement sur la coexistence au sein de l'instrument conventionnel de dispositions qui d'un côté concernent la vie de l'instrument et de l'autre sa substance<sup>857</sup>.

---

<sup>854</sup> « Les règles primaires définissent et créent des obligations ; elles dictent des actions ou des abstentions. Les règles secondaires définissent les conditions dans lesquelles les règles primaires sont créées, modifiées ou abrogées », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... », *op. cit.*, 1992, p. 131.

<sup>855</sup> « [E]lles ne dictent pas des comportements humains ou sociaux, mais déterminent les modes de formation des règles primaires ; autrement dit, elles définissent des pouvoirs et des compétences », *Ibid.*, p. 131.

<sup>856</sup> Voir en ce sens, CIJ, arrêt 1952, *Ambatielos*, *CIJ Recueil 1952*, p. 42 ; CIJ, arrêt 1980, *Interprétation de l'accord du 21 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, *CIJ Recueil 1980*, p. 92, §43. Comme l'observe P. Weil au sujet de ce dernier arrêt : « la Cour fait prévaloir l'unité d'une « transaction » ou d'un régime juridique » sur la pluralité des actes par lesquels ils sont véhiculés, tout comme, à l'inverse, le droit international admet qu'un acte unique peut recouvrir des transactions distinctes dont l'évolution juridique n'est pas forcément identique (divisibilité des dispositions d'un traité, par exemple) », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... », *op. cit.*, 1992, p. 136.

<sup>857</sup> « Si l'on examine le texte de n'importe quel traité, quel que soit son objet, on y constatera la présence de deux types de dispositions. Les unes se trouvent au début et, surtout, à la fin du traité. Elles indiquent quelles sont les parties contractantes, le lieu et la date de sa conclusion. Elles établissent dans les « clauses finales » l'ensemble des conditions techniques dans lesquelles l'accord produira ses effets : à partir de quelle date, à l'égard de qui, éventuellement dans quelle mesure et selon quelles modalités les parties pourront y apporter des réserves, comment d'autres États pourront y adhérer, comment pourra-t-on le modifier, etc. D'autres dispositions, en revanche, portent sur les clauses substantielles de l'accord, définissent son contenu matériel, en indiquant son objet, de même que les droits et les obligations y afférents. On constate ainsi qu'à côté des clauses opératoires figurent les clauses proprement normatives. Cette dualité formelle correspond à la double nature du traité », Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... » *op. cit.*, 2002, p. 127.

262. Les échecs des tentatives de classification des traités, notamment doctrinales, semblent s'expliquer largement par cette confusion entretenue entre le support normatif et les obligations qu'il contient. Cela est notamment le cas pour la plus fameuse d'entre elles, tentant de distinguer entre traités-lois et traités-contrats ou encore la catégorie, proche de celles des traités-lois, des traités créant une situation objective, un temps envisagé dans les projets de la Commission du droit international concernant la codification du droit des traités. Si la Convention de Vienne a retenu implicitement certaines catégories de traités<sup>858</sup>, elle a écarté toute tentative de classification abstraite et générale<sup>859</sup>. Ainsi la plupart des classifications des traités proposées reposent avant tout sur une classification des obligations soulignant l'unité conceptuelle de l'instrument conventionnel qui échappe, en tant que support normatif à toute possibilité de classification<sup>860</sup>. La plupart de ces distinctions se fondent sur une confusion entre le support normatif et les normes conventionnelles. Ainsi, elles tentent de distinguer les supports normatifs en fonction des normes conventionnelles. Or, la distinction de l'un et de l'autre rend impossible une telle éventualité. D'une part, parce qu'elle ne permet pas de distinguer, à l'intérieur des traités, les dispositions relatives à l'instrument de celles portant sur son contenu. Et d'autre part, elle conduit à distinguer des traités en dépit de l'unité conceptuelle de l'instrument conventionnel que consacre largement le droit positif<sup>861</sup>. Ainsi, il est essentiel de préciser le rapport des obligations avec leur support normatif pour voir dans quelle mesure ce lien peut éclairer la question de la classification des obligations.

---

<sup>858</sup> Comme celle des traités multilatéraux adoptés au sein d'une conférence internationale à l'article 9 §2 ou celle des traités plurilatéraux ou multilatéraux restreints évoqués à l'article 20 §2.

<sup>859</sup> « Cela souligne la tendance de la Convention à écarter les classifications abstraites et générales qui enfermeraient les traités dans un régime juridique préconstitué. Elle ne retient que des différenciations limitées, notamment sous forme d'exceptions au régime général, mettant ainsi l'accent sur le consensualisme comme sur l'identité de nature des traités et l'unité de leur régime juridique », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 83.

<sup>860</sup> Voir par exemple Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... op. cit. », 2002, pp. 135-146 ; spéc. : « Il apparaît en revanche beaucoup plus aléatoire de classer les traités en fonction de leur objet, tant celui-ci peut varier sans pour autant qu'il en résulte des différenciations majeures quant au régime juridique qui leur sera applicable. », p. 136.

<sup>861</sup> Voir par exemple le premier rapport sur le droit des traités de Sir Gerald Fitzmaurice : « il n'y a pas de différence juridique importante entre ces catégories de traités quant aux conditions juridiques qui régissent leur validité, leur interprétation et leurs effets, étant donné qu'ils sont tous fondés sur un accord et qu'ils tirent leur force obligatoire de son existence » *Ann. CDI*, 1956, vol. II, p. 101.

**263.** Si les rapports entre obligations et traités présentent une certaine asymétrie, ils ne sont pas pour autant inexistantes. Ils reflètent plus largement la difficile question des rapports entre droit des traités et droit des obligations en droit international. La confusion entre support normatif et obligation, et plus précisément entre traité et obligation conventionnelle, a longtemps contribué à placer l'ensemble de l'application conventionnelle du droit international dans le droit des traités<sup>862</sup>. En effet, la confusion de l'un et l'autre pose problème dans l'appréhension des effets juridiques du traité et explique notamment la difficile appréhension de la réciprocité en matière conventionnelle. L'on s'aperçoit ainsi que la réciprocité de l'obligation conventionnelle n'est pas la caractéristique du lien conventionnel, c'est l'engagement conventionnel qui définit le lien conventionnel. L'opposabilité de l'instrument n'est pas l'opposabilité de l'obligation<sup>863</sup>. Plus précisément, si le traité comme support normatif implique une réciprocité, celle-ci ne s'étend pas nécessairement aux obligations qu'il a créées. Cela explique que toutes les obligations conventionnelles ne sont pas soumises aux mêmes règles du droit international. Ainsi, un certain nombre d'obligations, et en premier lieu, celles concernant les droits de l'homme, n'impliquent pas de réciprocité<sup>864</sup>. Il est donc indispensable de distinguer insertion du traité et insertion des obligations dans le droit international. Du point de vue des obligations internationales, y compris conventionnelles, la réciprocité n'est qu'un caractère possible de celles-ci<sup>865</sup>.

---

<sup>862</sup> « [E]n les regardant sous un angle formel [i.e. la façon dont les éléments du droit international se forment, se modifient et s'éteignent], on impose au contraire à l'ensemble des obligations l'empreinte du droit des traités ; tous les éléments du régime des obligations sont alors placés sous la dépendance de solutions données à des problèmes de droit conventionnel auxquels ils peuvent être complètement étrangers », Jean COMBACAU, « Obligation de résultat et obligations de comportement... *op. cit.*, 1981, p. 183.

<sup>863</sup> Voir notamment Emmanuel DECAUX, *La réciprocité... op. cit.*, 1980, p. 54 qui pose la distinction entre réciprocité formelle et réciprocité matérielle.

<sup>864</sup> Voir notamment Léa BRILMAYER, « From 'contract' to 'pledge' : The Structure of International Human Rights Agreements... *op. cit.*, 2006, pp. 177-178 ainsi que pp. 179-180 qui met également en avant le cas de l'obligation *erga omnes* comme exemple de l'impossibilité de caractériser le lien conventionnel par la réciprocité.

<sup>865</sup> Voir notamment Emmanuel DECAUX, *La réciprocité... op. cit.*, 1980, pp. 129-159, notamment p. 129 : « La réciprocité peut être une condition de l'application des traités. Dans ce cas, la réciprocité sert de mesure aux obligations et aux droits de chaque partie. Il s'agit d'une réciprocité positive, d'une modulation des obligations et non d'une réciprocité négative, d'une sanction de l'inexécution ».

## Conclusion du Chapitre 1

264. La qualité d'instrument du droit international fait du traité un support normatif qui permet, entre autres effets juridiques, la création de normes internationales. Celles-ci conduisent à l'existence d'obligations internationales pour les sujets du système juridique international<sup>866</sup>. Toutefois, les spécificités du droit international impliquent de distinguer l'instrument conventionnel des normes et des obligations dont il a permis la formation. Cette distinction conduit à reconsidérer la place du principe *pacta sunt servanda*. Celui-ci s'attache à la qualité d'instrument que possède le traité international mais non à la concrétisation de ses effets juridiques. Il est avant tout un principe commandant les rapports qu'entretiennent les parties entre elles du fait de ce statut<sup>867</sup>.

265. L'apport des réflexions gréco-romaines à la compréhension et à la remise en perspectives de la notion de normes et d'obligations permet de souligner les rapports qu'elles entretiennent avec les supports normatifs. En droit international, l'absence de hiérarchie des normes rend difficilement possible l'encadrement de la fonction normative. Ce constat explique les difficultés rencontrées par le *ius cogens* comme condition de validité substantielle du traité. Ainsi, si un premier ensemble de nullités du traité renvoie à sa qualité d'instrument composé d'une pluralité d'actes juridiques et donc à des conditions de validité formelle<sup>868</sup>, la question des conditions de validité du traité découlant de ses effets juridiques est plus difficile à appréhender. Cela passe par l'étude des obligations conventionnelles en tant qu'obligation internationale. Dans le cadre du système juridique international, le lien qu'implique l'obligation juridique<sup>869</sup> prend un relief particulier notamment au regard de la distinction de celle-ci avec son support normatif.

---

<sup>866</sup> « Parfois perçus comme des « effets » du traité, les agissements, matériels et légaux, internationaux et internes, destinés à lui assurer sa pleine application ne sont en réalité que des conséquences de fait de l'obligation d'en tenir les énoncés pour légalement vrais », Jean COMBACAU, *Doit des traités... op. cit.*, 1991, p. 69.

<sup>867</sup> Voir *Supra* 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, 2. a.

<sup>868</sup> Voir *Supra* 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, 1. b.

<sup>869</sup> « Il n'y a peut-être pas de plus beau mot dans le langage juridique que celui d'obligation, c'est-à-dire un mot qui implique l'existence d'un lien entre deux ou plusieurs personnes », Roland DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé... *op. cit.*, 2000, p. 43.

266. L'horizontalité du système juridique international implique un attachement particulier à la notion d'obligation au détriment de celle de norme. En effet, le droit international ne s'incarne pour ses sujets que dans les obligations qui leur sont opposables. Ce constat reflète bien le caractère particulier de ce système juridique mais confirme en même temps la réalité de ce droit<sup>870</sup>. L'obligation internationale est ainsi au centre de ce système juridique et le traité joue un rôle déterminant pour ces obligations. Dès lors, l'analyse des obligations conventionnelles passe par l'étude des rapports entre le support normatif et l'obligation. Au-delà, s'agissant du traité international, l'analyse des obligations conventionnelles et de leur rapport avec celui-ci est indispensable pour la compréhension de l'application conventionnelle du droit international. Elle conduit alors à souligner la place d'un droit des obligations internationales pour la mise en œuvre du traité.

---

<sup>870</sup> Ainsi que le note le Professeur Sur, le droit international est un droit justiciable dans la mesure où il existe « un critère d'existence et d'autorité juridique : il doit s'agir de normes établissant des droits et obligations pour les sujets de droit international, et plus largement pour ses destinataires. [...] C'est une donnée de principe : l'obligation est le critère du droit, sa finalité, son instrument, en droit international comme dans tout système juridique », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, pp. 38-39.





## Chapitre 2 : Support normatif et obligations conventionnelles, des relations ambiguës

267. Les obligations conventionnelles se distinguent des autres obligations internationales par leur support normatif sans que celui-ci influence réellement la nature même de l'obligation<sup>871</sup>. D'une part, le contenu du traité semble ainsi se dédoubler entre les dispositions relatives à son statut de support normatif et celles portant sur les obligations qu'il va créer, interrogeant les rapports qu'ils entretiennent. D'autre part, l'évolution du droit international paraît refléter une tendance à l'émancipation des obligations à l'égard de leur support d'origine qui serait une conséquence de leur développement quantitatif et qualitatif. En tant qu'instrument du droit international, le traité n'échappe pas à l'ambiguïté de ses relations avec les obligations conventionnelles. La neutralité des obligations se traduit par une asymétrie de leur rapport qui connaît une dynamique la renforçant et tendant à réduire la place du traité au sein du système juridique international. Cependant, le traité fait sentir son influence sur le régime de l'obligation bien plus que sur le contenu ou la nature de celle-ci. L'origine conventionnelle des obligations internationales joue un rôle essentiel au stade de l'application du traité. En raison de la nature particulière du système juridique international<sup>872</sup>, l'appréciation des effets juridiques des conventions internationales s'observe sur

---

<sup>871</sup> Voir Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public... op. cit.*, 2001, pp. 765-773 : l'entrée « Obligation (internationale) s'y caractérise par la diversité de ces sous-parties qui présente tant les différents objets possibles des obligations internationales (obligation de conclure, obligation de négocier...) que les différentes natures des obligations internationales (obligation primaire, obligation secondaire...) ou encore les différents types (obligation de comportement, obligation de résultat...). Cette présentation reflète à la fois l'importance et la diversité de la notion ainsi que la difficulté d'en proposer une typologie, voir également *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 2, Section 1, 1. b.

<sup>872</sup> « Sa caractéristique essentielle [de la normativité internationale] est d'exclure la hiérarchie des normes. Elle s'éloigne aussi bien du modèle pratique des droits internes que du modèle théorique kelsenien. La hiérarchie est écartée d'une part entre types de normes, entre coutume et traité de façon générale, et d'autre part, entre normes du même type. L'originalité du droit international général est donc de ne pas codifier cette normativité dans des catégories préconstituées, comme la loi et le règlement en droit interne par exemple. Il en résulte notamment, non seulement que les mêmes supports normatifs peuvent énoncer des normes d'autorité variée, mais aussi que des normes différentes voire contradictoires peuvent coexister dans l'ordre international », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.* », 2012, p. 193.

deux plans. D'une part, dans une dimension verticale, l'instrument conventionnel est à l'origine des obligations pesant sur les sujets de ce système juridique. En tant que support normatif, le traité détermine le régime des obligations qu'il contient. D'autre part, dans une dimension horizontale, le traité et les obligations qu'il contient établissent des rapports juridiques entre ces mêmes sujets. Le rapport entre le support normatif et ses obligations n'est plus seulement un rapport entre formation et application du droit mais un rapport au sein même des techniques d'application du droit international. Cette dualité, présente dès le stade de l'engagement conventionnel<sup>873</sup>, reflète la complexité des rapports entre support normatif et obligation internationale dans le cadre du système juridique international. L'apport des réflexions et pratiques de l'Antiquité gréco-romaine met en avant une certaine ambiguïté des rapports entre supports normatifs et obligations juridiques que l'on observe à travers les premières tentatives de classification des obligations. S'agissant du traité international, cela conduit à souligner son rôle, au-delà de la simple formation du droit international, sur le plan de l'application de celui-ci.

**268.** Si l'obligation est une condition d'existence du traité et détermine donc son statut de support normatif, celui-ci ne détermine que partiellement le statut de l'obligation conventionnelle. La distinction entre l'obligation et son support normatif peut ainsi conduire à souligner l'indifférence des obligations conventionnelles à l'égard du traité, indifférence croissante en raison de l'enrichissement matériel du droit international (Section 1). Pourtant, le rôle du traité dans l'application du droit international suppose de nuancer cette appréciation en relevant l'impossible neutralité des obligations à l'encontre de leur support normatif (Section 2).

---

<sup>873</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, 1. b.

## **Section 1 : L'indifférence croissante des obligations conventionnelles à l'égard de leur support normatif**

**269.** Découlant de la distinction entre support normatif et obligations conventionnelles, l'indifférence des obligations à l'égard du traité international tend à faire de l'instrument conventionnel un mode de formation du droit international dont l'application ressortirait ensuite de l'exécution des obligations internationales. On observe une relation asymétrique entre le traité et les obligations conventionnelles, l'instrument permettant la formation d'obligations indifférentes à leur support d'origine. L'impossible classification des traités internationaux reflète ce rapport entre traité et obligations (1). La dynamique du développement du droit international semble ainsi passer par une indifférence toujours plus importante des obligations à l'égard de l'instrument conventionnel dont elles tirent leur existence (2).

### ***1. La typologie des obligations et la classification des traités face à la distinction entre support normatif et obligations internationales***

**270.** La question de la classification des traités met en évidence les conséquences de la distinction entre support normatif et obligations juridiques dans le système juridique international. En raison de l'individualisation de l'autorité normative en droit international<sup>874</sup>, il n'est pas possible de distinguer les obligations internationales suivant leur mode de formation. Ainsi, dans le cadre conventionnel, la diversité des obligations se confronte à l'unité du traité et conduit à rappeler l'échec des tentatives de classification de cet instrument (a). Cette situation contribue à mettre en avant l'idée d'une indifférence des obligations internationales à l'égard de leur support normatif (b).

---

<sup>874</sup> Voir *Supra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 1, 2. b.

### ***a. Une conséquence de la distinction entre support normatif et obligations conventionnelles***

271. L'intérêt d'une typologie des obligations est avant tout de permettre d'en préciser le régime. Au-delà des efforts de la doctrine, la classification des obligations en droit interne repose en premier lieu sur leur support normatif. Ainsi, les difficultés d'une classification des traités s'expliquent avant tout par l'asymétrie des rapports entre le support normatif et les obligations qu'il contient. L'influence du support normatif sur l'obligation est limitée à son régime et ne porte ni sur sa nature, ni sur son contenu. A l'inverse, la reconnaissance de certains traités spécifiques dont le régime est en apparence dérogatoire au droit commun des traités démontre l'influence de l'obligation sur son support normatif. Les efforts de classification des obligations dans l'Antiquité conduisent à révéler la diversité de typologie envisageable. Sur le plan du droit international, une telle classification établie par la loi est impossible dans la mesure où l'horizontalité du système juridique empêche toute hiérarchisation. Si la doctrine porte une attention toujours plus importante à la question, elle le fait essentiellement à travers l'étude de certaines obligations particulières<sup>875</sup>.

272. Les obligations civiles ont fait l'objet d'une classification dès l'époque romaine suivant leur source : d'abord Gaius qui distingue l'obligation contractuelle et l'obligation délictuelle<sup>876</sup>, élargie ensuite à une division tripartite<sup>877</sup> puis à une division quadripartite suivant le contrat, quasi-contrat, délit et quasi-délit<sup>878</sup>. Cette classification selon les sources des obligations connaît ainsi plusieurs évolutions tout en se caractérisant par une forte permanence puisque c'est à partir de celle-ci que Pothier puis le Code civil vont élaborer une typologie s'appuyant sur les

---

<sup>875</sup> Voir par exemple, Anna GLAZEWSKI, *Les « obligations structurelles » de l'Etat au regard du droit international des droits de l'homme. Recherche sur une nouvelle catégorie juridique*, Université Paris 2 Panthéon Assas, thèse soutenue le 21 décembre 2019 ; Julie TAVERNIER, *La réparation dans le contentieux international des droits de l'homme... op. cit.*, thèse soutenue le 8 décembre 2017, 729 p. ; voir également « leur étude est diffuse, intégrée aux contenus spécifiques des obligations particulières. Les différentes obligations sont dissociées, analysées séparément. L'unité de la notion n'apparaît plus », Serge SUR, « La créativité du droit international... op. cit. », 2012, p. 209.

<sup>876</sup> Voir *Institutes*, III, 88.

<sup>877</sup> Voir *Digeste*, 44, 7, fr 1, pr. qui reprend la distinction entre obligation contractuelle et obligation délictuelle à laquelle s'ajoute une catégorie regroupant indistinctement quasi-contrat et quasi-délit

<sup>878</sup> Voir *Institutes* de Justinien, III, 13, 2

classifications romaines tout en y ajoutant les obligations découlant de la loi. De façon générale, la classification des obligations civiles suivant leur source renvoie à peu près à la distinction entre faits et actes juridiques selon que la source de l'obligation est la loi ou la volonté individuelle<sup>879</sup>. L'ordonnance de 2016 concernant la réforme des obligations a repris cette distinction en identifiant trois sources d'obligations civiles : l'acte juridique (le contrat principalement), les faits juridiques (quasi-contrat, délit et quasi-délict) et la loi<sup>880</sup>. Le droit civil reconnaît alors classiquement, et sans doute plus simplement, cinq sources d'obligations : le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délict et la loi<sup>881</sup>. L'équivalence des sources en droit international comme la faible pertinence de la distinction entre actes et faits juridiques empêchent la transposition au sein du système juridique international de ce type de classification. Surtout, l'indifférence relative de l'obligation à l'égard de son support normatif, découlant des spécificités du système juridique international, limite très fortement la portée pratique d'une telle classification<sup>882</sup>.

**273.** Les classifications suivant l'objet sont plus complexes<sup>883</sup>. On peut distinguer trois grands types de classification suivant l'objet de l'obligation : obligation de donner et obligation de faire ou de ne pas faire, que l'on retrouvait

---

<sup>879</sup> Voir en ce sens Alain BENABENT, *Droit des obligations... op. cit.*, 2017, p. 18 : « Les obligations peuvent résulter de la loi ou de la volonté individuelle. Cette classification correspond à peu près à l'opposition classique entre faits juridiques et actes juridiques » ; « les obligations pouvant les [les hommes] lier les uns aux autres [...] semblent devoir se rattacher à deux sources fondamentales des engagements des hommes : la promesse et la faute » et « Voici donc que la charpente du droit des obligations repose sur la distinction des actes juridiques et des faits juridiques, tous deux sources d'obligations », François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations... op. cit.*, 2009, p. 4 et p. 6 ; également Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 2 : Les biens, Les obligations... op. cit.*, 2004, pp. 1930-1931.

<sup>880</sup> Voir les nouveaux articles 1100, 1100-1 et 1100-2 du code civil.

<sup>881</sup> Voir en ce sens, Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 1 : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple... op. cit.*, 2004, p. 167 et Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 2 : Les biens, Les obligations... op. cit.*, 2004, pp. 1929-1930.

<sup>882</sup> Ainsi que le rappelle la Cour internationale de Justice en soulignant que l'apparition d'une obligation conventionnelle similaire à une obligation coutumière ne conduit pas à la disparition de l'obligation coutumière, voir CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)*, § 175.

<sup>883</sup> « [E]lles sont souvent imprécises car l'objet d'une obligation entre mal dans une classification binaire, étant susceptible de degrés », Philippe MALAURIE, « Obligations » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique... op. cit.*, 2003, p. 1099

dans l'ancien article 1101 du code civil<sup>884</sup>, obligation en nature et obligation monétaire et, enfin, obligation de moyens et obligations de résultat. La première de ces typologies a longtemps été reprise par la loi, semblant témoigner d'un caractère indépassable. Cependant, ces différentes typologie restent marquées par leur dimension civiliste et paraissent peu adaptées à la grande diversité des obligations internationales<sup>885</sup>. De plus, leur utilité pratique fait débat chez les civilistes même comme en témoigne la modification du code civil en 2016. La distinction entre obligation de donner, de faire ou de ne pas faire y a été écartée au profit d'une définition plus générale du contrat, reflétant par ailleurs une certaine distinction entre le contrat et les obligations qu'il peut comporter<sup>886</sup>. Cette évolution traduit une pertinence toujours plus contestée de cette distinction. Elle tend à être remplacée par la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat, de création jurisprudentielle, qui connaît un certain succès notamment en raison de sa portée pratique sur le plan de la preuve<sup>887</sup>. Pensée au départ dans le cadre du droit des contrats, cette distinction peut être étendue à l'ensemble des obligations autour d'une dichotomie entre obligations déterminées et obligations générales de prudence et de diligence<sup>888</sup>.

---

<sup>884</sup> « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

<sup>885</sup> Voir Jean COMBACAU, « Obligation de résultat et obligations de comportement... *op. cit.*, 1981, pp. 181-183.

<sup>886</sup> « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations », nouvel article 1101 du code civil.

<sup>887</sup> « L'obligation de résultat a pour objet, comme l'expression l'indique, un résultat déterminé. [...] L'obligation de moyens est celle par laquelle le débiteur s'engage seulement à employer les moyens appropriés dans une tâche à accomplir, à se montrer prudent et diligent, à faire de son mieux [...] son intérêt pratique se manifeste principalement sur le terrain de la preuve : sommairement, l'on peut dire en effet, que l'inexécution d'une obligation de résultat permet de présumer la faute du débiteur alors que celle-ci doit être prouvée par le créancier s'il s'agit d'une obligation de moyen », François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations...* *op. cit.*, 2009, pp. 7-8.

<sup>888</sup> Voir notamment, Henri MAZEAUD, « Essai d'une classification des obligations », *RTD Civ.*, 1936 et François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations...* *op. cit.*, 2009, pp. 926-931 qui évoque notamment comme principale conséquence à cet élargissement au-delà du domaine contractuel de la distinction obligation de moyens/obligation de résultats réarticulée autour de la distinction obligation déterminée/obligation de prudence et de diligence, l'atténuation de la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle.

274. Le droit international connaît cependant quelques efforts doctrinaux de classification. L'une des plus importantes, notamment parce qu'elle est intervenue dans le cadre des travaux sur la codification du droit des traités, reste celle proposée par G. Fitzmaurice dans le cadre de ses rapports à la Commission du droit international. Cette classification s'appuie sur le double constat d'une indépendance des obligations conventionnelles à l'égard de leur support<sup>889</sup> et celui d'une différenciation des obligations. En effet, un certain nombre d'éléments du régime juridique des traités internationaux ne sont pas identiques suivant le contenu de l'instrument conventionnel et plus particulièrement suivant la nature des obligations conventionnelles. G. Fitzmaurice distingue alors, à l'occasion de son étude concernant l'exception d'inexécution puis les conflits de traités, les obligations conventionnelles selon qu'elles sont réciproques, intégrales ou interdépendantes<sup>890</sup>. Bien qu'élaborée dans le cadre du droit des traités et visant à permettre l'adaptation du régime conventionnel en fonction des obligations formées par les traités, cette classification déborde largement ce cadre et ne sera

---

<sup>889</sup> Cette distinction s'observe notamment dès le 2<sup>ème</sup> rapport sur le droit des traités de Sir G. Fitzmaurice présenté en 1957 à la CDI à l'occasion de son étude des cas de suspension ou d'extinction des traités, voir notamment l'article 16 : « dans certains cas particuliers, le droit international opère soit pour mettre fin au traité par voie d'extinction automatique [...] soit pour accorder à une partie, le droit de mettre fin à un traité ou de retirer sa participation [...]. Dans certains autres cas, [...] le droit international n'opère pas pour mettre fin au traité en tant que tel et en tant qu'instrument, mais, soit pour suspendre, temporairement ou indéfiniment, l'exécution des obligations résultant du traité, soit pour donner à une partie le droit de suspendre l'exécution desdites obligations », *Ann. CDI*, 1957, vol. II, p. 31 et son commentaire, notamment : « l'exécution intégrale et définitive du traité par les parties, ou l'exécution d'une obligation particulière qui en découle, aura pour effet de parachever le traité ou l'obligation en question et, en ce sens, l'obligation ou les obligations dont il s'agit cesseront d'exister du fait qu'elles auront été exécutées ; mais cette exécution n'affectera pas la validité du traité, lequel subsistera comme base juridique de l'exécution et comme instrument ayant donné naissance à l'obligation de mettre en œuvre ses dispositions », *Ibid.*, p. 33.

<sup>890</sup> Plus précisément, la typologie proposée par Sir G. Fitzmaurice propose de distinguer les obligations réciproques des obligations non réciproques qui regroupent les obligations interdépendantes et intégrales qu'il définit ainsi : « Dans le cas de la première des deux catégories (dont une convention sur le désarmement serait un exemple) l'obligation de chaque partie dépend d'une exécution correspondante par toutes les parties ; par conséquent, s'il y a violation fondamentale par l'une des parties, l'obligation des autres parties ne cesserait pas seulement d'exister à l'égard de ladite partie, mais elle pourrait cesser d'exister complètement et à l'égard de toutes les parties. Par contre, dans le cas de la seconde de ces deux grandes catégories – dont un accord de caractère humanitaire, comme la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide pourrait être le type – l'obligation qui incombe à chaque partie est entièrement indépendante de l'exécution par les autres parties et cette obligation subsiste pour chacune des



pas reprise dans la Convention de Vienne de 1969. Elle met toutefois en relief d'une part, l'existence d'obligations non réciproques en droit international et d'autre part, la distinction entre traités et obligations internationales. Le développement du droit international humanitaire ainsi que les apparitions et le développement des obligations *erga omnes* et du *jus cogens* ont relancé l'idée d'une classification suivant l'objet des obligations permettant de déterminer les parties intéressées à son exécution. Cependant, ces tentatives ne s'articulent que difficilement avec les contraintes pesant sur les supports normatifs desquels elles émergent notamment au regard des parties concernées par les unes et par les autres. La question de la classification reste liée à la définition même de la notion d'obligation. En effet, celle-ci suppose la formation d'un lien et donc l'apparition d'une équivalence entre cette obligation à la charge du débiteur et un droit au bénéfice du créancier. Ce rapport entre droit et obligation dans le cadre du lien de droit introduit l'idée d'un rapport synallagmatique et donc d'une réciprocité au cœur du lien de droit. Le développement des obligations « intégrales »<sup>891</sup> vient modifier ce schéma. Si les engagements des parties à l'égard d'un traité portant de telles obligations présentent bien un caractère réciproque, les obligations conventionnelles ne présentent pas ce caractère. Cette situation traduit une nouvelle fois la pertinence de la distinction entre obligation et support normatif et au-delà de la distinction entre réciprocité de l'instrument et éventuelle réciprocité de l'obligation.

**275.** Au-delà de la distinction entre obligations primaires et secondaire, inhérente à tout système juridique mais à la portée utile limitée sur le plan du droit positif<sup>892</sup>, la classification des obligations internationales est d'autant plus confuse que le droit positif a vu l'apparition de plusieurs types d'obligations, sans que ces derniers ne soient intégrés à un effort de classification globale. Les critères de

---

parties, même en cas de non-exécution de la part d'une ou de plusieurs autres », *Ann. CDI*, 1958, vol. II, p. 46.

<sup>891</sup> Celles-ci sont définies ainsi par Sir Gerald Fitzmaurice : « « autonomes, absolues et intrinsèques pour chaque partie et ne dépendant pas d'une exécution correspondante par les autres parties » *Ann. CDI*, 1957, II, p. 54. Voir notamment sur le sujet Frédérique COULEE, *Droit des traités et non-réciprocité : Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public...* *op. cit.*, 12 mai 1999.

<sup>892</sup> Voir notamment Serge SUR, « La créativité du droit international...*op.cit.*, 2012, pp. 212-218.

classification sont ainsi multiples, se recouvrent partiellement ou s'opposent. La dichotomie obligation de moyen/obligation de résultat connaît également un certain succès dans le système juridique international<sup>893</sup>. Ainsi, le droit international a vu se développer l'idée d'obligation de comportement<sup>894</sup> proche de la notion d'obligation de moyens du droit interne. Les deux termes sont d'ailleurs utilisés de façon quasi-synonymique<sup>895</sup>. Cependant, les travaux menés par la Commission du droit international, et notamment par R. Ago dans le cadre des travaux portant sur la responsabilité des Etats ont proposé de nouvelles définitions. L'obligation de comportement, pour laquelle un comportement précis est requis indépendamment de l'existence ou non d'un préjudice en cas de violation se distingue de l'obligation de moyen qui renvoie à l'emploi de moyens préalablement déterminés, ne laissant pas au débiteur le choix des moyens<sup>896</sup>. De la même façon que dans leur sens le plus couramment entendu, l'une comme l'autre se construit donc en opposition avec l'obligation de résultat. En effet, l'obligation de résultat se comprend généralement, en droit international comme en droit interne, comme une obligation « requérant la réalisation d'un acte (action ou abstention) déterminé, qualité de résultat »<sup>897</sup>. Les rapports Ago en ont cependant proposé une définition différente dans le cadre d'une compréhension nouvelle des obligations de comportement et de moyens : « il y a violation par un Etat d'une obligation

---

<sup>893</sup> « Celle [des distinctions entre normes internationales] qui semble la plus importante et qui commande toutes les autres est celle qui oppose les obligations de comportement et les obligations de résultat », Paul REUTER, « Principes de droit international... *op. cit.*, 1961, p. 472

<sup>894</sup> « A- Obligation exigeant du débiteur d'apporter ses soins et ses capacités dans un domaine particulier », Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire... op. cit.*, 2001, p. 765) qui semble à première vue renvoyer à l'obligation de moyens que connaît le droit interne (« A- [...] Obligation exigeant du débiteur d'apporter ses soins et ses capacités dans un domaine particulier. Ainsi entendue, elle est synonyme d'obligation de comportement [...] et s'oppose à l'obligation de résultat », Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire... op. cit.*, 2001, pp. 766-767

<sup>895</sup> Voir par exemple CIJ, avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'utilisation de l'arme nucléaire*, *Rec. 1996*, p. 264, § 99 : « La portée juridique de cette obligation va au-delà d'une simple obligation de comportement : l'obligation visée ici est une obligation d'aboutir à un résultat précis – le désarmement nucléaire dans tous ses aspects – en suivant un comportement particulier ».

<sup>896</sup> L'obligation de comportement est ainsi définie à l'article 20 du Projet d'articles sur la responsabilité des États : « il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement de cet Etat n'est pas conforme à celui requis de lui par cette obligation » tandis que l'obligation de moyen implique que « la violation d'une obligation requérant formellement l'emploi de moyens spécifiquement déterminés ne se réalise pas de la même manière que celle d'une obligation qui laisse au sujet le choix entre divers moyens », *Ann. CDI*, 1977, vol. II, p. 13.

<sup>897</sup> Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire... op. cit.*, 2001, p. 769.

internationale le requérant d'assurer, par un moyen de son choix, un résultat déterminé si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas le résultat requis de lui par cette obligation »<sup>898</sup>. L'opposition entre obligations de moyens et obligations de résultats est alors maintenu mais ne se comprend plus de la même façon puisque la distinction ne se fonde plus sur la liberté ou non des moyens laissés à la disposition de l'Etat mais sur l'existence ou non d'un résultat à atteindre. La distinction et la redéfinition proposées par R. Ago n'en furent pas moins largement critiquées et abandonnées au profit d'une compréhension plus classique de la distinction. Le critère de distinction est alors celui de la latitude quant aux moyens, soit qu'elle existe, et il s'agira alors d'une obligation de résultat soit qu'elle n'existe pas et il s'agira alors d'une obligation de comportement<sup>899</sup>. La distinction obligation de comportement et obligation de résultat ne se fonde donc pas sur une différence de précision quant à la preuve de la bonne exécution de l'obligation. L'obligation de comportement va même jusqu'à enserrer bien plus fortement le comportement des Etats que l'obligation de résultat. Cette typologie des obligations semble avoir connu autant de variations que de critiques tenant notamment à son caractère opératoire, en raison de la difficile identification des critères<sup>900</sup>.

**276.** Néanmoins, témoignage du caractère indépassable de l'opposition classique entre obligations de moyen et de résultat, la plupart des obligations internationales de nature spécifique consacrées positivement se rattachent à cette distinction. Ainsi, l'obligation de conclure<sup>901</sup> s'analyse avant tout comme une obligation de résultat dont la réalisation s'appréciera au regard de la conclusion ou non. A l'inverse, l'obligation de négociation<sup>902</sup> ou les obligations de prévention<sup>903</sup>

---

<sup>898</sup> Article 21§ 1 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats, 1996.

<sup>899</sup> Voir Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public... op. cit.*, 2009, pp. 859-861.

<sup>900</sup> Voir sur ces critiques, Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, pp. 290-320.

<sup>901</sup> « [E]ngagement juridique, soit par voie de promesses réciproques, soit sur la base d'une clause conventionnelle, d'aboutir à la réalisation ou à la modification d'un accord international », Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire... op. cit.*, 2001, p. 766.

<sup>902</sup> Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire... op. cit.*, 2001, pp. 767-768 ; CIJ, arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord, Rec. 1969*, p. 47, § 86 : « l'obligation de négocier [...] ne constitue qu'une application particulière d'un principe, qui est à la base de toutes relations internationales et qui est d'ailleurs reconnu dans l'article 33 de la Charte des Nations Unis comme l'un des méthodes de règlement pacifique des différends internationaux » ; « les parties sont

s'inscrivent comme des obligations de comportement ou de moyen. Cependant, le développement de la *due diligence* fait ressortir l'importance des enjeux liés à une classification clarifiée des obligations internationales en accueillant des développements essentiels du droit international. Notion importée des systèmes juridiques anglo-saxons, la *due diligence* se traduit par une obligation de vigilance, à la fois obligation de moyen et obligation de résultat<sup>904</sup>. Son développement est notamment lié au droit international de l'environnement<sup>905</sup> et souligne ainsi combien certaines obligations sont au cœur des évolutions les plus récentes du droit international. Cela démontre que la classification des obligations n'est intéressante que dans ses conséquences pour les actions qu'elles imposent aux sujets concernés. Dans le cadre du droit international et plus particulièrement de la question de l'autorité juridique des traités, cette typologie reste en partie pertinente dans la mesure où elle s'attache aux comportements concrets des États même si leur identification n'est pas toujours aisée<sup>906</sup>.

**277.** On peut déceler, en lien avec les évolutions du droit international, deux critères de distinction en voie de formation : le premier, suivant la nature de l'obligation qui reprendrait la classification de G. Fitzmaurice ; le second suivant le domaine matériel en plaçant les obligations issues du droit humanitaire au-dessus des autres. La distinction proposée par G. Fitzmaurice apparaît particulièrement pertinente car elle se fonde sur la nature du lien au cœur de la notion même

---

tenues d'engager une négociation en vue de réaliser un accord et non simplement de procéder à une négociation formelle ».

<sup>903</sup> Sur l'obligation de prévention, voir CIJ, arrêt du 9 avril 1949, *Détroit de Corfou*, *Rec. CIJ 1949*, pp. 22-23.

<sup>904</sup> L'obligation de vigilance peut se définir ainsi : « obligation requérant un sujet de droit international de protéger les États étrangers (ou d'autres sujets de droit international), leurs représentants et leurs ressortissants ou des espaces, contre tout acte illicite perpétré par des particuliers, que ces actes se réalisent sur son territoire ou sous sa juridiction ou sous son contrôle. [...] Une double charge compose l'obligation de vigilance : celle de prévenir et celle de réprimer ces actes illicites », Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire... op. cit.*, 2001, p. 770-771.

<sup>905</sup> Voir notamment CIJ, 2010, *Affaire des usines de pâtes à papier*, § 160 et suiv.

<sup>906</sup> « En dernière analyse, obligations de résultat, obligations de comportement et obligations de prévention satisfont à un schéma commun : l'État est responsable dès qu'il a violé une obligation internationale. Ceci dit, le contenu de certaines implique l'existence du préjudice concret, c'est-à-dire extérieur au schéma normatif, tandis que le contenu des autres ne l'intègre pas et trouve

d'obligation qui, dans le cadre du système juridique international, prend une importance particulière. En effet, ce lien fonde entre le créancier et le débiteur une situation de réciprocité, essentielle au fonctionnement du système horizontal qui est celui du droit international. A partir de cette situation établissant les obligations les plus communes, apparaissent des obligations marquées soit par un renforcement de ce caractère réciproque du lien de droit (obligations interdépendantes) soit une disparition du caractère réciproque (obligations intégrales). Les critères de classification des obligations internationales n'en restent pas moins multiples. L'origine de l'obligation, en tant que critère de distinction, ne permet qu'une classification limitée et peu intéressante en raison de la distinction entre le support normatif et les obligations. Il faut donc s'intéresser soit au contenu de l'obligation selon que son objet renvoie à un domaine matériel précis comme pour les obligations humanitaires ou selon que son étendue détermine son articulation avec les autres obligations ; soit à son caractère selon que sa nature soit intégrale, réciproque ou interdépendante ou selon qu'elle établisse qu'il s'agit d'une obligation de comportement ou de résultat. L'exemple des obligations renforcées témoignent ainsi de la pertinence de la distinction entre obligations conventionnelles et support normatif. La réciprocité conventionnelle renvoie en fait à la qualité de support et non à la nature de l'obligation.

### ***b. Les obligations conventionnelles indifférentes à leur support normatif***

278. Parce que le droit international ignore la hiérarchie des normes, l'autorité juridique de celles-ci ne peut s'apprécier que dans leur manifestation concrète. Les obligations internationales apparaissent ainsi indifférentes au support normatif dont elles découlent<sup>907</sup>. Si ce constat entraîne une difficulté majeure quant à l'établissement d'une typologie des obligations, il n'en rappelle pas moins l'unité de

---

l'illicéité immédiatement réalisée dans le non-respect du modèle formulé », Florence POIRAT, *L'acte juridique international... op. cit.*, 2004, p. 319.

<sup>907</sup> «The authority of various sources, their limitations, and the hierarchical relationship among sources do not depend upon the content of norms. Argument about the authority of various norms, when conducted in the rhetoric of sources doctrine, proceeds independently of the norm's particular content or application », David KENNEDY, « The sources of International Law... op. cit. », 1987, p. 87.

la notion. Les obligations internationales instituent un lien de droit entre les sujets concernés qui ne se confond pas avec le lien conventionnel tant dans son étendue que dans son fonctionnement. L'étude des obligations non réciproques met alors en évidence, au-delà de l'indifférence des obligations à l'égard de leur support normatif, l'asymétrie du rapport entre l'obligation et le traité. L'origine conventionnelle de l'obligation est sans importance sur la nature de celle-ci tandis que la nature de l'obligation peut influencer le régime juridique du traité.

**279.** Cette problématique est perceptible dès l'élaboration du droit des obligations dans le cadre du droit romain. La première distinction qui peut être faite s'articule autour des obligations issues d'un acte licite et celles découlant d'un acte illicite<sup>908</sup>. Au-delà de cette question de la classification, le droit romain démontre l'importance de la notion d'obligation au sein d'un système juridique afin de permettre le développement des relations entre personnes et notamment des rapports économiques. Cela conduit à une diversification des obligations qui révèle l'asymétrie du rapport entre l'obligation et son support normatif, asymétrie croissante avec le développement des obligations. En effet, cette multiplication des obligations contribue à affaiblir le formalisme du droit des contrats romains et, *in fine*, le rapport entre le support normatif et les obligations<sup>909</sup>. La question de la source des obligations va conduire, dans le cas des obligations civiles, à favoriser un consensualisme et contribuer à l'apparition d'une théorie générale du contrat en droit romain<sup>910</sup>. La consécration de la notion d'obligation civile préexiste donc à celle du contrat. En second lieu, l'évolution historique de la notion d'obligation

---

<sup>908</sup> « Certes, les juristes romains ne construisirent pas une théorie générale des obligations. Mais, à l'instar des prêteurs, ils se sont attachés à prévoir et à régler concrètement des rapports spécifiques au cas par cas. Puis le regroupement de ceux-ci par types s'en est suivi. Ainsi naissent les obligations issues d'actes licites, d'une part, d'actes illicites de l'autre. [...] Ce qui n'empêche pas l'existence [...] d'une notion unitaire de l'obligation », René-Marie RAMPELBERG, « L'obligation romaine... », *APD*, vol. 44, 2000, p. 56.

<sup>909</sup> « L'expansion économique méditerranéenne et européenne de Rome conduit à la reconnaissance de nouvelles obligations licites indispensables, aux III<sup>ème</sup> et II<sup>ème</sup> siècles av. J.-C, compte tenu de la multiplication des rapports entre Romains et pérégrins et même entre les seuls pérégrins. [...] Les prêteurs, guidés par des juristes, créent de nouveaux moyens de droit fondés sur des critères éthiques ou sociaux comme la *fides* ou la *bona fides*, matrices du consensualisme qui apparaît alors », *Ibid.*, p. 56.

<sup>910</sup> *Ibid.*, p. 57 : « les juristes durent adapter le *ius civile* aux exigences pratiques des particuliers, ce qui les conduisit peu à peu à distinguer le simple *pactum*, sans effet obligatoire, du rapport où le *ius* établit un lien rendant la prestation obligatoire ».

dans le cadre du droit romain favorise la recherche d'une source de l'obligation qui ne repose plus sur un acte dont le caractère juridique découlerait d'une procédure précise. L'affaiblissement du formalisme consécutif au développement de la notion d'obligation va ainsi favoriser le développement de la bonne foi comme fondement des obligations et garantie de leur exécution<sup>911</sup>. Si le principe de bonne foi tire son origine des racines religieuses du droit dans l'Antiquité gréco-romaine et n'est pas sans refléter une certaine nécessité sociale, il apparaît également très rapidement comme consubstantiel au droit et plus particulièrement à la notion d'obligation juridique. Sur le plan international, à Rome, la sanction de son irrespect par les prêtres fétiaux reflètent cette addition du religieux et du juridique<sup>912</sup>.

**280.** Dans le cadre du traité international, la question de l'indifférence des obligations à l'égard du support normatif se manifeste à travers les situations d'exceptions à l'effet relatif des traités. Les obligations internationales semblent alors se détacher de leur origine conventionnelle reflétant la distinction entre le lien de droit formé par le traité de celui découlant de l'obligation. Mise en avant par la doctrine à travers les idées de « traités-lois »<sup>913</sup> ou de traités « créant des situations objectives », cette situation s'observe essentiellement en pratique dans les traités établissant des frontières et plus largement dans les situations de succession d'États. La jurisprudence internationale confirme cette possible reconnaissance de l'opposabilité des obligations conventionnelles à des tiers dans

---

<sup>911</sup> « Ils [les juristes romains] identifièrent le fondement des contrats consensuels à l'idée de bonne foi – *bona fides* – devoir objectif d'honnêteté exigé de tous. [...] Cette nouvelle conception ouvrit donc le système contractuel à l'éthique du juste et de l'équitable » *Ibid.*, p. 59.

<sup>912</sup> Voir notamment David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 53-60, spécialement : « The obligation of good faith, just like the punishment for breaking faith, could arise from an oath or by an institutional prerogative or by the force of intellect », p. 59.

<sup>913</sup> Sur cette notion, voir tout particulièrement Georges SCELLE, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1933/IV, pp. 444-482, spéc. p. 454 : « les traités-lois, qui distribuent ou aménagent ainsi les compétences dans la société internationale globale, établissent des situations juridiques objectives dont l'effet se produit *erga omnes*, à la condition, bien entendu que ces actes réglementaires soient réguliers [...]. Nous nous trouvons ainsi déjà devant un ensemble considérable de droit conventionnel dont l'effet s'impose *ipso facto* aux gouvernants et, d'une façon générale, aux sujets de droit de tous les autres États, pourtant non signataires » ; voir également Gérard CAHIN, « Traité-contrat et traité-loi à partir d'Heinrich Triepel » in IHEI (éd.), *Grandes pages du droit international. Volume II : Les sources*, Paris, Pedone, 2016, pp. 21-54.



de telles situations<sup>914</sup>. Plus précisément, les obligations conventionnelles qui en découlent se caractérisent par une forte indépendance à l'égard de leur support normatif qui s'observe sur deux plans. D'une part, cette indépendance conduit à poser un certain nombre d'exceptions à l'effet relatif des traités en raison de l'objet même de l'obligation. Ainsi, dans le cas de la succession d'États, la pratique tend à consacrer le principe suivant lequel l'État successeur reste lié par les traités territoriaux, ceux portant sur le désarmement ou encore sur les droits de l'homme<sup>915</sup>. Particulièrement en matière territoriale, c'est l'objet même de l'obligation qui conduit à considérer qu'elle est en grande partie indifférente au support d'origine<sup>916</sup>. D'autre part, cela renforce l'asymétrie du rapport entre traité et obligation puisque le régime juridique de ces traités se voit soumis à l'objet de l'obligation. Il est notamment impossible d'invoquer un changement fondamental de circonstances pour se retirer d'un traité établissant une frontière suivant l'article 62 de la Convention de Vienne<sup>917</sup>. La Convention de 1978 sur la succession d'États en matière de traités étend même cette règle à l'ensemble des traités établissant un régime territorial qui sont opposables à l'État successeur y compris en l'absence de son consentement particulier<sup>918</sup>. Ainsi, le régime territorial représenterait une

---

<sup>914</sup> Voir par exemple SA, 9 octobre 1998, *Différend territorial entre le Yémen et l'Érythrée*, §153 : «Boundary and territorial treaties made between two parties are *res inter alios acta* vis-à-vis third parties. But this special category of treaties also represents a legal reality which necessarily impinges upon third states, because they have effect *erga omnes* ».

<sup>915</sup> Voir Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2018, pp. 81-84 ; Menno KAMMINGA, « State succession in Respect of Human Right Treaties », *EJIL*, vol. 7, 1996/4, pp. 469-484 ainsi que Comité des droits de l'homme, *Rapport annuel de la 51<sup>ème</sup> session*, 1994, doc. A/49/40, § 49 : « le Comité a examiné en général les problèmes en rapport avec l'application du Pacte dans les anciens États parties au Pacte. Il a considéré que toutes les populations à l'intérieur du territoire d'un ancien État partie au Pacte continuaient d'avoir droit aux garanties énoncées dans le Pacte et que, en particulier, l'Arménie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Géorgie, le Kazakhstan, le Kirghizistan, l'Ouzbékistan, le Tadjikistan et le Turkménistan étaient liés par les obligations découlant du Pacte à compter de la date de leur indépendance ».

<sup>916</sup> Voir CIJ, arrêt du 3 février 1994, *Différend territorial (Libye c. Tchad)*, *Rec.* 1994, p. 37, §73 : « Une frontière établie par traité acquiert ainsi une permanence que le traité lui-même connaît pas nécessairement. Un traité peut cesser d'être en vigueur sans que la pérennité de la frontière en soit affectée [...]. Lorsque la frontière a fait l'objet d'un accord, sa persistance ne dépend pas de la survie du traité par lequel ladite frontière a été convenue ». Voir également Giovanni DISTEFANO, *Droit international des espaces. Morceaux choisis*, Paris, Pedone, 2017, 294 p.

<sup>917</sup> Article 62 §2 a) de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>918</sup> Article 12 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités du 23 août 1978 :

1. Une succession d'États n'affecte pas en tant que telle :

situation caractéristique d'une obligation « objective » du fait de son objet qui justifierait non seulement une indifférence de l'obligation à l'égard du lien conventionnel mais également une asymétrie du rapport entre traités et obligation entraînant une situation d'exception au droit des traités<sup>919</sup>.

**281.** Au-delà de cette situation particulière, on constate l'existence de diverses obligations conventionnelles témoignant de cette asymétrie dans leur rapport avec le support normatif dont elles tirent leur existence. Les obligations spécifiques sont ainsi des obligations conventionnelles échappant à la réciprocité traditionnelle, longtemps considérée comme la marque même des effets juridiques du traité international. Leur développement reflète tout à fait la distinction entre support normatif et obligation en démontrant la possibilité d'obligations internationales au cœur desquelles le rapport entre droit et obligation n'est plus celui d'une simple réciprocité. Ce mouvement s'est avant tout développé dans le cadre des droits de l'homme en soumettant le régime des traités comportant des obligations en la matière à un régime dérogatoire n'impliquant pas une exigence de réciprocité quant à l'exécution des obligations par chaque partie. Cette idée de non-réciprocité dans le fonctionnement du lien conventionnel est cependant à préciser comme le montre la question des réserves à ces traités. Ces dernières fonctionnent suivant un principe de réciprocité et doivent donc être écartées dans le cadre de ces traités.

---

a) Les obligations se rapportant à l'usage de tout territoire, ou aux restrictions à son usage, établies par un traité au bénéfice de tout territoire d'un Etat étranger et considérées comme attachées aux territoires en question ;

b) Les droits établis par un traité au bénéfice de tout territoire et se rapportant à l'usage, ou aux restrictions à l'usage, de tout territoire d'un Etat étranger et considérés comme attachés aux territoires en question.

2. Une succession d'Etats n'affecte pas en tant que telle :

a) Les obligations se rapportant à l'usage de tout territoire, ou aux restrictions à son usage, établies par un traité au bénéfice d'un groupe d'Etats ou de tous les Etats et considérées comme attachées à ce territoire ;

b) Les droits établis par un traité au bénéfice d'un groupe d'Etats ou de tous les Etats et se rapportant à l'usage de tout territoire, ou aux restrictions à son usage, et considérés comme attachés à ce territoire.

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux obligations conventionnelles de l'Etat prédécesseur prévoyant l'établissement de bases militaires étrangères sur le territoire auquel se rapporte la succession d'Etats. »

<sup>919</sup> Voir Malcolm N. SHAW et Caroline FOURNET, « Article 62 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 2242-2247.

Toutefois, c'est plus précisément à l'égard de ces obligations et non de l'ensemble du traité qu'il y a abandon de l'exigence de réciprocité et donc de la possibilité d'émettre des réserves. La spécificité des traités en matière de droits de l'homme découle des obligations qu'ils contiennent et non du traité lui-même. Ce domaine attire alors l'attention sur la question des obligations *erga omnes* en tant qu'obligations échappant à une réciprocité classique entre une obligation et un droit correspondant<sup>920</sup>. Ainsi, les obligations humanitaires comme celles en matière des droits de l'homme apparaissent comme des obligations intégrales et présentent une forme particulière du lien entre droit et obligation puisqu'aux obligations pesant sur les États correspondent des droits au bénéfice des particuliers<sup>921</sup>. Cela interroge également le rapport entre obligations intégrales et obligations *erga omnes*. Le défaut de positivité des premières rend difficile une telle comparaison. On peut néanmoins établir que les obligations *erga omnes* apparaissent nécessairement comme des obligations intégrales. Les obligations *erga omnes* posent surtout la question du dépassement du cadre conventionnel<sup>922</sup>. La nature même de ces obligations conduirait en effet à ignorer le principe de l'effet relatif des traités en ouvrant le droit à tous d'une action en justice contre un État violant une obligation *erga omnes* issue d'un traité.

**282.** Les obligations interdépendantes présentent la même situation de modification du rapport droit-obligation : la réciprocité est renforcée ; à une obligation correspond une obligation correspondante et non un droit. Alors que dans le cas des obligations intégrales, tous les États sont débiteurs sans être

---

<sup>920</sup> Sur le rôle du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme dans le développement des obligations *erga omnes*, voir notamment Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 734-739, spéc. : « [B]ien avant l'affirmation par la Cour internationale de Justice de l'existence d'obligations *erga omnes*, le droit humanitaire établissait qu'une infraction grave commise par un État ne rendait pas seulement celui-ci responsable d'un fait internationalement illicite à l'égard de celui qui en aurait subi le préjudice direct mais également à l'égard de tous les autres », p. 734.

<sup>921</sup> Voir par exemple : « la Convention [européenne des droits de l'homme] déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une « garantie collective » », CEDH, arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, Série A, vol. 25, § 239.

<sup>922</sup> « [U]n État peut-il, en-dehors de tout lien conventionnel, être tenu d'une obligation internationale envers tous les autres États qui seraient ainsi, tous, des créanciers de cette obligation ? C'est une réponse affirmative qu'apporte la théorie de l'obligation *erga omnes* », Prosper WEIL, « La créativité du droit international... op. cit. », 1992, p. 285.

créanciers, les obligations interdépendantes font de tous les Etats liés à la fois les créanciers et les débiteurs de ces obligations. Cette idée a notamment été consacrée par l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 qui rend impossible la suspension pour inexécution pour les traités portant sur les droits de l'homme. Révélateur de la modification du lien que les obligations intégrales impliquent entre les débiteurs et les créanciers, l'article 60 vaut également pour les obligations interdépendantes. On constate ainsi que le droit international connaît un développement et plus encore une tentative de multiplication des obligations qui dérogent aux obligations réciproques en lien avec la recherche d'une hiérarchisation des normes internationales<sup>923</sup>. Elles n'en connaissent pas moins une consécration difficile et peu effective. Ces difficultés semblent découler avant tout de la structure du droit international dont l'horizontalité et la subjectivité limite les possibilités de hiérarchisation que ces obligations impliquent. Plus particulièrement, la confusion entre norme et obligation explique l'inaboutissement de ces développements. Il est cependant intéressant d'observer que, comme dans le cas des obligations naturelles du droit des contrats romains, celles-ci ne recouvrent pas tant un domaine matériel précis a priori mais sont déduites des effets particuliers qui s'y attacheraient.

**283.** On observe ensuite une certaine proximité avec la notion d'obligation naturelle, dont la reconnaissance fait débat en droit international. Sur le plan historique, leur création remonte au droit romain qui ne confond pas la notion avec celle de droit naturel, plus théorique qu'effective. L'adjectif « naturelle » renvoie en fait à une opposition avec les obligations civiles<sup>924</sup>. Les obligations naturelles en droit romain se caractérisent par leur effet et non par leur objet. Il s'agit d'obligations qui, à la différence des obligations civiles, ne sont pas sanctionnées par l'action du prêteur. Le créancier ne dispose ainsi pas de moyens

---

<sup>923</sup> « Autour du noyau dur du *jus cogens* proprement dit se sont ainsi développées des constellations assez diverses. [...] La question s'est posée de l'extension du *jus cogens* aux actes unilatéraux. La catégorie des obligations *erga omnes* ou universelles s'est greffée sur la théorie du *jus cogens*. La normativité renforcée, enfin, s'est étendue du droit des traités à celui de la responsabilité », *Ibid.*, p. 262.

<sup>924</sup> « *Naturalis* est souvent le contraire de *civilis*, du droit romain strict, et désigne ce qui est conforme à la nature des choses, ce qui existe *en fait* », Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, p. 990.

de contraintes sur le débiteur pour forcer à leur exécution mais il n'en est pas moins protégé dès lors qu'il y a eu exécution, comme d'une éventuelle action en répétition de l'indu. Si les juristes romains n'ont jamais proposé de classification de ces obligations, on peut en distinguer trois grands types : les obligations civiles contractées par des incapables (et notamment les esclaves), les autres obligations qualifiées de naturelles et enfin celles non qualifiées de naturelles mais qui en disposent des caractéristiques (impossibilité d'action en exécution et d'action en répétition de l'indu essentiellement)<sup>925</sup>. Sur le plan interne, le droit civil reconnaît l'existence de ces obligations. Elles ouvrent notamment la voie à une classification des obligations suivant leur force juridique en distinguant les obligations juridiques des obligations naturelles. Ces dernières « constituent une sorte de catégorie intermédiaire entre les obligations juridiques à part entière et les obligations extra-juridiques »<sup>926</sup>. Se fondant sur des devoirs non juridiques, elles peuvent pour autant se transformer en obligation juridique<sup>927</sup>.

**284.** Ainsi, la distinction entre support normatif et obligations conventionnelles reflète bien l'existence conjointe de liens juridiques différents entre les Etats parties. D'une part, le lien conventionnel renvoie à une réciprocité formelle en ce qu'il est déterminé par l'instrument juridique. D'autre part, le lien d'obligation lie les sujets de droit autour d'un rapport droit-obligation qui n'est pas nécessairement caractérisé par la réciprocité<sup>928</sup>. L'indifférence des obligations à l'égard de leur support normatif est alors relative dans la mesure où la spécificité du lien « obligationnel » peut alors influencer le régime juridique du traité comme

---

<sup>925</sup> *Ibid*, pp. 990-991.

<sup>926</sup> Alain BENABENT, *Droit des obligations...* *op. cit.*, 2017, p. 19.

<sup>927</sup> « [L]a jurisprudence admet facilement qu'une obligation naturelle se transforme en obligation juridique, non seulement lorsque l'intéressé s'y engage sous quelque forme que ce soit, pourvu qu'il le fasse en connaissance de cause, mais encore lorsqu'il a simplement commencé de l'exécuter [...]. En définitive, l'obligation naturelle est un singulier concept, qui assure parfois la transition entre le droit et la morale, et dont on a pu dire avec finesse qu'il a pour rôle de troubler le droit positif en introduisant dans son univers rigide et froid des éléments d'humanité, voire de progrès », *Ibid.*, pp. 19-20

<sup>928</sup> En ce sens, il apparaît donc trop restrictif de se contenter d'une distinction réciprocité formelle/réciprocité matérielle pour caractériser ces deux liens juridiques dans la mesure où si le traité en tant que collection d'actes unilatéraux s'articule bien autour d'une certaine réciprocité, voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, 2. a. ; ce n'est pas le cas du lien formé par l'obligation comme le montre le cas des obligations en matière de droits de l'homme, voir notamment Léa BRILMAYER, « From 'contract' to 'pledge'... » *op. cit.*, 2006, p. 164 et p. 170.

le montre l'exemple des traités de délimitation de frontières ou ceux en matière de droits de l'homme. Dans ces hypothèses, l'objet particulier des obligations emporte des conséquences quant au régime conventionnel. Cette situation contribue à renforcer l'asymétrie du rapport entre traité et obligations. Non seulement, le traité n'est pas suffisant pour déterminer l'autorité juridique des obligations qu'il crée, mais à cette indifférence s'ajoute une relative dépendance du traité à l'égard de certaines de ces obligations.

## ***2. Les effets de l'enrichissement matériel du droit international sur la distinction entre support normatif et obligations internationales***

**285.** Le développement du droit international contemporain, notamment par le biais de l'instrument conventionnel, s'est traduit par un enrichissement qualitatif et quantitatif des obligations internationales. Soulignant à la fois l'unité conceptuelle du traité comme sa souplesse, ce mouvement tend néanmoins à accroître l'indépendance des obligations conventionnelles à l'égard de leur support normatif. Cela contribue à renforcer l'asymétrie du rapport traité et obligations au bénéfice des ces dernières, parfois au détriment du droit des traités et de la cohérence du système juridique international. Symboliquement apparues par le biais du droit conventionnel, les normes impératives soulignent tout particulièrement les enjeux et les difficultés de cette évolution (a). Replacée dans le cadre d'un regard historique élargi, le renforcement de cette asymétrie n'est pas sans fragiliser la place du traité dans le système juridique international (b).

### ***a. Les normes impératives comme technique d'encadrement de l'instrument conventionnel***

286. Apparu dans le cadre de la Convention de Vienne comme cause de nullité matérielle des traités<sup>929</sup>, le *jus cogens* renvoie à une tentative d'introduction de normes impératives en droit international<sup>930</sup>. L'évolution de la notion s'est cependant faite pour l'essentiel hors du régime conventionnel et reflète la volonté d'introduire au sein du système juridique international, si ce n'est un véritable ordre public, un essai de verticalisation de celui-ci. Sur le plan conventionnel, il s'insère dans un développement qualitatif des obligations internationales qui échapperait en partie aux traits classiques du droit international fondé sur la réciprocité et l'opposabilité. Ainsi, les obligations découlant de normes impératives connaîtraient non seulement une « autonomisation » à l'égard de l'instrument conventionnel dont elles ne découleraient au mieux qu'indirectement mais également une priorité dans leur application en ce qu'elles pourraient conduire à la nullité absolue des traités contraires à celles-ci.

287. Le développement de la notion hors du cadre conventionnel n'est pas surprenante au regard de sa dimension révolutionnaire pour le système juridique international. L'idée de normes impératives conduit à introduire dans un système juridique fondé sur une logique subjective, une dimension objective dépassant la structure essentiellement formelle du droit international<sup>931</sup>. Les modalités même de formation des normes impératives soulignent cette déconnexion avec le traité international puisque la définition proposée à l'article 53 de la Convention de Vienne tend à les rapprocher des normes coutumières<sup>932</sup>. Si certaines dispositions

---

<sup>929</sup> Voir *Infa*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 2, Section 2, 2. b.

<sup>930</sup> Voir notamment Robert KOLB, *Théorie du jus cogens. Essai de relecture du concept*, Paris, PUF, 2001, 401 p. ; Robert KOLB, « Observation sur l'évolution du concept de *ius cogens* », *RGDIP*, vol. 113, 2009/4, pp. 837-850 ; Michel VIRALLY, « Réflexions sur le *ius cogens* », *AFDI*, vol. 12, 1966, pp. 5-29 ; Charles de VISSCHER, « Positivisme et *jus cogens* », *RGDIP*, vol. 75, 1971/1, pp. 5-11.

<sup>931</sup> « Son introduction dans le droit des traités par la Convention de Vienne a eu pour effet de faire désormais coexister au sein de l'ordre juridique international deux logiques antagoniques, qu'on peut même juger, logiquement, irréconciliables. Celle, traditionnelle, du subjectivisme des rapports latéraux entre États également souverains et insubordonnés à une autorité supérieure, par excellence rebelle à l'idée d'ordre public, sinon de valeurs communes ; celle, révolutionnaire, de l'objectivisme inhérent à la notion de normes impératives, lesquelles s'imposent aux États devenus ainsi, au sens le plus littéral, *sujects* d'un ordre juridique alors doté d'une hiérarchie normative, dominée par le *jus cogens* », Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op.cit.*, 2016, p. 330.

<sup>932</sup> Article 53 de la Convention de Vienne de 1969 : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la



conventionnelles peuvent participer au processus de formation des règles coutumières, il est en effet difficilement possible qu'un traité puisse lui-même contribuer à la formation d'une règle conduisant à encadrer la liberté conventionnelle des États. Le *jus cogens* ne reflète donc pas réellement une asymétrie des rapports entre obligations conventionnelles et support normatif qui s'incarnerait dans une indifférence de l'obligation à l'égard de son support normatif couplée à une influence des obligations sur le régime du traité. Il traduit plutôt une possibilité d'encadrement du traité lui-même. Les obligations internationales pourraient ainsi limiter le domaine d'intervention de l'instrument conventionnel en lui imposant des conditions de validité matérielle. En ce sens, la tentative de consécration de la notion de *jus cogens* reflète une volonté d'enrichissement du droit international à travers le développement du droit des obligations et au détriment de la place traditionnelle de l'instrument conventionnel<sup>933</sup>. Le concept a même débordé le cadre des obligations juridiques pour se présenter comme l'incarnation d'un ordre public international incarnant un ensemble de règles supérieures de la communauté internationale<sup>934</sup>.

**288.** Toutefois, dans le cadre seul du droit des traités, le *jus cogens* se présente comme une condition de validité matérielle de l'instrument conventionnel. Il est ainsi une qualité attribuée à certaines normes qui emporte comme conséquence la non-dérogeabilité à celles-ci par la voie conventionnelle. Cet encadrement du traité s'observe tout particulièrement dans les conséquences de la contrariété d'un traité

---

présente convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

<sup>933</sup> « Bien que la notion n'apparaît pour la première fois dans le droit positif codifié que dans la Convention de Vienne, l'idée elle-même fut lancée d'abord dans la doctrine sous l'influence à la fois de l'école jusnaturaliste et de l'analogie avec le droit général des obligations en droit civil », Éric SUY, « Article 53 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 1906.

<sup>934</sup> « Depuis les années 1990, le *jus cogens* a butiné dans toutes les directions. Il s'est transformé en un corps de règles hiérarchiquement supérieur (une espèce de droit constitutionnel international) emportant à cause de sa supériorité normative les effets juridiques les plus divers dans des contextes juridiques les plus variés. [...] En somme, le *jus cogens* devient un vecteur de métabolisme juridique, de transformation de l'ordre juridique international dans un sens « communautaire » », Robert KOLB, « Observations sur l'évolution... op. cit., 2009, pp. 838-839.

avec une norme de *jus cogens* puisqu'il établit la nullité absolue des instruments conventionnels concernés<sup>935</sup>. Cette nullité absolue vaut d'ailleurs autant pour les traités contraires à une norme de *jus cogens* existante lors de la conclusion du traité que pour les traités contraires à une règle impérative survenue postérieurement à cette conclusion<sup>936</sup>. Cette conséquence de la contrariété d'un traité international avec les normes impératives fait alors peser une menace sur la sécurité juridique du droit conventionnel. Bien que la pratique apparaisse faible voire inexistante, la nullité absolue des traités contraires au *jus cogens* place le droit conventionnel dans une relative incertitude<sup>937</sup>. Cela est particulièrement le cas au regard des dispositions de l'article 64 qui souligne le caractère évolutif de ces règles. Au regard de la sécurité juridique des traités légalement formés, cette disposition pose un double problème. Tout d'abord, le conflit entre un traité et une norme impérative apparue postérieurement à sa formation peut se poser à la fois à l'égard du traité lui-même et à l'égard de son exécution. Cette seconde situation semble être exclue du champ d'application de l'article 64, l'exécution d'un traité légalement formé mais en contradiction avec une norme de *jus cogens* emportant alors la responsabilité de l'État concerné mais pas la nullité du traité<sup>938</sup>. Ensuite, bien que la conséquence de la contrariété d'un traité international avec une norme impérative postérieure à sa formation soit en apparence la nullité du traité, les dispositions de l'article 64 paraissent bien plus proches d'une situation d'extinction du traité. A nouveau, la question ne fut pas réellement tranchée par les travaux préparatoires à la Convention de Vienne. Cette incertitude se manifeste particulièrement dans le texte même de l'article à travers le maintien de l'expression « devient nul et prend fin »<sup>939</sup>.

---

<sup>935</sup> Voir article 71 de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>936</sup> Cette deuxième situation est celle prévue à l'article 64 de la Convention de Vienne selon lequel « si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

<sup>937</sup> « Des traités en vigueur peuvent être déclarés nuls, a posteriori et rétroactivement. Surtout, avec l'article 64 et l'idée d'un *jus cogens* au contenu évolutif, des traités initialement valides peuvent soudain devenir nuls et prendre fin », Serge SUR, « La créativité du droit international...*op. cit.*, 2012, p. 119.

<sup>938</sup> Voir notamment Anne LAGERWALL, « Article 64 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 2329-2334 qui note toutefois la confusion sur ce point lors des travaux préparatoires à la Convention de Vienne de 1969.

<sup>939</sup> « L'émergence d'une norme de *jus cogens superveniens* présente les caractéristiques d'une cause d'extinction à certains égards et d'une cause de nullité à d'autres », *Ibid.*, p. 2338.

289. Si les potentialités du *jus cogens* comme corps de règles hiérarchiquement supérieur sont loin d'être reconnues sur le plan du droit positif, sa seule consécration comme condition de validité matérielle des traités n'est pas sans interroger la place même du traité en droit international. Dans le cadre de la Convention de Vienne, il apparaît plus comme une technique de nullité que comme ensemble de règles supérieures<sup>940</sup>. Il n'impose pas réellement de hiérarchisation du droit international et s'apparente à l'introduction de techniques similaires à celles existantes en droit interne à propos des contrats venant limiter la liberté contractuelle. Cependant, cette première conception va directement conduire à la tentative d'établissement d'une hiérarchisation du droit international non seulement menaçante pour la sécurité juridique du droit conventionnel mais emportant une réduction de la place du traité dans le système juridique international<sup>941</sup>. En effet, le *jus cogens* reflète alors un encadrement non seulement de l'objet des traités mais aussi de la liberté conventionnelle des États en s'écartant du consensualisme. Les obligations conventionnelles ne sont plus alors considérées au regard de la volonté des co-contractants mais d'un ensemble de règles perçues comme hiérarchiquement supérieures et objectives<sup>942</sup>. On constate alors un effacement du support normatif au-delà du stade de la formation des obligations juridiques, celles-ci étant ensuite considérées au regard du droit international général et d'un droit des obligations intégrés dans un ensemble hiérarchisé.

### ***b. La réduction du traité à la formation du droit international***

---

<sup>940</sup> « En 1969, le concept était une simple technique juridique assurant l'intégrité du traité du point de vue de ses contenus. [...] Il n'était pas admis de déroger à certaines règles de droit international général par des accords particuliers. [...] Le *jus cogens* n'est donc pas ici un corps de normes en soi, mais une qualité technique de certaines normes, à savoir la non-dérogeabilité », Robert KOLB, « Observations sur l'évolution... *op. cit.*, 2009, p. 841.

<sup>941</sup> « La transformation essentielle réside dans le fait que la technique de non-dérogeation s'est effacée devant l'idée d'une hiérarchie normative. [...] La hiérarchie matérielle a ainsi fini par enfanter une hiérarchie formelle. [...] Dès ce moment, ce corps juridique à part pouvait et devait générer des effets diversifiés et potentiellement illimités, dus à sa supériorité », *Ibid.*, p. 842.

<sup>942</sup> « Ainsi la méthode revient à faire dépendre le sort d'une stipulation essentielle de la Convention d'États qui n'y sont pas parties », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 120.

**290.** L'enrichissement matériel du droit international passe ainsi par l'apparition et le développement d'obligations nouvelles. Si le caractère positif du *jus cogens* fait encore débat, les obligations *erga omnes* comme les obligations en matière de droits de l'homme supposent, dans leur application une indépendance croissante à l'égard du cadre conventionnel. Ce développement du droit des obligations internationales s'opère en partie par l'intermédiaire d'une juridictionnalisation croissante qui tend à limiter la place du traité à la simple formation du droit international, la question de l'application ressortant alors uniquement d'un droit des obligations dont les rapports avec le lien conventionnel qui permet leur apparition semblent de plus en plus asymétriques.

**291.** Le cas des obligations en matière de droits de l'homme illustre notamment cette ambiguïté des rapports entre support normatif et obligation conventionnelle<sup>943</sup>. D'un côté, la nature de l'obligation emporte plusieurs conséquences quant aux règles régissant le traité en tant qu'instrument et donc en tant que support normatif. D'un autre, cela ne conduit pas pour autant à écarter les règles de droit commun en matière de traités. Il s'agit en fait plutôt d'un régime du support normatif dérogatoire en raison des spécificités des obligations qu'il porte, que d'une influence des obligations conventionnelles sur les règles régissant le support normatif. Il y a ainsi une influence de la nature de l'obligation sur le droit des traités. En effet, les dispositions conventionnelles se rapportant à des obligations non particulières conservent leur régime de droit commun tandis que ces dispositions particulières sont avant tout imposées par la logique inhérente à ces obligations<sup>944</sup>. Ces obligations tendent donc à renforcer l'asymétrie du lien entre traité et obligations. Tandis que le traité apparaît en partie placé dans la dépendance des obligations qu'il comporte, celles-ci restent indifférentes à leur support d'origine dans la mesure où leur origine coutumière ou conventionnelle ne

---

<sup>943</sup> Voir notamment Alain PELLET, « Les traités des droits de l'homme entre banalité et spécificité », *Mélanges Decaux*, Paris, Pedone, 2017, pp. 59-74 pour qui justement, en la matière, la « banalité » ressort de la formation et « l'originalité » de l'application.

<sup>944</sup> « Même si les normes substantielles qu'elles énoncent, avec ce qu'elles ont de singulier (le défaut de réciprocité dans l'application, la non-pertinence de la nationalité des victimes), favorisent l'éclosion de garanties d'exécution particulières, les conventions n'excluent pas le recours parallèle au mécanisme de droit commun mais ils doivent alors s'adapter à leurs particularités », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 395.

semble avoir aucune conséquence sur leur nature ou leur objet. Les obligations intégrales se caractérisent donc par l'instauration d'un lien entre les sujets de droit international qui ne se caractérise pas par sa réciprocité<sup>945</sup>.

**292.** Au-delà des obligations en matière de droits de l'homme, la question des obligations *erga omnes* montre que le sujet dépasse un simple domaine matériel du droit international dont les conséquences pour le droit des traités se limiteraient à certaines exceptions dans le cadre de leur application. Celles-ci tendent en effet à s'émanciper du principe de l'effet relatif des traités découlant du principe *pacta sunt servanda* et des traits structurels du système juridique international. A première vue, l'obligation *erga omnes* se caractériserait par sa rupture avec le consensualisme classique du droit international en s'écartant de la réciprocité traditionnelle de l'obligation internationale<sup>946</sup>. Cette rupture ne se situe pas au stade de la formation conventionnelle des obligations mais au stade de leur application. Plus précisément, le caractère particulier de ces obligations conduit à leur appliquer un régime particulier de responsabilité internationale<sup>947</sup>. Surtout, leur caractère *erga omnes* ne découlent en rien de caractéristiques particulières de leur traité d'origine. Ces obligations sont donc particulièrement révélatrices de la pertinence de la distinction entre support normatif et obligations et plus précisément de l'autonomie de l'obligation à l'égard de son support normatif. Elles ne sont pas sans soulever un certain nombre d'interrogations sur leur formation tant elles heurtent les principes structurels de création des obligations internationales. Au-delà de la reconnaissance jurisprudentielle de leur existence, leur régime se

---

<sup>945</sup> « L'originalité de l'obligation intégrale est d'être une obligation qui, tout en étant conventionnelle, n'est pas réciproque », Frédérique COULEE, *Droit des traités et non-réciprocité : Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public...* *op. cit.*, 12 mai 1999, p. 30.

<sup>946</sup> « Dans la mesure où elle vise à sonner le glas du bilatéralisme quelque peu étriqué de la conception classique au profit d'une protection universelle de certaines valeurs fondamentales et d'une approche plus communautaire des rapports internationaux, cette évolution peut de toute évidence être regardée comme un progrès », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... » *op. cit.*, 1992, pp. 283-284.

<sup>947</sup> Ce régime particulier est notamment exposé à l'article 48 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : « 1. Conformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si :

a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe [...] » ;

caractérise par un faible développement et l'importance des effectivités<sup>948</sup>. La conjonction des qualités *erga omnes* et de l'obligation intégrale va permettre le développement d'obligations nouvelles. L'internationalisation des droits de l'homme entamée au lendemain de la seconde guerre mondiale va se traduire par la naissance pour les Etats d'une obligation de respect de ces droits, notamment à l'égard de leurs propres ressortissants. Cette obligation, nouvelle dans sa dimension matérielle, l'est également par sa nature, celle d'une obligation *erga omnes*<sup>949</sup>.

**293.** Cette évolution du droit international limitant la place du traité à la simple formulation d'obligations juridiques dont l'exécution est largement détachée de son support d'origine s'incarne notamment dans l'affaiblissement du respect des conditions de formation et d'entrée en vigueur des conventions internationales. Le sujet renvoie en premier lieu au développement du phénomène de *soft law* qui s'incarne dans la multiplication des décisions et délibérations d'organes internationaux mais également de la production de textes par des personnes privées<sup>950</sup>. Plus strictement, dans le cadre conventionnel, cela s'observe à travers le développement de la pratique de l'application provisoire des traités

---

<sup>948</sup> « [L]’effet *erga omnes* de telles conventions repose sur la volonté et la capacité des Etats parties d’en garantir le respect par les autres Etats. Le critère de l’effectivité prédomine dans cette hypothèse. L’ancienneté des situations établies, mais aussi leur conformité aux principes de droit international prédominants à chaque époque, conditionnent le maintien de telles convention dans cette catégorie particulière de traités », Nguyen Quoc Din, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public... op. cit.*, 2009, p. 273.

<sup>949</sup> « Quelles que soient les réserves que l’on puisse formuler à l’égard de certaines dérives des concepts d’obligation *erga omnes* et de communauté internationale, il est un point sur lequel le consensus est aujourd’hui acquis : l’obligation que le droit international met à la charge des Etats de respecter les droits de l’homme est d’une nature particulière et appelle un régime juridique particulier », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... », *op. cit.*, 1992, p. 117.

<sup>950</sup> « [L]a multiplication des organes de délibération dont le discours, sinon toujours les compétences, s’affirme à vocation normative encourage l’émission d’un tissu conjonctif de prescriptions non strictement obligatoires. Elles environnent le droit strict pour mieux conditionner ses destinataires en fonction de l’idéologie affirmée commune », Pierre-Marie DUPUY, « L’unité de l’ordre juridique international... *op. cit.*, 2002, p. 55 ; voir également Pierre BODEAU-LIVINEC, Laurence DUBIN, Jean-Louis ITEN et Vincent TOMKIEWICZ (dir.), *L’entreprise multinationale et le droit international. Actes du colloque de la SFDI tenue à Saint-Denis du 19 au 21 mai 2016*, Paris, Pedone, 2017, 522 p., spéc. Maylis SOUQUE, « L’affaire Michelin en Inde (PCN français) : une illustration du rôle normatif du PCN et de l’effectivité des principes directeurs de l’OCDE », pp. 381-408.

internationaux<sup>951</sup>. Prévue à l'article 25 de la Convention de Vienne, elle permettait initialement aux États concernés de contourner partiellement et temporairement les lourdeurs des procédures internes de ratification. Toutefois, le recours croissant à cette faculté tend parfois à refléter une volonté de placer les obligations juridiques concernées dans une situation moins assurée juridiquement<sup>952</sup>. Le traité international s'apparente alors à un prétexte pour faire naître des obligations à l'égard desquels les États garderont une certaine souplesse.

294. L'enrichissement matériel du droit international par le biais d'une diversification et d'une multiplication des obligations internationales et notamment conventionnelles tend ainsi à renforcer la distinction entre obligations et support normatif. S'il s'appuie en partie sur la nature même du traité en tant que support normatif, ce constat connaît cependant des limites reflétant l'impossible neutralité des obligations à l'égard du traité international.

## **Section 2 : L'impossible neutralité des obligations à l'égard du traité international**

295. L'impossible neutralité des obligations à l'égard du traité international ne remet pas en cause la distinction entre obligations et support normatif. Elle reflète les effets du lien conventionnel, non pas tant sur la nature ou le contenu des obligations conventionnelles que sur leur exécution. En effet, si leur origine conventionnelle n'entraîne pas une différence de nature avec les obligations coutumières, les obligations découlant du traité international restent dans la dépendance du lien conventionnel. Cela conduit à souligner le rôle du traité comme technique d'application du droit international, au-delà de sa fonction de mode de formation. La distinction entre le traité comme support normatif et les obligations conventionnelles, est notamment prise en compte dans la phase

---

<sup>951</sup> Le sujet est ainsi à l'ordre du jour de la CDI depuis 2012, voir *Ann. CDI*, vol. II-2, 2012, pp. 74-76, §140-155 ; *Ann. CDI*, vol. II-2, 2013, pp. 68-69 § 108-129 ; *Ann. CDI*, vol. II-2, 2014, pp. 267-272, § 223-248 ; *Ann. CDI*, vol. II-2, 2015, pp. 140-147, § 244-283 ; *Ann. CDI*, vol. II-2, 2016, pp. 382-394, § 251-300 ; *Ann. CDI*, vol. II-2, 2017, pp. 134-153, § 47-56 ; *Ann. CDI*, vol. II-2, 2018, pp. 215-238, § 79-90.



d'application du traité sans pour autant que des solutions générales et systématiques puissent être relevées. L'application des traités est en principe commandée par le principe *pacta sunt servanda* limitant les effets juridiques du traité à l'égard des parties. Ce principe de l'effet relatif des traités n'est cependant pas absolu comme le montre les limites de la réciprocité supposée guider l'ensemble de l'application conventionnelle. En réalité, la distinction entre le support et les obligations permet de souligner la nécessité de différencier les effets juridiques du support normatif du lien de droit impliqué par les obligations conventionnelles. On constate ainsi que l'application des obligations se distingue de celle du traité en tant que support normatif car l'insertion de l'instrument dans le système juridique international se distingue de l'insertion des obligations<sup>953</sup>.

**296.** L'origine conventionnelle des obligations est donc déterminante au stade de l'exécution de celles-ci. On constate alors une imbrication de l'application du traité avec cette exécution. L'interdépendance de ces deux phénomènes explique en grande partie les confusions autour de la dualité du traité international. Le traité n'est donc pas seulement un instrument permettant la formation du droit international mais également son application (1). Cette situation conduit à relever la difficile conceptualisation de la validité matérielle du traité qui ne ressort finalement pas du droit des traités (2).

### ***1. L'application du traité et l'exécution des obligations conventionnelles, un destin lié***

**297.** Le constat d'une dualité du traité comme acte et comme norme est souvent déduit de l'observation d'une distinction opérée au sein du contenu du traité entre dispositions substantielles et dispositions non substantielles<sup>954</sup>. Cette distinction attire l'attention sur le rôle que joue le traité dans l'exécution des

---

<sup>952</sup> Voir notamment Albane GESLIN, *La mise en application provisoire...* *op. cit.*, 2005, pp. 30-36.

<sup>953</sup> Voir BARBERIS, « Le concept de traité international », *AFDI*, 1984 ; voir également *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 4, Chapitre 1, Section 1, 2. b.

<sup>954</sup> Voir par exemple Paul REUTER, *Introduction au droit des traités...* *op. cit.*, 1985, pp. 46-58.

obligations qu'il crée en application du principe *pacta sunt servanda*. L'unité conceptuelle de l'instrument conventionnel est alors renforcée par cette interdépendance de l'exécution des obligations conventionnelles et de l'application du traité. Plus largement, cette interaction entre l'application du traité et l'exécution des obligations conventionnelles souligne la place essentielle occupée par le principe de bonne foi en droit international. D'un côté, l'application du traité découle de l'exécution des obligations conventionnelles (a). D'un autre, cette exécution des obligations conventionnelles est contrainte par le traité (b).

***a. L'application du traité déterminée par l'exécution des obligations***

**298.** Les rapports étroits qu'entretiennent traité et obligations conventionnelles s'observent tout d'abord dans les situations qui conditionnent l'application du traité à l'exécution des obligations conventionnelles. Parce que l'obligation comme effet juridique du traité est une condition d'existence de celui-ci, l'application du traité se manifeste par l'exécution des obligations conventionnelles. Le lien conventionnel formé par le traité ne l'est que dans la mesure où il permet l'exécution des obligations. Cela s'observe particulièrement à travers deux techniques largement consacrés par le droit des traités et qui découlent de la dimension consensualiste du traité, l'exception d'inexécution et le changement fondamental de circonstances. L'imbrication des obligations et du traité fait de ce dernier une technique d'application particulière du droit international, au fondement de son enrichissement qualitatif.

**299.** La période de l'Antiquité gréco-romaine témoigne déjà de la diversité possible des obligations conventionnelles en dépit de l'apparente uniformité du traité comme instrument juridique. Cela contribue à souligner son intérêt sur le plan de l'application du droit international en permettant une application conventionnelle commune d'obligations d'une grande diversité. Ainsi, on observe dans le monde grec classique une multiplicité des traités afin d'organiser la vie internationale des cités grecques. Certains s'écartent d'un modèle contractuel

classique, notamment pour accorder un statut particulier à certains étrangers<sup>955</sup>. La diversité de la pratique conventionnelle en Grèce antique, malgré les débats historiques sur la réalité d'une vie internationale soumise au droit, fait ressortir un souci d'équilibre que l'on peut observer notamment dans les traités d'alliances et d'amitié ou les traités de paix. La formalisation du droit des traités dans la Grèce des cités reflète alors l'importance de la phase d'application du traité comme condition et conséquence de l'exécution des obligations conventionnelles. Cela s'observe à travers la problématique de la mise en œuvre du traité, des conditions de son interprétation mais également dans la reconnaissance de la clause *rebus sic stantibus*. Rome est également confrontée à cette problématique de l'application du traité à travers l'exécution des obligations conventionnelles. D'une part, on assiste au développement de mesures prévues par le traité afin d'assurer l'exécution des obligations conventionnelles comme la pratique des otages le montre. D'autre part, le souci de garantir l'exécution des obligations conventionnelles est lié à la question des autorités pouvant engager conventionnellement Rome<sup>956</sup>. Parce qu'il permet de guider l'exécution des obligations conventionnelles, le traité est largement vu dès cette époque comme un instrument privilégié du droit international<sup>957</sup>.

**300.** La permanence du changement fondamental de circonstances dans le droit des traités attire l'attention sur l'importance de l'exécution des obligations conventionnelles dans la reconnaissance du traité comme technique d'application du droit international. Celle-ci est d'autant plus importante face à l'étendue des obligations conventionnelles existantes et contribue à souligner la proximité de cette problématique avec la question de l'évolution du cadre législatif sur le plan

---

<sup>955</sup> Ce sont par exemples les accords prévoyant la *xenia*, protection accordée aux citoyens des cités alliées, l'*asylia* ou encore la *proxenia*, institution particulièrement connue et spécifique au monde grec, qui organise l'hospitalité accordée à certains étrangers voir David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, pp. 124-133.

<sup>956</sup> Comme le rappelle l'épisode des Fourches Caudines, voir *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 4, Chapitre 2, Section 1, 1. a.

<sup>957</sup> « Once the notion of reciprocity was embraced by ancient cultures, they could have then confront the problem of internal and external means of treaty enforcement. [...] An 'internal' way of enforcing an international agreement emphasized background rules of good faith, reasonable interpretation, and faithful observance over time. 'External' means implicated personal surety and responsibility in the enforcement of treaty values. These included hostage-taking and noxal surrenders », David. J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, p. 203.

interne<sup>958</sup>. La reconnaissance du changement fondamental de circonstances comme celle de l'impossibilité d'exécution<sup>959</sup> confirment les effets de l'exécution des obligations conventionnelles pour l'application du traité international. Le sujet est, dans ces deux situations, la prise en compte des conséquences pour le traité d'une non-exécution des obligations ne découlant pas d'une violation de celles-ci. Elles soulignent alors l'impossibilité de la poursuite de l'application du traité dès lors que l'exécution des obligations est rendue impossible. La codification des ces dispositions par la Convention de Vienne a permis de relever la nécessité de ces techniques en droit des traités malgré les risques concernant le respect de la force obligatoire des traités<sup>960</sup>. Le droit des traités envisagent en effet de façon restrictive ces hypothèses dans lesquelles, hors violation du traité, l'exécution des obligations, ou plus précisément, la non-exécution des obligations conduit à la terminaison du traité<sup>961</sup>. Ainsi, le maintien du lien conventionnel ne se justifie que par l'existence d'un rapport juridique découlant des obligations conventionnelles. Les effets juridiques du traité sont, au-delà même d'un élément de définition et d'existence, la raison d'être de l'instrument conventionnel.

**301.** Les situations d'obligations interdépendantes soulignent également ces hypothèses d'interaction entre traité et obligations conventionnelles. Plus largement, parce que l'application des traités suppose la bonne exécution des

---

<sup>958</sup> « Mais la révision des accords correspond à l'exercice d'une fonction législative et l'absence d'un aménagement de cette fonction dans la société internationale actuelle constitue le défaut majeur de cette société », Paul REUTER, « Principes de droit international... *op. cit.*, 1961, p. 571.

<sup>959</sup> Voir les articles 61 et 62 de la Convention de Vienne sur, respectivement, la « survenance d'une situation rendant l'exécution impossible » et le « changement fondamental de circonstances ».

<sup>960</sup> Voir tout particulièrement le 2<sup>ème</sup> rapport de Sir G. Fitzmaurice sur le droit des traités, *Ann. CDI*, vol. II-1, 1957, p. 35.

<sup>961</sup> Voir Pierre BORDEAU-LIVINEC, « Article 61 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 2183-2223, spéc. : « Parmi les motifs d'extinction ou de suspension des traités, une différenciation peut en effet être opérée entre ceux qui tiennent au comportement des parties [...] et ceux qui résultent d'événements survenus indépendamment d'elles. L'impossibilité d'exécution comme le changement fondamental de circonstances entre théoriquement dans la seconde catégorie ; surtout ils procèdent de la même idée d'une modification essentielle des conditions ayant constitué le substrat ou la raison d'être de l'engagement conventionnel », p. 2187 et Malcom N SHAW QC et Caroline FOURNET, « Article 62 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sr le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 2229-2261, spéc. : « même s'il s'agit d'une construction juridique imparfaite, voire dangereuse eût égard à la stabilité des obligations conventionnelles, la reconnaissance du principe *rebus sic stantibus* est essentielle », p. 2231.

obligations conventionnelles, la distinction entre obligation et support normatif ne peut être absolue. Surtout, elle ne signifie pas une indifférence complète de l'une à l'égard de l'autre. Cela s'observe notamment à travers l'étude de la réciprocité dans le cas des traités sur les droits de l'homme. La formation de ces obligations par voie conventionnelle n'est pas neutre. Si la jurisprudence internationale tend à reconnaître dans ces obligations l'existence d'un intérêt général dépassant la réciprocité entre Etats parties, elle affirme dans le même temps la coexistence de cet intérêt collectif avec le caractère réciproque qui découle de leur formation par voie conventionnelle<sup>962</sup>. Cette réciprocité pourra se manifester au stade des réserves ou de l'interprétation<sup>963</sup>. Le maintien d'une certaine réciprocité dans ce cadre ne signifie pas la confusion de la « réciprocité formelle » et de la « réciprocité matérielle ». Elle traduit l'origine conventionnelle de ces obligations et les interactions entre support normatif et obligation. Il est à ce titre particulièrement révélateur d'observer que la persistance d'une réciprocité dans les traités en matière des droits de l'homme fait ressentir ses effets au stade de l'application du traité<sup>964</sup>. En fait, le traité permet la subsistance de la réciprocité même dans le cas où le lien de droit résultant des obligations n'emporte pas de réciprocité. C'est en cela qu'il apparaît décisif dans le cadre de l'application du droit international en liant l'exécution des obligations internationales à des sujets également souverains<sup>965</sup>.

---

<sup>962</sup> Voir par exemple, CIJ, avis consultatif du 28 mai 1951, *Réserves à la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, Rec. CIJ 1951, p. 23 ; CIJ, arrêt du 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Rec. CIJ 2012, p. 449, § 68 ; CEDH, arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, § 239 : « à la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une « garantie collective » ».

<sup>963</sup> Voir à ce sujet Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, « Sur quelques traces de réciprocité dans le droit international conventionnel des droits de l'homme contemporain », *Mélanges Decaux*, Paris, Pedone, 2017, pp. 40-50.

<sup>964</sup> « Il ne semble pas y avoir de condamnation par principe de la réciprocité dans le vaste champ des divers traités de protection des droits de l'homme. On pourrait même soutenir qu'il existe plusieurs indices d'un appel à plus de réciprocité, bien sûr pas pour limiter le cercle des bénéficiaires des droits reconnus mais pour compléter, coordonner ou harmoniser l'exercice des droits de l'homme consacrés dans des traités dont la formulation est parfois trop générale pour qu'ils soient opératoires par eux-mêmes. [...] Cette nouvelle réciprocité ayant pour but de rendre plus effectifs les droits consacrés dans les traités internationaux de protection des droits de l'homme ouvrirait l'ère nouvelle de la « réciprocité avantageuse » », *Ibid.*, p. 57.

<sup>965</sup> Sur l'importance de la réciprocité dans l'application du droit international, voir tout particulièrement Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2018, p. 442.

**302.** Le principe de bonne foi permet l'application conjointe du traité et des obligations qu'il contient. Dans une première approche, il détermine l'exécution des obligations conventionnelles en tant qu'elles sont des obligations internationales<sup>966</sup>. Le principe de bonne foi se rattache donc à l'ensemble du droit international et guide tout autant l'interprétation que l'exécution des obligations internationales<sup>967</sup> quel que soit le support normatif dont elles découlent, comme a pu le rappeler la Commission du droit international à propos des actes unilatéraux par exemple<sup>968</sup>. Cela est également affirmé par la jurisprudence internationale : « l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi »<sup>969</sup>. Cette importance conduit toutefois à une certaine indétermination quant à son statut, de norme coutumière ou de principe général du droit ? Le principe n'est pas tant une source des obligations internationales mais apparaît plutôt comme un élément indispensable au fonctionnement même du système juridique international<sup>970</sup>. S'agissant des obligations conventionnelles en tant que contenu du traité, celles-ci n'échappent pas à cette exigence qui traduit leur rattachement à la catégorie générale des obligations internationales<sup>971</sup>. Dans le cadre du traité international, la

---

<sup>966</sup> Voir notamment la définition proposée par le dictionnaire Salmon : « comportement que les parties sont juridiquement tenues d'observer, dans l'exécution et l'interprétation de leurs droits et obligations, quelle qu'en soit la source, en vertu d'un principe général de droit dont la force obligatoire est rappelée par une pratique et une jurisprudence constantes », Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire... op. cit.*, 2001, p. 134.

<sup>967</sup> « Les Membres de l'organisation [...] doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte », article 2 § 2 de la Charte des Nations Unies.

<sup>968</sup> Citer travaux CDI (voir *AFDI*, 2006, pp. 305-316).

<sup>969</sup> CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Affaire des Essais nucléaires (Australie c. France)*, *Rec. CIJ* 1974, § 46, la Cour poursuit en précisant : « La confiance réciproque et une condition inhérente de la coopération internationale [...]. Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi ».

<sup>970</sup> « [L]e principe de bonne foi [...] n'est pas en soi une source d'obligation quand il n'en existerait pas autrement », CIJ, arrêt du 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, *Rec. CIJ* 1988, § 94.

<sup>971</sup> Voir en ce sens l'abondante jurisprudence internationale rappelant l'exigence d'une exécution de bonne foi des obligations conventionnelles, notamment CPA, 7 septembre 1910, *Pêcheries de la côte septentrionale de l'Atlantique, RSA*, vol. IX, p. 188 ; CPJI, avis consultatif du 4 février 1932, *Traitements des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, Série A/B*, n° 44, p. 28 ou encore plus récemment CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, *Rec. CIJ* 1997, pp. 78-79, § 142 ainsi que CIJ, *Entraide judiciaire en matière pénale (France/Djibouti)*, *Rec. CIJ* 2008, p. 42, §§ 128-130.

question est alors celle de la conciliation du principe de bonne foi avec celui de *pacta sunt servanda* dont le lien est aussi bien établi au préambule qu'à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969<sup>972</sup>. Il est généralement considéré que la distinction entre les deux renvoie à une différence dans le champ d'application, *pacta sunt servanda* représentant une application du principe de bonne foi limitée à la matière conventionnelle. Pour autant, l'application du principe de bonne foi dans le cadre du traité conduit à écarter cette solution<sup>973</sup>. *Pacta sunt servanda* se présente bien plus comme une déclinaison du principe de bonne foi pour le traité en tant que support normatif<sup>974</sup>. Ce constat laisse pourtant poindre une certaine insatisfaction car la bonne foi n'est pas simplement un principe enveloppant l'exécution des obligations conventionnelles en tant qu'obligations internationales et l'application du traité international sous une déclinaison qui lui serait propre et incarnée par *pacta sunt servanda*. Dès lors que l'exécution des obligations conventionnelles est en partie déterminée par le traité international, cela conduit à relever que le principe *pacta sunt servanda* est un élément déclencheur de la bonne foi.

### ***b. L'exécution des obligations encadrée par le traité***

**303.** A première vue, l'exécution des obligations est largement déterminée par la nature même des obligations. Dans les domaines des droits de l'homme comme dans le cas des traités établissant des frontières par exemple, il est souvent entendu que l'objet de ces traités expliquerait une exécution spécifique des obligations qui

---

<sup>972</sup> « Constatant que les principes du libre consentement et de la bonne foi et la règle *pacta sunt servanda* sont universellement reconnus » ; « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

<sup>973</sup> Voir par exemple l'article 18 sur l'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur dont le tribunal de 1<sup>ère</sup> instance de l'Union Européenne a rappelé qu'il découlait du principe de bonne foi (TPICE, arrêt du 17 janvier 2007, aff. T-231/04, *Rép. Hellénique c. Commission des CE*, § 83) ou l'article 31 de la Convention de Vienne sur l'interprétation du traité.

<sup>974</sup> Voir par exemple l'analyse de Michel Virally à propos de la décision de la CIJ dans l'affaire des Essais nucléaires et la soumission des obligations découlant des actes unilatéraux au principe de bonne foi : « Ce *dictum* de la Cour formule un principe général tout à fait analogue, pour les actes unilatéraux, à *pacta sunt servanda* pour les traités. Le fondement est le même dans les deux cas : c'est celui de la bonne foi », Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... *op. cit.*,



en découlent, dérogoire au droit commun des traités. Mais cette spécificité est avant tout celle des obligations et non de l'instrument conventionnel. Une obligation coutumière en matière de droit de l'homme bénéficierait des mêmes spécificités dans son exécution puisque les particularités de son exécution découlent de la nature particulière des obligations. L'application des traités en droit humanitaire n'est ainsi pas contrainte par les incitations traditionnelles à l'exécution des obligations conventionnelles<sup>975</sup>. Le cas des traités établissant une frontière est similaire. La délimitation des frontières notamment maritime par des actes unilatéraux peut avoir une autorité juridique semblable aux délimitations bilatérales. De même, l'application provisoire des traités concerne les obligations contenues dans un instrument conventionnel non entré en vigueur et donc ne disposant pas encore de la qualité de support normatif. Elle est alors déterminée par le droit international général<sup>976</sup>. Cependant, si la nature de l'obligation fonde largement les modalités de son exécution, son origine conventionnelle n'est pas neutre pour cette même exécution. Le traité en tant que support normatif joue un rôle essentiel dans cette exécution. Non seulement parce qu'il détermine le régime de l'obligation mais surtout parce qu'il sert de référence à leur interprétation qui est un enjeu fondamental de l'application du droit international<sup>977</sup>. L'influence du traité comme support normatif se fait sentir d'une part, sur l'étendue du lien de droit formé par l'obligation et d'autre part, sur l'autorité juridique de ces obligations.

---

1983, p. 197. Cela n'exclut pas la possibilité d'une application du principe *pacta sunt servanda* hors du cadre conventionnel.

<sup>975</sup> Voir par exemple Léa BRILMAYER, « From 'contract' to 'pledge'... *op. cit.*, 2006, pp. 183-194 et pp. 195-197.

<sup>976</sup> « La mise en application provisoire est juridiquement autonome à l'égard de l'entrée en vigueur du traité [...] la clause d'application provisoire sanctionne l'existence d'un acte également juridiquement autonome et extérieur au regard du traité principal », Albane GESLIN, *La mise en application provisoire des traités...* *op. cit.*, 2005, p. 158. L'auteure déduit logiquement de ce constat l'existence d'un régime des accords d'application provisoire distinct du régime conventionnel, voir *Ibid.*, pp. 290-320 pour l'exposé de ce régime.

<sup>977</sup> L'interprétation est en effet une étape décisive et une technique préalable à toute application du droit international. Dans le cadre du traité, cette interprétation est supposée facilitée par l'existence d'un écrit et l'avantage du traité en tant que technique d'application du droit international ressort largement de cette situation. Voir notamment Denis ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *RCADI*, vol. 362, 2012, pp. 41-394 ; Pierre-Marie

**304.** Ainsi, une partie de l'application des traités ne s'appuie pas sur les obligations conventionnelles qui en découlent mais se fonde sur les propriétés de ce support normatif. L'exécution des obligations conventionnelle est alors dépendante du contenu de la règle *pacta sunt servanda* qui gouverne les effets juridiques du traité. Attachée au support normatif et non aux obligations en elles-mêmes<sup>978</sup>, cette règle a notamment pour conséquence d'établir le principe de l'effet relatif des conventions ainsi que l'exigence d'une exécution de bonne foi des obligations conventionnelles. La première conséquence se retrouve dans le principe de relativité des traités rappelé à l'article 34 de la Convention de Vienne<sup>979</sup>. Reprenant la maxime *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, ce principe traduit bien les effets du support normatif à l'égard des obligations qui s'y trouve. Il implique l'impossibilité pour les parties à un traité de créer des obligations en faveur des tiers et pour les tiers l'impossibilité de se prévaloir des droits créés par un traité si celui-ci ne l'a pas expressément prévu. La technique de l'accord collatéral prévu par les articles 35 à 37 de la convention revient à un élargissement du cercle des parties et ne rompt donc pas avec le principe de l'effet relatif imposé par la nature conventionnelle du support normatif. Ces articles viennent codifier des règles coutumières posant le principe général de l'impossibilité d'une extension aux tiers des effets d'un traité sans leur consentement tout en distinguant l'extension des droits et celles des obligations. L'extension des obligations suppose un consentement exprès<sup>980</sup> tandis que celle des droits peut être implicite<sup>981</sup>, la

---

DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2018, pp. 347-358 ; Serge SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974, 449 p.

<sup>978</sup> Voir *Supra* 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 1, Section 1, 1. b.

<sup>979</sup> « Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement ».

<sup>980</sup> Voir l'article 35 de la Convention de Vienne de 1969 : « Une obligation naît pour un Etat tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent créer l'obligation au moyen de cette disposition et si l'Etat tiers accepte expressément par écrit cette obligation » ; voir également CPA, Sentence arbitrale du 4 avril 1928, *Affaire de l'île de Palmas*, RSA, II, p. 850 ; CPJI, arrêt du 10 septembre 1929, *Affaire de la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, Série A 1929, pp. 20-22 ; CPJI, arrêt du 7 juin 1932, *Affaire des zones franches de Haute-Savoie et du pays de Gex*, Série A/B 1932, pp. 141-143.

<sup>981</sup> Voir l'article 36 de la Convention de Vienne de 1969 : « 1. Un droit naît pour un Etat tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent, par cette disposition, conférer ce droit soit à l'Etat tiers ou à un groupe d'Etats auquel il appartient, soit à tous les Etats, et si l'Etat

modification ou la révocation des droits et obligations étendus aux États tiers nécessitant forcément un consentement exprès<sup>982</sup>.

**305.** Le caractère conventionnel des obligations internationales n'est donc pas sans incidence non seulement parce que celui-ci influence l'application du traité mais également parce qu'il détermine l'opposabilité du lien de droit impliqué par la notion même d'obligations. Parce que « les obligations internationales de chaque Etat sont fonction de son propre engagement »<sup>983</sup>, les obligations conventionnelles facilitent cette identification des obligations internationales opposables à un Etat. Cette question des destinataires des obligations internationales fait réapparaître la distinction entre obligations coutumières et obligations conventionnelles. Elle traduit l'indépendance limitée des obligations internationales à l'égard de leur support normatif et l'absence de véritables exceptions au principe de l'effet relatif des traités. La technique de la clause de la nation la plus favorisée ne permet de faire bénéficier un tiers de certaines dispositions conventionnelles que dans la mesure où ce tiers est partie à un traité préalable prévoyant ce bénéfice<sup>984</sup>. De la même manière, la question de la succession des traités ne peut être analysée comme une situation d'exception à l'effet relatif des traités à travers la consécration d'une situation objective. La codification de la question opérée par la Convention de Vienne de 1978 confirme le principe de table rase selon lequel l'État successeur n'est pas lié par les obligations conventionnelles de l'État prédécesseur. Si les traités territoriaux échappent à ce principe, ce n'est pas tant parce qu'il s'agirait d'une exception au principe de l'effet relatif des traités qu'en raison du principe de souveraineté territoriale emportant certaines règles

---

tiers y consent. Le consentement est présumé tant qu'il n'y a pas d'indication contraire, à moins que le traité n'en dispose autrement.

2. Un Etat qui exerce un droit en application du paragraphe 1 est tenu de respecter, pour l'exercice de ce droit, les conditions prévues dans le traité ou établies conformément à ses dispositions. »

<sup>982</sup> Voir article 37 de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>983</sup> Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 47.

<sup>984</sup> « La clause de la Nation la plus favorisée, insérée dans le premier traité, assure l'extension automatique aux parties à ce traité de base des dispositions plus avantageuses contenues dans le second. [...] Le premier traité est implicitement modifié dans sa substance, en vertu de ses propres dispositions », *Ibid.*, p. 158.

particulières<sup>985</sup>. Par ailleurs, la Cour internationale de justice a rappelé l'absence d'une règle coutumière de succession automatique des traités relatifs à la protection des droits de l'homme<sup>986</sup>.

**306.** L'origine conventionnelle de l'obligation permet d'en identifier les destinataires sans pour autant que l'on puisse établir de rapport systématique entre les destinataires de ces obligations et la qualité de parties. Seuls les Etats ne peuvent se voir opposer d'obligation conventionnelle à laquelle ils n'auraient pas consenti comme le démontre l'insertion de l'hypothèse de la stipulation pour autrui dans le droit des traités, codifiée à l'article 36 de la Convention de Vienne<sup>987</sup>. Cette technique permet de faire bénéficier une tierce partie d'un droit mais pas de lui opposer des obligations sans son consentement. En effet, ce sont les seuls sujets internationaux qui disposent d'une capacité conventionnelle de principe leur permettant de participer nécessairement à la formation des obligations qui leur seront opposables<sup>988</sup>. Elle ne concerne pas tant le traité et donc son effet relatif, que les obligations qu'il comporte, en permettant d'étendre les bénéficiaires des droits, contrepartie des obligations, au-delà du cercle des parties. Surtout, l'assimilation avec le mécanisme de la stipulation pour autrui du droit interne paraît quelque peu excessive en raison de l'exigence d'un consentement même tacite de l'État tiers<sup>989</sup>. Cette situation démontre une nouvelle fois les difficultés de

---

<sup>985</sup> Voir *Infra* 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 2, Section 2, 1. b.

<sup>986</sup> Voir par exemple CIJ, arrêt sur les exceptions préliminaires du 18 novembre 2008, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, § 101.

<sup>987</sup> Voir également l'article 37 § 2 de la Convention de Vienne de 1969 : «Au cas où un droit est né pour un Etat tiers conformément à l'article 36, ce droit ne peut pas être révoqué ou modifié par les parties s'il est établi qu'il était destiné à ne pas être révocable ou modifiable sans le consentement de l'Etat tiers ».

<sup>988</sup> « L'article 36 ne concerne pas les situations dans lesquelles un traité confère aux particuliers, personnes physiques ou morales, des droits dont ils peuvent directement se prévaloir dans les ordres juridiques des États parties », Pierre D'ARGENT, « Article 36 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 1467.

<sup>989</sup> « [L]a stipulation pour autrui produit ses effets dès l'entrée en vigueur du traité la prévoyant, même s'il reste par la suite loisible à son destinataire de l'accepter ou de la refuser. L'accord collatéral, quant à lui, n'est au contraire constitué qu'après la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté du tiers d'être lié », Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 331. Les travaux préparatoires reflètent l'opposition entre les tenants de l'accord collatéral et ceux de la stipulation pour autrui que les rédacteurs de la Convention n'ont pas réellement tranché en retenant une formulation neutre, voir en ce sens Pierre D'ARGENT, « Article 36 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 1477-1483.

transposition des techniques contractuelles du droit interne en droit international ainsi que la force du principe de l'effet relatif des traités qui pèse sur l'exécution des obligations conventionnelles.

**307.** Les articles 28 et 29 de la Convention de Vienne rappellent que l'étendue de l'opposabilité des obligations conventionnelles est déterminée par le traité<sup>990</sup>. Les effets sur les tiers que peuvent avoir les traités ne concernent ainsi que les éventuelles droits dont ils pourraient bénéficier. Les traités de délimitation des frontières ne constituent pas une véritable exception à ce principe. La jurisprudence internationale a ainsi eu l'occasion de confirmer récemment la non-opposabilité au tiers des traités de délimitation de frontières en s'appuyant justement sur le principe de l'effet relatif des traités<sup>991</sup>. L'absence de contestation des États tiers à ces traités ne découlent pas réellement d'une consécration du caractère objectif des obligations qu'ils contiendraient. Cela s'explique avant tout par la reconnaissance de la compétence exclusive dont disposent les États concernés pour délimiter les frontières de leurs territoires respectifs<sup>992</sup>.

**308.** L'hypothèse des obligations *erga omnes* dans un cadre conventionnel pousse à reconnaître une autorité juridique particulière de ces obligations qui dépasserait l'étendue du lien conventionnel. Pourtant, la reconnaissance de ces effets n'est pas véritablement affirmée par la jurisprudence internationale, démontrant ainsi la difficulté, en matière d'exécution des obligations conventionnelles, de sortir du cadre du traité. Cela conduit à relativiser la signification particulière de ces obligations dont l'étude de la jurisprudence

---

<sup>990</sup> Article 28 (*Non-rétroactivité des traités*) : « A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date. » et Article 29 (*Application territoriale des traités*) : « A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire ».

<sup>991</sup> Voir notamment CIJ, arrêt du 4 mai 2001, *Requête relative à l'intervention du Honduras dans l'affaire du différend territorial et maritime*, § 72 ; CIJ, arrêt du 19 novembre 2012, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, § 227.

<sup>992</sup> Voir notamment Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2018, pp. 344-346, spéc. : « on constate que les exceptions au principe de l'effet relatif des traités sont presque introuvables, si l'on examine le contexte d'ensemble dans lequel apparaissent les situations généralement invoquées à ce titre », p. 346.

internationale révèle la difficile concrétisation dans le cadre conventionnel. En effet, le développement de ces obligations a pu être perçu comme particulièrement menaçant pour le principe de l'effet relatif des traités et la réciprocité conventionnelle en favorisant l'invocation d'obligations apparues dans un contexte conventionnel au titre d'obligations coutumières<sup>993</sup>. Ces obligations articuleraient le rapport entre droit et obligations non plus dans le cadre conventionnel mais de façon universelle<sup>994</sup>. L'affaire de la *Barcelona Traction* démontre toute la difficulté de cette pleine consécration. Elle semble reconnaître, dans un premier temps, un droit élargi d'agir en justice contre l'État méconnaissant une telle obligation. Toutefois, elle semble nuancer aussitôt ce progrès à travers un double rappel de l'importance du consentement des États pour l'apparition de nouvelles règles et de la reconnaissance du cadre conventionnel pour la protection des victimes de violations des droits de l'homme indépendamment de leur nationalité<sup>995</sup>. Cette difficulté de sortir du lien conventionnel dans le cadre de l'exécution contentieuse des obligations *erga omnes* s'est maintenue depuis. On peut l'observer récemment dans l'affaire concernant les *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire* initiée par les Îles Marshall contre le Royaume-Uni, l'Inde et le Pakistan en 2014 devant la CIJ. Les arrêts du 5 octobre 2016 sur les exceptions préliminaires concluent à l'absence d'un différend entre les parties dans le cadre du TNP. L'analyse de la Cour démontre toute la difficulté de sortir du cadre de la réciprocité conventionnelle dans l'exécution des obligations conventionnelles<sup>996</sup>. Cela s'observe en effet dans la constatation de l'existence d'un différend qui dans un cadre conventionnel ne peut réellement

---

<sup>993</sup> Voir Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2018, pp. 417-419.

<sup>994</sup> « Le développement de ce qu'on appelle couramment les obligations *erga omnes* reflète une évolution vers une universalisation des titulaires de droits, tandis que le développement de ce qu'on pourrait appeler par parallélisme les obligations *omnium* illustre une évolution vers une universalisation des titulaires d'obligations », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... op. cit. », 1992, p. 283.

<sup>995</sup> Voir CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Affaire de la Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, CIJ Rec. 1970, p. 147, § 89.

<sup>996</sup> Voir CIJ, arrêt du 5 octobre 2016 (exceptions préliminaires), *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)*, CIJ Rec. 2016, pp. 855-856.

s'apprécier que par l'intermédiaire de comportements bilatéraux<sup>997</sup>. La réciprocité du lien conventionnel reste essentielle sur le plan de l'exécution des obligations conventionnelles. Elle va en effet imposer un bilatéralisme consubstantiel à l'application du droit international. Cela s'observe particulièrement dans les cas de non-exécution des obligations internationales. La structure du droit international conduit à faire de l'Etat l'agent chargé de veiller à la bonne exécution des obligations des autres Etats dès lors et seulement si l'Etat a un intérêt à agir contre l'Etat ne respectant pas ses obligations internationales<sup>998</sup>. La réciprocité du droit international est ainsi un élément décisif de la création mais également de l'application du droit international. On voit combien la notion d'obligation *erga omnes* peut constituer un profond bouleversement du système juridique international et pourquoi la jurisprudence et la pratique internationale restent réticentes à en consacrer toutes les potentialités, notamment du point de vue de l'action judiciaire internationale<sup>999</sup>.

**309.** La reconnaissance des effets des obligations *erga omnes* a d'ailleurs connu des difficultés similaires dans le cadre de la responsabilité internationale. En effet, de telles obligations emporteraient comme conséquence de s'écarter d'une conception classique de la responsabilité internationale fondée sur la réparation d'un dommage subi par l'État lésé et n'engageant l'État responsable qu'à l'égard de celui-ci à une conception plus étendue dans laquelle l'État responsable de la violation d'une obligation *erga omnes* se retrouverait engagé à l'égard de tous<sup>1000</sup>. Ici encore la consécration de cette conception en droit positif n'apparaît pas simple et

---

<sup>997</sup> Voir Nicolas HAUPAIS, « Note sur CIJ, arrêts du 5 octobre 2016 (exceptions préliminaires), *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Pakistan, Îles Marshall c. Inde, Îles Marshall c. Royaume-Uni)* », RGDIP, vol. 121, 2017/1, pp. 62-66.

<sup>998</sup> « [I]l lui [l'Etat réagissant à une violation du droit international] faudra toujours démontrer, d'une part, que le comportement reproché à l'autre Etat constituait la violation d'une règle de droit international en vigueur entre les deux Etats en cause et, d'autre part, que cette violation a porté atteinte aux droits résultants, pour l'Etat intervenant, de la règle prétendument violée. [...] Ainsi, au stade de l'application du droit international, ce sont les relations bilatérales qui sont déterminantes (même s'il s'agit de l'application d'une règle de droit international général, ou d'un traité multilatéral) », Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... *op. cit.*, 1983, pp. 211-212.

<sup>999</sup> Voir notamment CIJ, arrêt du 18 juillet 1966, *Affaire du Sud-Ouest africain*, CIJ Rec. 1966, p. 6

<sup>1000</sup> Voir notamment Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 525-526.



la pratique tend à réduire la portée d'une telle conception<sup>1001</sup>. De façon similaire, la place de la responsabilité est questionnée par le développement des obligations internationales dont les personnes privées sont destinataires. Cela pose la question de la responsabilité internationale des individus, conséquence a priori automatique de la reconnaissance de leur qualité de destinataires d'obligations internationales. Cette responsabilité internationale des individus, bien qu'en accroissement, reste quasi-inexistante et traduit le fait que le droit international, s'il permet de faire des personnes privées des titulaires de droits internationalement reconnus, n'envisage que difficilement de les soumettre directement à des obligations internationales. Autrement dit y-a-t-il des faits juridiques internationaux des individus ? Le cas de la responsabilité pénale internationale des individus est désormais classique depuis l'Accord de Londres du 8 août 1945 établissant le statut du Tribunal de Nuremberg et permet de faire peser des obligations internationales, non seulement sur les Etats liés par un tel traité, mais aussi sur des sujets de droit interne dont la violation peut être constitutive de crimes internationalement reconnus et réprimés. Sur le plan de la responsabilité civile, ces développements sont plus heurtés et traduisent la difficile appréhension par le droit international de la situation des personnes privées. Cependant, si elle est généralement seulement engagée sur le plan interne, quelques cas dérogatoires sont apparus. C'est notamment le cas en droit international de l'environnement. Par exemple, la convention de Bruxelles du 29 novembre 1961 rend internationalement responsables les propriétaires de navires pour les dommages découlant d'une fuite ou d'un rejet d'hydrocarbures. Le droit international des investissements connaît un mouvement similaire, plusieurs traités bilatéraux d'investissements mettant désormais à la charge des investisseurs des obligations internationales<sup>1002</sup>.

---

<sup>1001</sup> Voir notamment les précisions sur la définition de l'État lésé dans le cadre du Projet d'articles sur la responsabilité internationale des États aux articles 42 à 48 ainsi que CIJ, arrêt du 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation d'extrader ou de poursuivre (Belgique c. Sénégal)*, CIJ Rec. 2012, p. 422, § 64-70.

<sup>1002</sup> Voir notamment Patrick JACOB, Franck LATY et Arnaud de NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général (2016) », *AFDI*, vol. 62, 2016, pp. 621-627 et pp. 632-636.

310. L'exigence d'une exécution de bonne foi du traité souligne également les limites liées à la confusion du traité et des obligations qu'il contient<sup>1003</sup>. Le caractère obligatoire de l'exécution du traité découle de l'impératif d'exécution de ses obligations. *Pacta sunt servanda* porterait donc sur l'exécution des obligations en premier lieu et ne ferait sentir ses effets sur l'instrument que dans cette mesure. Cependant, une telle conception conduirait à écarter le caractère obligatoire des dispositions du traité relatives à son statut de support normatif dès lors qu'elles ne seraient plus nécessaires à l'exécution des obligations conventionnelles. Il paraît plus conforme de souligner que *pacta sunt servanda* implique le caractère obligatoire du traité dans sa dimension de support normatif et déclenche une obligation d'exécution de bonne foi des obligations conventionnelles<sup>1004</sup>. Ainsi en est-il de la question de l'introduction dans l'ordre juridique interne des obligations conventionnelles dès lors que cette introduction est nécessaire à la bonne exécution du traité. On peut y voir un effet du principe *pacta sunt servanda* imposant l'exécution de bonne foi des obligations conventionnelles<sup>1005</sup>. Cependant, cette

---

<sup>1003</sup> « L'analyse du principe de bonne foi ou de la règle *Pacta sunt servanda* en termes de réciprocité matérielle aboutit à des approximations préjudiciables à l'analyse de l'obligation conventionnelle. Pour un traité matériellement réciproque – traité de type réciproque, traité de type interdépendant – la partie est déterminée à exécuter ses obligations tant par la bonne foi que par son intérêt. Mais la règle *Pacta sunt servanda* fonde le caractère obligatoire des traités de type réciproque [...] comme des traités de type intégral, or pour cette dernière catégorie de traités (matériellement non réciproques et formellement réciproques), la bonne foi se manifeste de la façon la plus pure car elle détermine à elle seule l'exécution de l'obligation intégrale, indépendante de l'exécution de son obligation par l'autre partie et étrangère à la réciprocité », Frédérique COULEE, *Droit des traités et non-réciprocité : Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public...* op. cit., 12 mai 1999, p. 145.

<sup>1004</sup> « C'est un commandement d'exécuter l'obligation résultant du *pactum*. On peut se demander [...] si on a en vue l'instrument (*l'instrumentum*) ou bien les obligations qu'il contient (le *negotium*). Sir Gerald Fitzmaurice, dans son quatrième rapport à la CDI, exprimait cette obligation comme suit : « 1. Un traité étant un instrument qui contient des engagements obligatoires et crée des droits acquis, les parties sont juridiquement tenues de l'exécuter ». Une telle formulation s'attachait donc plus au *negotium* qu'à l'*instrumentum*. En d'autres termes, s'il y a obligation d'exécuter le *pactum* c'est parce qu'il contient des engagements obligatoires (des obligations ou des droits). A notre sens, il convient de dépasser la dichotomie *negotium/instrumentum*, ou, pour reprendre la distinction de Paul Reuter, entre « acte » et « norme ». Aussi bien l'un que l'autre aspect doivent faire l'objet de respect. Les parties doivent exécuter aussi bien les obligations découlant pour eux des dispositions qui se rapportent au mécanisme de l'acte juridique que constitue le traité que des normes de fond que celui-ci contient », Jean SALMON, « Article 26 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités...* op. cit., 2006, p. 1104.

<sup>1005</sup> Voir en ce sens Nguyen QUOC DIN, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public...* op.cit., 2009, pp. 251-254.

obligation d'exécution découle plus profondément de la qualité même de support normatif, une obligation coutumière connaît ainsi la même obligation de transposition dans l'ordre interne si cela est nécessaire à son exécution. Par ailleurs, la conséquence d'une non-exécution d'une telle obligation dans le cadre de l'application d'un traité amènera l'engagement de la responsabilité de l'Etat tout comme dans le cas de la non-exécution d'une obligation coutumière et ne situera alors pas dans le traité lui-même. *Pacta sunt servanda* ne fait ainsi pas tant ressentir ses effets sur l'exécution des obligations conventionnelles que sur le lien établi par le traité comme instrument entre ses parties. Ce principe s'attache au traité en tant qu'instrument mais non aux obligations conventionnelles. Cela souligne à nouveau la nécessité de distinguer le traité en tant qu'instrument du droit international liant les parties du fait de ses effets juridiques des obligations conventionnelles qui vont peser sur elles. En effet, au-delà de cette obligation de transposition dans l'ordre interne, l'obligation d'une application de bonne foi du traité qui inclut également l'obligation pour les autorités d'un État d'adopter les mesures d'exécution nécessaires ainsi que pour les tribunaux nationaux d'appliquer les traités aux litiges dont ils sont saisis, découle directement du statut de support normatif du traité. Le principe *pacta sunt servanda* également impliqué par ce statut ne fonde pas non plus nécessairement de telles obligations puisqu'on les retrouve dans le cadre de l'application des obligations coutumières. Parce que *pacta sunt servanda* est spécifique au traité, les conséquences inhérentes à son statut de support normatif ne peuvent en découler. On les retrouve donc dans le cadre du droit coutumier du fait que la coutume, en tant que support normatif également, peut emporter les mêmes obligations.

**311.** Comme support normatif, le traité possède une importante latitude pour déterminer la puissance juridique des obligations qu'il contient. Un traité institue ainsi un cadre spécifique amenant la formation d'un régime juridique particulier en une matière déterminée comme le montre l'exemple des traités constitutifs d'une organisation internationale<sup>1006</sup>. Le traité se présente alors comme un cadre

---

<sup>1006</sup> « [C]ertains traités qui enserrent l'action des parties dans un ensemble coordonné et permanent d'obligations et qui comportent des mécanismes normatifs voire opérationnels. [...] Ils [les régimes juridiques] reposent sur la rencontre de divers instruments appliqués de façon cohérente à un même domaine, un réseau d'obligations d'origine différente mais convergentes, voire une

particulier, dérogeant au droit international général pour certaines obligations. Il détermine un régime juridique particulier pour les obligations qu'il contient tout en impliquant l'exécution de certaines obligations spécifiques à sa nature conventionnelle. La détermination de l'exécution des obligations conventionnelles par le traité se fonde sur la définition, par celui-ci, de leur autorité juridique les unes par rapport aux autres. La flexibilité du cadre conventionnel permet d'organiser une puissance juridique différente des obligations qu'il contient<sup>1007</sup>. On voit ainsi qu'un traité contient des règles relatives à sa qualité d'instrument, distinctes des obligations internationales qu'il crée en tant que support normatif. Cela se manifeste dans la possibilité de distinguer au sein des clauses d'un traité d'une part des clauses fonctionnelles et des clauses de fond<sup>1008</sup>. Les premières renvoient au statut de support normatif et l'organise. Ce sont les clauses relatives à l'entrée en vigueur, la terminaison ou encore les éventuelles réserves. Elles portent avant tout sur l'opposabilité du traité à l'égard de ses parties et en organisent le fonctionnement<sup>1009</sup>. Les secondes sont relatives aux normes que le traité véhicule et qui vont se manifester dans les obligations conventionnelles. Celles-ci portent alors sur l'objet du traité. Ainsi, les diverses dispositions d'un traité ne conduisent pas nécessairement à la formation d'obligations<sup>1010</sup>. Se pose alors la question de la

---

certaine gestion commune de ce domaine. [...] Le régime juridique situe chaque traité dans un contexte plus large par rapport auquel son autorité comme son contenu s'apprécient, de telle sorte qu'il peut difficilement être envisagé séparément », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 151-152.

<sup>1007</sup> « [Q]uant aux effets variables des différentes stipulations d'un même traité, on en prendra quelques exemples : les clauses finales [...] s'imposent normalement à l'ensemble des parties. Elles concernent le traité comme instrument juridique. Les stipulations qui concernent le fond des engagements sont de nature diverse. Il s'agit de façon générale d'obligations de comportement », *Ibid.*, 2016, p. 152.

<sup>1008</sup> Voir notamment Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international... op. cit.*, 2004, pp. 393-418.

<sup>1009</sup> F. Poirat identifie deux catégories principales de clauses fonctionnelles : « certains énoncés concernent la vie du traité, sont relatifs à son régime une fois l'acte conclu, et entré en vigueur. En revanche d'autres dispositions concernent, la naissance de l'acte, sa conclusion. [...] En premier lieu, les clauses fonctionnelles peuvent avoir pour objet le régime de l'acte juridique. Ce sont alors les énoncés qui réglementent la mécanique conventionnelle une fois celle-ci lancée. [...] Mais les clauses finales ne se réduisent pas à ce schéma. [...] se trouvent les conditions relatives à la naissance de l'acte, à sa confection, autrement dit à son avènement à la juridicité », *Ibid.*, p. 403.

<sup>1010</sup> « Même lorsque les obligations énoncées par le traité sont toutes intégrales, il n'est jamais constitué exclusivement d'obligations et comporte nécessairement des dispositions non substantielles, qui s'attachent à la technique conventionnelle et ne peuvent s'analyser en terme

divisibilité du traité. Le sujet est particulièrement ressorti des travaux de Sir G. Fitzmaurice dans le cadre de ses rapports relatifs au droit des traités à la Commission du droit international et notamment au regard de sa distinction des obligations. Dans quelle mesure la violation ou la non-exécution de certaines dispositions du traité va-t-elle entraîner celle de l'ensemble du traité et selon quels critères ?<sup>1011</sup>

## ***2. L'existence du traité international comme condition d'exécution des obligations conventionnelles***

**312.** L'exécution des obligations conventionnelles est ainsi essentielle pour l'application du traité et même au-delà pour son existence même puisque les effets juridiques du traité sont un élément de sa définition. Les rapports entre obligations conventionnelles et traité international conduisent à mettre en avant le rôle du traité dans l'application du droit international. Le traité se présente donc comme un support normatif tout à fait particulier dont les effets juridiques participent à son existence même. Loin de conclure pour autant à une divisibilité du traité entre dispositions relatives à son statut et dispositions relatives aux obligations conventionnelles comme d'établir une dualité intrinsèque, cette particularité oblige à souligner certaines limites au développement trop poussé de son régime. Plus particulièrement, ces incertitudes s'observent dans les conséquences de la modification et de la terminaison du lien conventionnel. Tout d'abord, cela confirme que l'exécution des obligations conventionnelles est dépendante de l'opposabilité du lien conventionnel (a). Ensuite, la distinction entre obligations conventionnelles et support normatif conduit à constater à nouveau la quasi-impossibilité d'une validité matérielle du traité (b).

### ***a. Les effets de la suspension et de l'extinction du lien conventionnel sur les obligations***

---

d'obligations à la charge des États parties », Frédérique COULEE, *Droit des traités et non-réciprocité : Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public... op. cit.*, 1999, p. 164.

<sup>1011</sup> Voir *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 2, Section 2.

**313.** Parce que les traités permettent de créer des obligations dont l'exécution s'étale dans le temps, ils gardent celles-ci dans leur dépendance. La reconnaissance très encadrée des possibilités de modifier le lien conventionnel s'explique par la volonté de garantir la sécurité juridique des obligations conventionnelles. Le traité n'est donc pas le cadre d'un régime juridique secondaire des obligations internationales. Leur existence est au contraire déterminée par un lien conventionnel. La complexité de la modification des traités multilatéraux confirme l'influence du lien conventionnel sur l'exécution des obligations conventionnelles. Au-delà, la tension traverse l'ensemble de la question de la modification des traités au cours de leur application, notamment à travers l'hypothèse du changement fondamental de circonstance. Cependant, les seules hypothèses des conséquences de la suspension et de la terminaison du lien conventionnel pour l'opposabilité et l'exécution des obligations conventionnelles démontrent toute l'importance de l'origine conventionnelle de ces obligations.

**314.** Les situations de retrait et de suspension des accords internationaux illustrent particulièrement bien l'exigence d'un lien conventionnel existant pour entraîner l'exécution des obligations conventionnelles<sup>1012</sup>. Dans le même temps, les conséquences de la terminaison du traité hors des situations de nullité viennent confirmer cette importance<sup>1013</sup>. Plus particulièrement, les conséquences de la suspension comme du retrait sont le reflet des rapports complexes qui existent entre obligations et support normatif. L'exécution de bonne foi des obligations conventionnelles découle du principe *pacta sunt servanda* et suppose donc l'existence d'un lien conventionnel valide. A priori, le retrait ou la suspension d'un traité amène la partie concernée à suspendre l'exécution de ses obligations conventionnelles. Toutefois, le lien entre bonne foi et *pacta sunt servanda* oblige à nuancer cette position de principe. Par exemple, le retrait peut ne pas s'accompagner d'une non-exécution des obligations conventionnelles dès lors que cette non-exécution, et partant, le retrait, pourraient être assimilés à une violation

---

<sup>1012</sup> Art 56 à 58 CV 69

<sup>1013</sup> Art 70 et 72 CV 69

de l'exigence de bonne foi et donc du *principe pacta sunt servanda*<sup>1014</sup>. Les effets de la suspension sur l'exécution des obligations conventionnelles connaissent les mêmes incertitudes pratiques. Parce que le mécanisme de la suspension a pour objectif la reprise du traité dans l'avenir, ces effets se caractérisent par leur possible « modulation »<sup>1015</sup>. Le principe de l'indivisibilité du traité fait l'objet de nombreuses exceptions comme le rappelle l'article 44 de la Convention de Vienne. Ces exceptions concernent notamment deux situations qui reflètent tout à fait la complexité des rapports entre la validité du lien conventionnel et l'exécution des obligations conventionnelles. Confirmant le consensualisme à l'œuvre en matière de droit des traités, la première exception suppose que le traité concerné reconnaisse lui-même sa divisibilité en cas de suspension, de retrait ou de dénonciation. La seconde exception consacrée par l'article 44 de la Convention de Vienne pointe deux éléments particulièrement intéressants<sup>1016</sup>. D'une part, la divisibilité du traité peut être obligatoire, facultative ou interdite. D'autre part, les causes de nullité, de retrait, de suspension ou d'extinction qui permettent une divisibilité du traité, obligatoire ou facultative, ne sont pas fixées par le traité mais sont celles établies par la convention de Vienne elle-même<sup>1017</sup>. Cette situation vient souligner combien le droit des obligations internationales appartient en partie au droit des traités et confirme la difficulté à appréhender *in abstracto* la question des effets juridiques du traités. Ces derniers supposent une analyse au cas par cas y compris dans la détermination du régime juridique applicable aux obligations conventionnelles

---

<sup>1014</sup> « Dans les cas où l'une des parties a déjà bénéficié des dispositions exécutées, il serait particulièrement inadmissible d'autoriser cette partie à mettre fin à des obligations qu'elle a acceptées en vertu du traité et qui constituent la contrepartie des dispositions que l'autre a déjà exécutées », CIJ, arrêt, *Compétences en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Irlande)*, *Rec. CIJ 1973*, p. 18.

<sup>1015</sup> Voir tout particulièrement à ce sujet Nathalie CLARENC, *La suspension des engagements internationaux...* *op. cit.*, 2015, pp. 437-487. L'auteure rappelle notamment que la suspension peut ne concerner qu'une partie du traité dès lors que la divisibilité de celui-ci est possible ou dans certains cas plus que le traité suspendu, si celui-ci renvoie à d'autres traités.

<sup>1016</sup> Voir article 44 §2 de la Convention de Vienne de 1969 : « Une cause de nullité ou d'extinction d'un traité, de retrait d'une des parties ou de suspension de l'application du traité reconnue aux termes de la présente Convention ne peut être invoquée qu'à l'égard de l'ensemble du traité, sauf dans les conditions prévues aux paragraphes suivants ou à l'article 60 ».

<sup>1017</sup> Voir notamment Mohammed BEDJAOUÏ et Tamara LEIDGENS, « Article 44 » in Pierre KLEIN et Olivier CORTEN (dir.), *Les Conventions de Vienne...* *op. cit.*, 2006, pp. 1654-1662.



**315.** Plus largement, la dépendance des obligations conventionnelles à l'égard de l'opposabilité du support normatif s'observe dans toutes les situations de suspension et d'extinction du lien conventionnel. Dès lors que le lien conventionnel n'est plus, l'exécution des obligations conventionnelles n'a plus aucun fondement obligatoire<sup>1018</sup>. Si le support normatif se distingue de l'obligation, les rapports entre droit des obligations et droit des traités déterminent l'application du traité. La présence de ses deux régimes reflète également l'ambiguïté de leurs rapports. La suspension et surtout l'extinction du traité n'a pas pour effet la fin des obligations conventionnelles comme le rappelle l'article 70 de la Convention de Vienne<sup>1019</sup> mais simplement la fin de leur exécution. Il est particulièrement intéressant d'observer la diversité des causes de suspension ou d'extinction des traités et la similarité de leurs conséquences pour les obligations conventionnelles. Ces suspensions et extinctions peuvent être aussi bien le fait de la volonté initiale ou postérieure des parties que des circonstances indépendantes de leur volonté. Si les effets s'agissant de l'extinction ou non du support normatif diffèrent selon la situation, les conséquences pour l'exécution des obligations conventionnelles sont identiques, elles entraînent leur suspension.

### ***b. Violation et validité du traité international***

**316.** Comme viennent le rappeler les articles 43 et 44 de la Convention de Vienne, l'exécution des obligations conventionnelles est déterminée par l'existence d'un lien conventionnel valide. Cette exigence d'un lien conventionnel valide comme préalable à l'exécution des obligations conventionnelles pose la question de l'existence d'un second ensemble de validité du traité international après celui lié à

---

<sup>1018</sup> « Les obligations conventionnelles sont avant tout des obligations de droit international. Leur violation entraîne la mise en œuvre de la responsabilité de leur auteur [...]. Toutefois, le problème ne peut être réduit au seul droit de la responsabilité internationale des Etats [...] il existe des causes de non-exécution propres au système conventionnel. En effet, tout fait qui justifie la caducité ou la suspension du traité fonde du même coup sa non exécution », Nguyen QUOC DIN, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public... op.cit.*, 2009, p. 245.

<sup>1019</sup> Voir article 70 §1. b. de la Convention de Vienne : l'extinction d'un traité « ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des Parties, créées par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin ».

la validité des actes d'engagement conventionnels<sup>1020</sup>. Cette seconde dimension de la validité du traité ressort non plus de ses conditions de formation mais de ses conditions d'application, elle porte sur le traité en tant qu'instrument et non sur le traité en tant que collection d'actes unilatéraux. La validité du traité s'apprécie alors sur deux plans : celui de son objet et celui de l'exécution des obligations conventionnelles. D'une part, la validité formelle du traité est donc dédoublée ; elle concerne tant la validité des actes d'engagements conventionnels que la validité de l'instrument conventionnel au stade de son application. La validité matérielle ne s'apprécie de son côté que dans l'objet du traité ce qui suppose l'existence de l'instrument conventionnel. Cette présentation articulée autour de la distinction formelle et matérielle reste pourtant peu satisfaisante. Elle ne permet pas une réelle appréhension des conséquences de la non validité du traité et laisse perdurer des incertitudes s'agissant de la possibilité même d'une validité matérielle du traité. Ainsi, au-delà des cas de nullité du traité en raison de la nullité des actes juridiques le composant, la validité du traité en tant qu'instrument ne découle que de sa violation. D'un côté, ces motifs de nullité reflètent le lien entre obligations et support normatif ; de l'autre, les conséquences de cette nullité s'articulent autour de la distinction entre obligations et support normatif.

**317.** Cette dimension de la validité des traités n'est pas sans rappeler l'appréhension de la question dans le cadre du droit romain. En effet, la question de la nullité du contrat en droit romain est placée uniquement du point de vue de la procédure. Elle ne se fonde pas sur les intérêts à protéger mais sur la source du droit invoqué. En effet, le droit romain distingue d'une part les moyens opérant de plein droit, *ipso jure*, qui peuvent être soulevées directement devant le juge et d'autre part, les moyens spéciaux qui sont demandés devant le préteur, nullités opérant *officio praetoris*. Les nullités opérant de plein droit tendent à être des nullités absolues, y compris lorsqu'elles concernent l'erreur comme vice du consentement même si le droit romain connaît certaines nullités relatives, comme dans le cas de certaines incapacités. Les nullités fondées sur des moyens spéciaux se rapprochent

---

<sup>1020</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, 2. b.

fortement des nullités relatives et s'appuient sur une grande partie des incapacités ainsi que sur les autres vices du consentement<sup>1021</sup>.

**318.** La distinction entre support normatif et obligations conduit finalement à ne voir comme cas de violation des traités que les atteintes à la qualité de support normatif et à les distinguer des situations de non-exécution du traité découlant de la violation des obligations conventionnelles<sup>1022</sup>. On peut alors y rattacher les conditions de validité formelle de l'instrument identifiées précédemment qui entraîne une nullité absolue, au moins à l'égard de la partie concernée<sup>1023</sup>. Un deuxième ensemble des cas de nullité du support normatif découle de la question des conditions de validité matérielle ou substantielle du support normatif. Comme l'illustre la question du *jus cogens*, une partie de cet ensemble reste difficile à appréhender dans la mesure où la validité matérielle du traité apparaît comme particulièrement floue au regard des effets juridiques du traité. En l'absence de hiérarchie des normes, la validité substantielle des traités ne peut être véritablement soumise à une conditionnalité préalable. Elle se limite en quelque sorte au respect des règles du droit des traités. En raison de la nature composite de celui-ci<sup>1024</sup>, les effets relatifs ou absolus de la nullité dépendront de l'origine de la règle violée. La question de la validité matérielle est en fait souvent confondue avec celle de la validité des obligations conventionnelles. Dans ce cas, elle est conditionnée par l'exécution de ces obligations dans le sens où une éventuelle non-exécution de celles-ci peut avoir un impact sur la validité matérielle du traité. On peut tirer deux conséquences de ce constat. D'une part, s'agissant du traité, cela conduit à écarter l'hypothèse de sa divisibilité, c'est avant tout la non-exécution des obligations qui implique une éventuelle nullité du traité qui ne sera alors que relative. D'autre part, sur le plan des obligations conventionnelles, il faut souligner

---

<sup>1021</sup> Voir notamment Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil... op. cit.*, 2010, pp. 872-873.

<sup>1022</sup> « Le droit des traités et le droit de la responsabilité ont des champs d'application distincts. Le droit des traités régit la vie des obligations conventionnelles, mais ne s'intéresse pas à la sanction de leur violation. Il énonce des règles « primaires » [...] et c'est le droit de la responsabilité qui détermine seul les règles « secondaires » nées de la violation des engagements conventionnels », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... op. cit. », 1992, p. 338.

<sup>1023</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, 2. b.

<sup>1024</sup> Voir *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 4, Chapitre 1, Section 1, 2. b.

que la première conséquence ne portera pas tant sur la validité ou non du traité mais sur le recours à la responsabilité internationale.

**319.** Tandis que la non-exécution des obligations de fond ouvre la voie à un engagement de la responsabilité internationale de l'Etat, la violation des règles tenant à la qualité d'instrument du traité trouve leur prolongement dans le droit des traités<sup>1025</sup>. La violation des traités en raison de leur non-exécution n'apparaît que comme une conséquence indirecte de la non-exécution des obligations internationales. La complexité de l'appréhension de la violation des traités est renforcée par la possibilité que le traité lui-même aménage les conséquences de sa violation, les règles particulières supplantant alors tant le droit de la responsabilité que le droit des traités<sup>1026</sup>. Ce lien reflète l'appartenance au droit international général du régime des obligations conventionnelles, et donc la distinction entre support normatif, et, en même temps, l'insertion du traité dans le droit international général qui souligne alors le caractère non-absolu de cette distinction. Cela s'observe dans le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des Etats, notamment son article 50, et dans les conséquences de la nullité des traités<sup>1027</sup>.

**320.** Cela conduit enfin à souligner les rapports existants entre le droit des traités et le droit de la responsabilité internationale. Il a pu être défendu que le droit des traités permettrait à lui-seul de tirer les conséquences de la violation d'un traité, l'article 60 de la Convention de Vienne représentant un régime particulier de responsabilité découlant de la violation substantielle des obligations conventionnelles. Cette position a été nettement écartée par la Cour internationale de justice qui prolonge, sur le plan des conséquences de la violation du traité, la distinction entre support normatif et obligations conventionnelles<sup>1028</sup>. Si leur

---

<sup>1025</sup> Voir Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 205-225.

<sup>1026</sup> « Face à la violation d'un traité, l'entité victime peut mettre en œuvre les réactions autorisées soit par le droit du traité particulier [...] soit par le droit des traités, [...] soit par le droit de la responsabilité », Caroline LALY-CHEVALIER, *La violation du traité*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 14.

<sup>1027</sup> Article 71 de la Convention de Vienne.

<sup>1028</sup> Voir CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, *CIJ Rec. 1997*, p. 38, § 47 : « C'est au regard du droit des traités qu'il convient de déterminer si une convention est ou non en vigueur, et si elle a ou non été suspendue ou dénoncée. C'est en revanche au regard du droit de la responsabilité des États qu'il y a lieu d'apprécier dans quelle mesure la suspension

application et leur validité respective entretiennent des liens, traité et obligations n'en restent pas moins distinctes. La consécration de l'exception d'inexécution par l'article 60 de la Convention de Vienne attire l'attention sur les effets de l'exécution des obligations conventionnelles quant à la réciprocité du traité<sup>1029</sup>. Cette technique reflète tout à fait l'imbrication des obligations conventionnelles et de leur support normatif au stade de l'application. Si l'instrument conventionnel se borne à être un instrument de formation des obligations internationales sans influence sur leur nature ou leur portée, la non-exécution de celles-ci serait entièrement réglée par le droit de la responsabilité. La reconnaissance de l'exception d'inexécution démontre au contraire le lien entre exécution des obligations et application du traité. Elle reflète également la persistance de la réciprocité de l'instrument conventionnel au-delà du lien formé par l'obligation juridique dont les conséquences se font sentir tant sur l'opposabilité des obligations que sur la reconnaissance de l'intérêt à agir en justice des États<sup>1030</sup>.

---

ou la dénonciation d'une convention qui serait incompatible avec le droit des traités engage la responsabilité de l'État qui y a procédé ».

<sup>1029</sup> Voir notamment Emmanuel DECAUX, *La réciprocité en droit international... op. cit.*, 1980, pp. 257-320.

<sup>1030</sup> Voir *Supra* 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 2, Section 2, 2. b.

## Conclusion du Chapitre 2

**321.** L'apport des réflexions antiques sur la notion d'obligation juridique et sur la conception de la violation du traité permet de replacer l'analyse des rapports entre le traité international et les obligations juridiques qu'ils comportent dans le développement contemporain du droit conventionnel. L'évolution qualitative et quantitative des obligations internationales tend à renforcer l'indépendance à l'égard de leur support normatif. Dans le cadre du traité international, cela peut conduire à soumettre le régime juridique du traité aux droits des obligations, accroissant ainsi l'asymétrie du rapport entre traité et obligations conventionnelles. Dans le même temps, cette émancipation des obligations à l'égard du traité international semble favoriser un affaiblissement de la normativité internationale. D'un côté, le développement de dispositions déclaratoires à vocation universelle se heurte aux exigences tenant au caractère relatif des traités, affaiblissant tant la portée de ces dispositions que le traité. De l'autre, la primauté du droit des obligations sur le droit des traités favorise les mécanismes dérogatoires à celui-ci. Ces évolutions ne sont pas sans poursuivre les interrogations quant aux exigences formelles de la formation des traités qui apparaissent alors secondaires et tendent à rendre accessoire le « seuil de normativité » du droit international<sup>1031</sup>.

**322.** S'agissant de la classification, il faut donc s'intéresser au contenu de l'obligation sur deux plans : d'une part, son objet, c'est-à-dire ce qui est attendu comme comportement et comme résultat et d'autre part, son étendue, c'est-à-dire son articulation avec les autres obligations opposables à la partie concernée. Le support normatif n'influence en fait que le second plan, qui renvoie au régime de l'obligation<sup>1032</sup>. Finalement, la conséquence principale de l'origine conventionnelle des obligations porte sur leur caractère juridique même, en donnant à telle ou telle

---

<sup>1031</sup> Voir Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... *op. cit.*, 1992.

<sup>1032</sup> « Au-delà de l'incertitude qui subsiste sur la consécration positive de certaines d'entre elles et du caractère incomplet de leur régime, il faut souligner la logique qui les sous-tend : on s'attache au contenu analytique des droits et obligations plus qu'à leur origine. Un même type d'instruments, comme le traité, un même mode de formation, comme la coutume, peuvent contenir des engagements de nature très différente et par là d'autorité très variable », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 53-54.

obligation son caractère d'obligation juridique mais surtout en en tirant une partie des conséquences quant aux parties concernées et à son respect. Le traité en tant que support normatif possède une puissance juridique particulière qui emporte des conséquences quant à ses obligations. Cette puissance implique le renoncement à toute suspension ou modification unilatérale des obligations acceptées ainsi qu'une obligation d'exécution de bonne foi. Surtout, elle permet aux parties de définir la portée des obligations et leur articulation avec les autres obligations internationales<sup>1033</sup>. Les obligations internationales sont avant tout guidées dans leur exécution par le principe de bonne foi en ce qu'il permet l'établissement d'une continuité entre leur formation et leur application<sup>1034</sup>. *Pacta sunt servanda* apparaît alors comme l'application au cadre conventionnel du principe de bonne foi. Cela ressort particulièrement de la formation conceptuelle à Rome du principe comme on peut l'observer dans le cadre du droit féodal<sup>1035</sup>. Il ne s'applique néanmoins qu'au support normatif. Il conduit à établir une réciprocité formelle de l'instrument qui ne s'étend pas nécessairement à son obligation et donc à une réciprocité matérielle des effets juridiques du traité. Cela emporte comme conséquence sur le plan de l'application conventionnelle du droit international qu'elle peut aussi bien ressortir du régime juridique prévu par le traité lui-même que par le droit international général.

---

<sup>1033</sup> « [L]a puissance des normes conventionnelles ou leur autorité juridique, l'intensité des obligations qu'elles contiennent, sont très diversifiées en fonction de leur contenu. Celui-ci dépend des parties, et le consensualisme s'applique non seulement à l'objet des traités mais aussi à l'intensité des engagements. Un traité peut ainsi se présenter comme supplétif, et accepter les dérogations convenues, comme, de façon générale, la Convention de Vienne elle-même. Il peut, à l'inverse affirmer sa supériorité sur toute autre obligation convenue, comme l'art. 103 de la Charte des Nations Unies, la Vème partie de la Convention de Vienne, ou la notion de « principes constitutionnels » du Traité C.E. Cet exemple indique que les obligations peuvent être différenciées au sein d'un même instrument. La puissance des normes conventionnelles, ou leur autorité juridique, sont donc à la fois indéfinies et flexibles », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 151.

<sup>1034</sup> « L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi », CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Affaire relative aux essais nucléaires (Australie c. France)*, *CIJ Rec.* 1974, p. 267, § 43.

<sup>1035</sup> Voir Christian SAULNIER, « Le rôle des prêtres féodaux et l'application du « ius fetiale » à Rome... *op. cit.*, 1980, pp. 192-194 qui met en avant le rôle de la *fides* pour expliquer le rapport entre traité et exigence de bonne foi dans le droit féodal.



### Conclusion du Titre 3

**323.** L'étude des effets juridiques du traité international conduit à souligner la distinction entre le traité comme support normatif et les obligations conventionnelles dans lesquelles s'incarnent, pour les sujets de droit international, ses effets. Dans le cadre du système juridique international, cette distinction apparaît comme source de confusions pour l'appréhension du régime juridique du traité. En effet, alors que dans le droit interne, la liberté contractuelle et les obligations sont encadrées par le formalisme et l'ordre public prévus par la loi, l'horizontalité du droit international fait peser un risque de confusion entre ce qui relève du traité et ce qui relève des obligations. Si l'obligation conventionnelle ne ressort pas directement du droit des traités, celui-ci ne peut y rester indifférent car ces obligations incarnent la finalité même de l'instrument conventionnel, la production d'effets juridiques à travers la création d'obligations. L'attention portée à la notion d'obligation comme manifestation des effets juridiques de l'instrument conventionnel pour les sujets de droit découle des propriétés même de l'obligation juridique qui, dans le cadre du droit international, prend un aspect fondamental en permettant d'établir des relations juridiques entre sujets de ce système. Cela contribue à souligner l'appartenance du traité à un système juridique qui lui attribue ses caractéristiques. Une obligation n'existe que dès lors que les instruments et les normes qui en sont à l'origine s'inscrivent dans un système juridique donné<sup>1036</sup>. Le concept de traité international s'inscrit alors pleinement dans le système juridique en débordant du cadre du droit des traités. Celui-ci ne s'intéresse finalement au traité que dans sa dimension de support normatif. Mais cette qualité même conduit à souligner les conséquences de ces effets juridiques en ce qu'ils permettent la création de règles internationales et la formation d'obligations à l'égard de ses parties. Dès lors, l'application, au sens large, de l'instrument conventionnel ressort autant du droit des traités que du droit international général.

---

<sup>1036</sup> « L'obligation juridique internationale est donc celle qui est due par un sujet de droit international à un ou d'autres sujets de droit international en vertu de ce droit », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 209.

324. L'unité conceptuelle du traité laisse planer une large indétermination de ses effets. Si elle permet de relever l'importance du traité dans l'application du droit international, celle-ci conduit à une certaine insatisfaction en favorisant la confusion entre obligations conventionnelles et traité. Dans le même temps, ces incertitudes reflètent la souplesse du traité international dont l'unité cache une déclinaison infinie des pratiques et des potentialités qui explique la place centrale de l'instrument conventionnel au sein du système juridique international. On est donc amené à distinguer d'une part l'application du traité articulé autour du principe *pacta sunt servanda* des obligations qui, en tant qu'obligations internationales sont soumises plus ou moins directement au principe de bonne foi. Les rapports du principe de bonne foi et de *pacta sunt servanda* témoignent du rattachement du traité au système juridique international en ce que *pacta sunt servanda* se présente notamment comme une déclinaison de la bonne foi. Il s'agit alors d'examiner les ressorts de cette insertion du traité dans le système juridique international.



## TITRE 4 : LA PLACE PARTICULIERE DU TRAITE DANS LE DROIT INTERNATIONAL

**325.** La qualité d'instrument juridique international du traité sous-entend l'intégration de celui-ci au système juridique international. De cette insertion découle la reconnaissance de ses effets juridiques mais également l'existence même du traité comme instrument juridique international. Le traité suppose ainsi le droit international. Son étude conceptuelle conduit alors à l'analyse des rapports entre instrument conventionnel et système juridique international. L'existence de règles gouvernant le droit des traités ne signifie pas tant la soumission du traité au droit international coutumier que le caractère inhérent de certains principes gouvernant le régime conventionnel et impliqué par le caractère particulier du droit international<sup>1037</sup>. Elle permet de préciser la place particulière qu'occupe le traité au sein du système international.

**326.** Ainsi, les propriétés du traité international ne se comprennent que dans la mesure où il est consacré par le droit international<sup>1038</sup>. L'Antiquité gréco-romaine permet de souligner que l'instrument conventionnel est indissociable de tout système juridique international dans la mesure où il s'appuie sur ses traits constitutifs. Il reflète tant l'existence de ce système que le rôle prééminent qu'il occupe dans son fonctionnement. Le droit international connaît depuis ses premières manifestations une tension entre droit de la communauté internationale et droit des rapports internationaux. Cette tension découle de la nature profonde de la société internationale composée d'entités indépendantes les unes des autres.

---

<sup>1037</sup> Voir par exemple Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2002, p. 125 : « Le traité tire son autorité en droit international des règles posées par l'ordre juridique pour établir les conditions de son processus de formation et celles de la validité de l'acte juridique qui en résulte. Il paraît en effet possible d'affirmer que le principe du caractère obligatoire des traités est doté d'une portée *structurellement impérative*, en tant qu'elle constitue une exigence première de l'existence et de la cohérence d'un ordre juridique international ».

<sup>1038</sup> L'ensemble des définitions du traité international font de cette soumission du traité au droit international un élément de sa définition, voir article 2, §1. a) de la Convention de Vienne de 1969 : « L'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international... » ; voir également Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, p. 26, Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 78-80 ou encore Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 305.

Le traité international permet de concilier cette dualité du droit international. Il est ainsi un instrument privilégié du droit international car tenant compte tant de la façon dont l'action extérieure d'une entité politique indépendante se concrétise que de l'exigence de règles communes à l'ensemble des membres de la société internationale<sup>1039</sup>. Il s'accorde pleinement à la dualité du droit international en répondant à une nécessité dans un cadre juridique particulier marqué par une déconcentration du pouvoir.

**327.** Le traité est donc un objet du droit international dont l'analyse permet de mieux percevoir le fonctionnement même de ce système tandis que toute étude de cet instrument est indissociable d'une réflexion sur la nature même du droit international. Celle-ci ressort avant tout des rapports entre les sujets de ce système et dans lesquels le traité occupe une place particulière révélant la dynamique constitutive pour le système juridique international de l'instrument conventionnel. D'une part, les modalités de l'insertion du traité au sein du droit international consacrent la place incontournable de celui-ci en droit international (Chapitre 1). D'autre part, les rapports qu'il établit entre les sujets de droit international rappellent son double caractère, à la fois fondateur et révélateur du système juridique international (Chapitre 2).

*Plan du titre 4 :*

*Chapitre 1 : L'insertion du traité dans le droit international*

*Chapitre 2 : Traité et personnalité juridique internationale, l'encadrement conventionnel des rapports internationaux*

---

<sup>1039</sup> En ce sens, si la notion moderne de souveraineté n'existe pas dans le monde antique, sa dimension externe est finalement similaire à l'idée d'indépendance, présente à Rome comme dans les cités grecques dont elle est même le fondement, voir *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 4, Chapitre 2, Section 2, 2. a. et b. Voir également, la définition proposée par le dictionnaire Salmon : « A. Notion qui, dans l'ordre interne, exprime la puissance suprême (*suprema potestas*) de gouverner, de commander et de décider et qui, liée à l'apparition de l'Etat moderne, est inséparable de celui-ci (...). B. Dans l'ordre international, caractère de l'Etat signifiant qu'il n'est soumis à aucun autre pouvoir de même nature (...). C. Aptitude légale de l'Etat, pleine et entière, qui lui permet, du moins potentiellement, d'exercer tous les droits que l'ordre juridique international connaît, et en particulier la faculté de décider, d'accomplir un acte, de poser des règles (...). D. Exercice du pouvoir pour l'Etat de décider lui-même des limitations à ses pouvoirs sans ingérence étrangère (...) », Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public... op. cit.*, 2001, p. 1045.

## Chapitre 1 : L'insertion du traité dans le droit international

**328.** La capacité des traités en tant que support normatif à déterminer un régime particulier des obligations conventionnelles pose la question du caractère auto-suffisant de ces régimes et de la capacité des traités à fonctionner uniquement grâce aux règles qu'ils contiennent<sup>1040</sup>. Cependant, comme le rappelle la Commission du droit international, une telle analyse est impossible car elle conduirait à ignorer le rattachement des traités au droit international général<sup>1041</sup>. Or, en tant qu'instrument juridique international, le traité s'y insère pleinement. De cette insertion découle l'existence de ses effets juridiques qui sont gouvernés par le droit international.

**329.** Plus largement, la question de l'insertion du traité dans le système juridique international conduit à s'interroger sur la nature et la place du régime conventionnel au regard de l'équivalence normative des modes de formation du droit international. Parce qu'en se rattachant au droit international, le traité s'y soumet, cela ne signifie-t-il pas une supériorité du droit coutumier en ce qu'il établirait les règles relatives à l'instrument conventionnel ? Cette insertion est d'autant plus intéressante qu'elle souligne le rôle décisif que le traité pourtant mode de formation peut occuper dans l'application du droit international. Le lien conventionnel existe du fait de l'insertion du traité dans le droit international. L'insertion du traité dans le système juridique international pose tout d'abord la question de l'encadrement du droit conventionnel (Section 1). Elle souligne ensuite la souplesse de l'application conventionnelle du droit international (Section 2).

---

<sup>1040</sup> Voir notamment CIJ, arrêt du 24 mars 1980, *Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, *Rec. CIJ* 1980, p. 40, §86.

<sup>1041</sup> Voir par exemple Raphaëlle RIVIER et Philippe LAGRANGE, « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, 2006, p. 318.

## **Section 1 : L'encadrement du droit conventionnel, le traité comme objet du droit international**

**330.** Le traité est un instrument du droit international dans la mesure où il s'insère dans ce système juridique. De ce point de vue, le traité est un objet du droit international. Il s'agit alors d'analyser les rapports entre le traité et le système juridique international. Cette étude attire l'attention sur la particularité de ces rapports. L'encadrement par le droit international du traité est essentiel en ce qu'il permet la reconnaissance de celui-ci comme instrument juridique permettant de donner à ses effets un caractère juridique. Le traité se distingue ainsi d'un certain nombre d'instruments du droit international et voit son régime juridique précisé. Ainsi, l'insertion du traité au sein du système juridique international conditionne son existence (1) tandis que cette insertion est conditionnée par la nature du système juridique international (2).

### ***1. Une insertion conditionnelle***

**331.** Evidente a priori, cette exigence de rattachement du traité au système juridique international rappelle la nécessité de cette insertion comme élément de définition du traité en ce qu'il permet de faire produire ces effets juridiques au sein du système juridique auquel cet instrument se rattache. Cette insertion est conditionnelle dans la mesure où en son absence, un traité ne peut être qualifié comme tel<sup>1042</sup>. L'insertion du traité au droit international est donc une condition d'existence de l'instrument conventionnel (a) qui lui permet de faire produire ses effets juridiques (b).

#### ***a. Une insertion conditionnant l'existence du traité***

**332.** Le rattachement du traité au droit international est avant tout une conséquence logique de sa nature d'instrument juridique international. Le traité ne

---

<sup>1042</sup> Comme le rappelle Gerald Fitzmaurice, « tous les accords internationaux ne sont pas nécessairement régis par le droit international, mais s'ils ne le sont pas, et dans cette mesure, ils ne constituent pas des traités au sens de ce présent code », *Ann. CDI*, vol. II, 1956, p. 120.



peut exister au sein du droit international que dans la mesure où celui-ci lui reconnaît une place. Avant même de permettre à l'instrument conventionnel de produire des effets juridiques internationaux, cette insertion conditionne son existence. Elle est donc un élément de définition ainsi qu'un critère d'identification du traité<sup>1043</sup>. C'est en cela que le traité suppose nécessairement l'existence d'un système juridique international. Dans l'Antiquité gréco-romaine, c'est ce rattachement même qui permet de distinguer le traité comme instrument juridique d'un droit qui n'est pas celui de la cité. Si l'existence de véritables systèmes juridiques internationaux à ces périodes reste débattue, l'existence d'instruments juridiques échappant en partie au droit de la cité révèle les premières traces d'un droit international.

**333.** L'Antiquité gréco-romaine reflète tout à fait cette conséquence logique. Les activités internationales des cités grecques par exemple échappent en partie au droit de la cité parce qu'elles sont perçues comme appartenant à un ensemble juridique distinct. Ainsi, Thucydide mentionne à diverses reprises le rattachement des traités à un ensemble de considérations juridico-religieuses qui ne renvoient pas aux règles d'une cité en particulier mais à un ensemble commun aux cités grecques et à l'égard duquel s'apprécient les traités<sup>1044</sup>. Le développement de la pratique conventionnelle dans la Grèce antique s'accompagne de la perception d'un système juridique commun dépassant le cadre de la cité et permettant la mise en place de traités. Cela s'observe tout particulièrement à travers la question du caractère obligatoire des traités ainsi que de leur modification et de leur extinction. Ces situations conduisent à souligner la dimension juridique de ces instruments tout en constatant qu'ils ne relèvent pas du droit de la cité. Ainsi, la pratique des otages ou encore le dépôt des traités dans les sanctuaires religieux des cités parties ou ceux commun à plusieurs cités témoignent de cette préoccupation<sup>1045</sup>. En

---

<sup>1043</sup> « Le traité relève directement du droit international qui détermine son régime juridique. Ne peuvent de ce fait être considérés comme traités divers instruments de nature contractuelle qui trouvent leur base juridique dans un droit interne », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 79.

<sup>1044</sup> THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre 1, 37, 5 sur existence d'éléments juridiques enserrant action internationale des cités et donc traité.

<sup>1045</sup> Voir notamment David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 171-183 pour un résumé des différentes techniques conventionnelles utilisées par les Grecs afin de s'assurer de la valeur juridique des traités.

conséquence, la violation des traités n'est pas comprise comme la violation du droit de la cité mais comme la violation de règles juridiques relevant d'un autre ordre<sup>1046</sup>. Parallèlement à ces considérations quant à l'existence d'un système juridico-religieux commun aux cités grecques et encadrant leurs actions internationales comme leurs traités, la Grèce antique voit se développer un ensemble de réflexions sur les rapports entre droit écrit et droit non écrit qui n'est pas sans rappeler la question des rapports entre traités et coutumes<sup>1047</sup>. Parce que le système juridique international des cités grecques repose largement sur une communauté religieuse, celui-ci s'organise largement autour de la religion.

**334.** On observe une conception proche dans le droit romain. L'institution du droit fétil est ainsi représentative de ce constat d'un rattachement distinct des traités internationaux. Ces derniers ne sont pas compris comme des instruments juridiques de droit romain mais ressortent bien d'un système particulier. Par ailleurs, cela souligne que le *ius gentium* romain ne peut s'analyser comme un système juridique international même embryonnaire. En effet, les obligations civiles existent aussi bien en droit civil que dans le *ius gentium*. Par contre, les traités ne sont pas assimilés aux contrats et relèvent d'un régime juridique distinct<sup>1048</sup>. Plus précisément, la perception du caractère juridique des traités dans la Rome antique ne se fonde pas sur le rattachement de ces instruments au droit de la cité. Ainsi, si les traités passés par Rome ont un caractère obligatoire ce n'est pas parce qu'ils relèvent du droit civil romain ou même du *ius gentium*. Il y a donc dans cette conception romaine du traité international l'idée sous-jacente de l'existence d'un système juridique extérieur à celui de la cité et qui donne au traité son caractère obligatoire<sup>1049</sup>. Les engagements de la cité ne sont pas tous des engagements juridiques comme le montre la question du respect des accords passés avec des pirates. Ces textes n'ont pas la valeur juridique que peuvent avoir les traités passés avec une cité étrangère, même ennemie, dans la mesure où les pirates restent des

---

<sup>1046</sup> Voir THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre 2, 5, 4 pour un exemple de la violation des traités comme violation de lois sacrées communes aux cités grecques et non comme lois de la cité.

<sup>1047</sup> Voir *Supra* 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, 1. a).

<sup>1048</sup> Voir notamment Michèle DUCOS, *Rome et le droit... op. cit.*, 1996, pp. 99-117.

<sup>1049</sup> Voir par exemple David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.* 2001, pp. 194-202.

criminels au regard du droit romain. Ainsi, s'ils sont soumis au droit de Rome, les accords ne peuvent relever d'un autre ordre juridique<sup>1050</sup>. A l'inverse, la possibilité de passer des traités internationaux avec des entités politiques étrangères conduit à souligner l'existence préalable de la conscience d'un système juridique, même des plus limités, commun à Rome et à ces cités<sup>1051</sup>.

**335.** La soumission du traité au droit international s'analyse alors comme une condition d'existence de l'instrument conventionnel au sein du système juridique international. Elle permet notamment de distinguer le traité d'autres instruments juridique qui lui semblent proches sur la forme mais qui s'en distinguent en n'appartenant pas au système juridique international. Les instruments conventionnels le sont du fait de cette insertion dans le droit international<sup>1052</sup>. L'exigence d'une soumission des traités au droit international les différencie des contrats internationaux que ces derniers soient conclus entre États ou entre États et personnes privées. On constate alors que ce n'est pas tant la qualité des parties à ces contrats ou leur matière qui les distingue du traité mais bien ce rattachement de principe au droit international. Ainsi, dans le cadre des contrats entre États et personnes privées, l'insertion dans le droit international découle d'une volonté dérogatoire au principe de soumission de ces contrats au droit interne<sup>1053</sup>. La question d'une personnalité juridique internationale des personnes privées parties à ces contrats est secondaire par rapport à ce rattachement dans la mesure où elle ne détermine pas l'insertion de ces contrats dans le droit international. Le rattachement de ces contrats au droit international est une simple faculté ouverte aux co-contractants quant au choix des règles qui vont gouverner l'exécution de

---

<sup>1050</sup> Voir CICERON, *Des Devoirs*, III, 22 et 27-32.

<sup>1051</sup> Voir Claude NICOLET, *Rome et la conquête du monde méditerranéen*, Tome II « Genèse d'un Empire »... *op. cit.*, 1978, p. 890 : « le *ius fetiale* suppose des rapports juridiques originels avec toute communauté étrangère, avant même tout traité ».

<sup>1052</sup> Ainsi que le rappelle G. Fitzmaurice dans son 1<sup>er</sup> rapport à la C.D.I. sur le droit des traités : « tous les accords internationaux ne sont pas nécessairement régis par le droit international, mais s'ils ne le sont pas, et dans cette mesure, ils ne constituent pas des traités au sens du présent code », *Ann. CDI*, 1956, vol. II, p. 120.

<sup>1053</sup> « Il arrive, dans la pratique internationale, spécialement dans le domaine des relations économiques, que certaines règles internationales soient appliquées à des contrats de ce type [i.e. entre États et personnes privées]. Il ne s'agit pas nécessairement pour autant d'un traité international. Simplement, la volonté spéciale des co-contractants a prévu l'application

ces contrats mais ne conditionne pas leur existence comme dans le cas du traité international. L'« internationalisation » des contrats entre États et personnes privées conduit simplement à déterminer le droit applicable à ces accords sans leur attribuer la qualité de traité international. Elle n'implique pas la reconnaissance d'une personnalité juridique internationale qui découlerait d'une capacité conventionnelle reconnue à certaines personnes privées. Le développement des contrats entre États rejoint également ce constat d'une indifférence de la personnalité juridique des parties quant à la soumission au droit international ou non du traité. En décidant de soumettre un accord conclu entre eux au droit interne, les États contractants le font échapper à la catégorie du traité international<sup>1054</sup>. Si la catégorie des contrats entre États n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés théoriques et pratiques quant à la possibilité pour les États de souscrire à des accords ayant une apparence de traité sans pour autant qu'ils soient soumis au droit international, elle souligne en creux que la soumission des traités au droit international n'est pas seulement une question de droit applicable à l'accord mais bien une condition d'existence du traité lui-même<sup>1055</sup>.

**336.** La question de savoir si les accords entre États soumis au droit interne relève ou non du droit international apparaît alors extérieure à celle du rattachement du traité au droit international. Dans le cadre de la codification du droit des traités, l'insertion de l'instrument conventionnel dans le droit

---

exceptionnelle et partielle de ces règles », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 79.

<sup>1054</sup> Voir notamment Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, p. 45. Le développement de ces contrats et donc de matières qui, du fait de la volonté des États contractants, ne sont pas soumises au droit international n'est pas sans lien avec les restrictions apportées par les jurisprudences des tribunaux internes quant à la portée des immunités dont bénéficient les États pour les actes accomplis de *jure imperii*, voir notamment sur ce sujet Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 147-152 ainsi que, s'agissant des évolutions récentes de la jurisprudence française Denis ALLAND et Thibaut FLEURY-GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 2016/1, p. 1---19.

<sup>1055</sup> Voir notamment Joe VERHOEVEN, « Traités ou contrats entre États ? Sur les conflits de lois en droit des gens », *JDI*, 1984/1, pp. 1-36 ; spéc. : « [I] ressort sans nul doute que la doctrine n'a pas une vue très claire de la distinction entre traité et contrat. Le principe selon lequel un accord entre sujets de droit international peut être soustrait au droit des gens lui paraît toutefois acquis, deux

international s'est pourtant articulée autour de ce débat<sup>1056</sup>. D'un côté, H. Lauterpacht considérait que tout accord entre Etats était par nature soumis au droit international, y compris si cet accord est soumis au droit interne. En conséquence, il n'était pas nécessaire d'inclure dans la définition du traité un renvoi au droit international<sup>1057</sup>. A l'inverse, G. Fitzmaurice voyait dans ce rattachement un élément déterminant de la définition du traité. Un accord entre Etats non soumis au droit international ne peut alors être un traité<sup>1058</sup>. Ce débat apparaît finalement relever d'une confusion entre deux sujets différents. D'une part, le traité international est par nature soumis au droit international car il en conditionne les effets juridiques. D'autre part, s'agissant des accords entre Etats et relevant du droit interne, ils apparaissent soit comme de stricts contrat de droit interne soit comme des traités dont une partie de l'exécution ressort du droit interne. A ce titre, la proposition de P. Reuter, dans le cadre des travaux préparatoires à la Convention sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales, esquisse une distinction intéressante en évoquant le traité comme « régi à titre principal par le droit international ». Non retenue dans la Convention de 1986, cette proposition n'en reste pas moins la plus conforme au concept même de traité international. Celui-ci est en effet par nature rattaché à un ordre juridique qui n'est pas l'ordre juridique interne mais bien un ensemble particulier, distinct de leur système juridique particulier et auquel ils adhèrent. En ce sens, le traité international est toujours un révélateur de l'existence d'un système juridique international car sans celui-ci, il ne peut y avoir de traité international.

---

facteurs semblent prédominants pour justifier le rattachement d'un accord au droit international ou à un droit interne, à savoir la volonté des parties et/ou l'objet de l'acte », p. 25.

<sup>1056</sup> Voir notamment Philippe GAUTIER, « Article 2 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne... op. cit.*, 2006, pp. 56-60.

<sup>1057</sup> Voir 1<sup>er</sup> rapport sur le droit des traités, *YILC*, vol. II, 1953, p. 100.

<sup>1058</sup> Voir *Ann. CDI*, vol. II, 1956, p. 120.

***b. Une insertion donnant un effet juridique international au traité***

**337.** La soumission du traité au droit international n'est pas simplement un critère d'existence du traité international. Elle permet le rattachement de cet instrument au système juridique international et en conditionne alors les effets juridiques. Si le traité en tant qu'instrument juridique implique la production d'effets de droit, c'est son rattachement au droit international qui permet d'établir que ces effets se déploient avant tout dans le système juridique international et partant se réalisent effectivement. L'insertion du traité dans le droit international est en quelque sorte le préalable à la concrétisation des effets juridiques. A ce titre, la distinction entre lois écrites et lois non écrites dans la Grèce antique préfigure dans une certaine mesure la question des rapports entre les règles de droit international et les principes structurants de celui-ci<sup>1059</sup>. Ces derniers traduisent en quelque sorte une volonté de fixer des règles d'organisation communes à l'ensemble des sujets participants à un système juridique. Règles coutumières ou principes généraux du droit, ces règles « constitutives », à défaut d'être constitutionnelles sont inhérentes à l'existence même d'un système juridique donné. Elles représentent en quelque sorte des axiomes sans lesquels le fonctionnement comme l'existence d'un système seraient impossibles. Le monde des cités grecques est traversé par des lois non-écrites reflétant l'accord de ces cités autour de quelques principes communs régissant tant les rapports que ces cités entretiennent entre elles que les obligations que toutes doivent respecter<sup>1060</sup>.

**338.** Ce raisonnement explique l'absence de précision concernant les effets juridiques du traité dans la définition retenue par la Convention de Vienne de 1969. Bien qu'il soit reconnu qu'un traité suppose un contenu juridique obligatoire,

---

<sup>1059</sup> « Mais qu'ils s'agissent de règles relevant de l'autorité divine ou bien du jugement humain, et données comme universelles ou bien comme nationales, ces lois non écrites traduisent, à chaque fois, l'aspiration vers un bien et une justice qui complèteraient et dépasseraient les règles posées par le législateur », Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque... op. cit.*, p. 26.

<sup>1060</sup> « [D]ans la pratique, les lois non écrites se sont opposées aux lois écrites de façon beaucoup plus fondamentale et profonde : elles ont représenté des règles trop générales et des impératifs trop absolus pour devoir jamais être lois écrites. Alors que les lois écrites changeaient d'une

les difficultés à définir ce contenu compte-tenu de ses nombreuses possibilités ont conduit à se limiter à la mention « régi par le droit international »<sup>1061</sup>. L'exigence d'effets juridiques dans la définition de l'instrument conventionnel est ainsi sous-entendue par cette insertion dans le droit international. Parce que le droit international fonde la production d'effets juridiques sur l'engagement des États et parce que le traité international découle de cet engagement, les effets juridiques du traité n'existent que parce que le traité est rattaché au droit international. Cela témoigne à nouveau de la distinction entre support normatif et obligations conventionnelles. Ces obligations sont des obligations internationales qui prennent place au côté d'autres obligations internationales parce que le traité est soumis au droit international. Le déclenchement des mécanismes de la responsabilité internationale en cas de violation de ces obligations est le reflet de ce rattachement. Le débat autour de la nécessité d'inclure une mention de ce contenu juridique obligatoire avait pour but de distinguer le traité international des accords strictement politiques. La difficulté réside alors dans la définition de ce contenu juridique au-delà de la mention des droits et obligations créés par le traité<sup>1062</sup>. Finalement, l'absence de référence à ce contenu juridique obligatoire dans la Convention de Vienne n'apparaît pas étonnante. Dans la mesure où le traité est un instrument juridique, il produit nécessairement des effets juridiques qui découlent de son contenu. Un renvoi à celui-ci dans la définition du traité apparaît alors inutile dans la mesure où un accord juridique écrit entre États soumis au droit international ne peut être autre chose qu'un traité.

---

époque à l'autre, et d'un pays à l'autre, elles sont présentées comme l'expression d'une règle dépassant toutes ces limites et se rattachant, par conséquent, à un absolu », *Ibid.*, p. 27.

<sup>1061</sup> « [L]a Commission s'est heurtée à la difficulté consistant à « trouver une expression générale appropriée » qui puisse viser à la fois la création de droits et d'obligations, l'extinction ou la modification de ceux-ci ou l'adoption de dispositions interprétatives. Comme l'expression « traité » incluait déjà les termes « régi par le droit international », la Commission considéra que cela rendait inutile toute référence supplémentaire à l'objet », Philippe GAUTIER, « Article 2 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 62.

<sup>1062</sup> Comparer les rapports de J. L. Brierly, d'H. Lauterpacht et de G. Fitzmaurice sur ce sujet, voir respectivement *YILC*, vol. II, 1950, p. 223 ; *YILC*, vol. II, 1953, p. 93 et *Ann. CDI*, vol. II, 1959, p. 99.



**339.** Par ailleurs, cette soumission du traité au droit international se fait selon des modalités particulières qui fondent en partie la différence entre les actes et instruments du droit international. La distinction entre les actes unilatéraux, au sens strict, et les actes conventionnels se traduit par un rattachement différent au droit international<sup>1063</sup>. Parce que les différents actes conventionnels n'ont d'effets juridiques que dans la mesure où ils appartiennent à un même traité qui commande alors leur force obligatoire, ils ne peuvent être uniquement soumis aux règles gouvernant les actes juridiques unilatéraux. Le droit des traités est alors le reflet de l'insertion particulière de cet instrument juridique au sein du droit international. C'est cette insertion qui conduit à observer qu'un ensemble d'actes unilatéraux peut former un instrument juridique spécifique gouverné par des règles particulières, distinctes du droit international général relatif aux actes unilatéraux. Plus largement, cette soumission du traité au droit international est fondamentale car elle permet de lui attribuer des effets juridiques le distinguant de déclarations dépourvus d'effets juridiques. Cette distinction se fonde là aussi sur ce rattachement spécifique du traité au droit international<sup>1064</sup>. L'effet juridique du traité étant déterminé par le système juridique international, il apparaît alors que c'est le système juridique international qui permet d'identifier la qualité de parties au traité et par là, la qualité de sujet de droit doté d'une capacité conventionnelle.

## ***2. Une insertion conditionnée***

**340.** En tant que condition de réalisation des effets juridiques du traité, cette insertion dans le système juridique international apparaît en contradiction avec l'absence de hiérarchie des normes en son sein. L'existence même d'un régime juridique du traité pose la question de son statut au regard de l'horizontalité du droit international (a). Ce statut s'articule autour d'une complémentarité entre des règles de nature différente (b).

---

<sup>1063</sup> Voir notamment Christian ECKART, *Promises of States... op. cit.*, 2012, pp. 62-66.

<sup>1064</sup> Voir notamment Michel VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique... *op. cit.*, 1983, pp. 166-176.

### *a. La difficile reconnaissance d'un droit des traités*

**341.** La structure du système juridique international, marquée par une équivalence de principe entre ses modes de formations et partant, par l'absence de hiérarchie des normes, pose la question de la possibilité même d'un droit des traités en tout premier lieu. Ainsi, une grande partie des règles gouvernant le régime conventionnel ont une puissance juridique limitée car subsidiaire. Cela est notamment le cas de la Convention de Vienne de 1969 elle-même, non seulement dans la mesure où il s'agit d'un traité dont l'opposabilité est limitée aux parties mais également parce qu'elle codifie des règles coutumières qui ont également un caractère subsidiaire<sup>1065</sup>. La possibilité même d'un droit des traités se heurte donc à la structure même du droit international qui implique une tension permanente entre la liberté d'engagement reconnus aux États et l'existence de règles contraignantes<sup>1066</sup>.

**342.** Cette difficulté conceptuelle sur l'existence d'un droit des traités se retrouve dans les débats qui ont animé la Commission du droit international quant à la forme que devait prendre celui-ci. Si la forme d'un code a pu apparaître préférable au regard du sujet comme de la structure du droit international<sup>1067</sup>, le

---

<sup>1065</sup> « [C]ette convention – comme tout traité – ne saurait imposer ses solutions aux autres traités sans que les parties y consentent [...] les solutions qu'elle propose ne trouvent à s'appliquer à un traité donné que dans la seule mesure où celui-ci n'a pas prévu une solution contraire ou différente, ou encore s'il est muet. On dit à ce propos que la Convention de 1969 a un caractère « supplétif » », Denis ALLAND, *Manuel de droit international public... op. cit.*, 2018, p. 116.

<sup>1066</sup> « More than anywhere else across the entire spectrum of international law, treaties constitute an area in which states are free to make their own rules. This is a consequence which derives, of course, from the transactional nature of treaty-making, dependent as it is on willed agreement between the parties, and, together with that, the foundational principle of the inherent treaty-making capacity of States », Sir Franklin BERMAN, « Why do we need a law of treaties ? », *RCADI*, Tome 385, 2016, pp. 21-22.

<sup>1067</sup> C'était notamment la position de Gerald F. Fitzmaurice ainsi qu'il l'annonçait dès son premier rapport à la CDI concernant le droit des traités : « La plupart des chancelleries connaissent suffisamment les grands principes du droit des traités et [...] c'est précisément sur des points plus particuliers, mais non moins importants, qu'elles accueilleraient avec satisfaction une étude systématique. [...] Deux raisons militent en faveur de cette solution. En premier lieu, il semble peu indiqué qu'un code relatif au droit des traités revête lui-même la forme d'un traité [...]. En second lieu, une grande partie du droit des traités ne se prête pas spécialement à la forme conventionnelle. Elle comprend des exposés de principes et des règles abstraites qui peuvent être plus facilement formulées dans un code. Le code présente également l'avantage de permettre l'incorporation d'un certain nombre de dispositions à but déclaratif ou explicatif qu'il ne serait pas possible de faire

choix final d'un traité traduit un recul devant l'étendue de la matière. La préférence pour un code tend ainsi à refléter l'importance de la matière pour le système juridique international. G. Fitzmaurice souligne ainsi dès son premier rapport à la CDI la dimension structurante des règles gouvernant les traités pour le droit international<sup>1068</sup>. Cependant, le choix final d'une codification de la matière par la voie d'un traité multilatéral est révélateur quant aux évolutions de société internationale et leur influence sur le droit des traités. D'une part, le développement du multilatéralisme conduit à un affaiblissement de la conception contractualiste du traité international au profit d'une vision universaliste qui implique la possibilité de régler un sujet d'une importance aussi grande pour le droit international par le biais d'une convention multilatérale. D'autre part, ce multilatéralisme est également consécutif à l'apparition d'un grand nombre de nouveaux Etats dans le cadre de la décolonisation. Le choix d'une convention est alors présenté comme le moyen pour ces Etats de prendre part au processus d'élaboration du droit des traités<sup>1069</sup>. Cela n'est pas sans révéler en creux une préférence de ces Etats pour le droit international écrit perçu comme plus affirmé juridiquement et surtout comme étant moins le résultat. Au caractère subsidiaire de nombreuses règles gouvernant les traités s'est donc ajouté le caractère subsidiaire de l'instrument les codifiant. Toutefois, compte-tenu de l'importance de la matière comme de l'existence de règles internationales propres à ce domaine, un droit des traités reste nécessaire<sup>1070</sup>. Finalement, le débat entre code et convention apparaît mineur au regard de l'importance reconnue aux règles concernant le droit des

---

figurer dans un texte qui se limiterait strictement à l'énoncé d'obligations », *Ann. CDI*, vol. II, 1956, pp. 108-109.

<sup>1068</sup> *Ann. CDI*, vol. II, 1956, pp. 104-105.

<sup>1069</sup> *Ann. CDI*, vol. I, 1961, p. 269, § 5-23, spéc. § 5 : « il faut toutefois admettre qu'à une époque où apparaissent tant de nouveaux Etats, la préparation de projets de conventions est plus nécessaire que celle de codes types »,

<sup>1070</sup> « We need a law of treaties because international law is a system, with some claim to completeness ; we need a law of treaties because treaties are a critically important part of that system ; and we need a law of treaties because, when issues arise under treaties which the treaty itself doesn't resolve, we have to have at our disposal the means for arriving at legally authoritative answers », Sir Franklin BERMAN, « Why do we need a law of treaties ?... *op. cit.*, 2016, p. 31.

traités et leur dimension coutumière<sup>1071</sup>. Il est ainsi tout à fait révélateur quant à l'existence de règles de droit international portant de façon directe ou indirecte sur le droit des traités d'observer les limites de la matière dans la Convention de Vienne. Celles-ci témoignent en fait de l'insertion du traité dans le droit international. Les limites de la Convention ne signifient donc pas une absence de règles mais un renvoi à des règles de droit international général<sup>1072</sup>.

**343.** Mais cette nécessité de règles gouvernant le traité international ouvre alors une nouvelle interrogation, celle de leur statut. En effet, le caractère subsidiaire de la convention de Vienne, comme l'existence de nombreuses règles spécifiques à chaque traité peut conduire à l'idée que le droit des traités ne découlerait que du traité lui-même. Il faut pourtant écarter une telle solution qui renvoie à l'idée des régimes auto-suffisants<sup>1073</sup>. Surtout, l'impossibilité de voir dans les traités des régimes auto-suffisants découle du rattachement de cet instrument au droit international. Parce qu'ils sont des instruments juridiques internationaux, les traités appartiennent au droit international général comme les règles qui les gouvernent. Cela explique ainsi que le droit conventionnel ne soit pas seulement soumis au régime fixé par traité, ou à défaut, par les règles coutumières du droit des traités mais puissent également relever du droit de la responsabilité, du droit de la paix et

---

<sup>1071</sup> Voir notamment Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1995, p. 25 ; également sur la faible pertinence du débat entre code et convention en matière de droit des traités, voir *Ann. CDI*, vol. I, 1961, p. 271, § 23-24.

<sup>1072</sup> « [C]es limites ne constituent pas des lacunes et se justifient pleinement car le siège essentiel des problèmes laissés de côté par la Convention se trouve ailleurs que dans le droit des traités ; ce sont les solutions générales admises en matière de droit de la guerre, de la succession d'Etats, de la responsabilité internationale qui commandent certaines conséquences mettant en cause le régime des traités », Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1980, p. 9.

<sup>1073</sup> « Peut-on aller jusqu'à accepter la notion de régime autosuffisant, c'est-à-dire suffisamment complet pour répondre avec ses propres règles et mécanismes à tous les problèmes d'application ou de non application qui se posent dans son cadre ? Autosuffisant signifie dans ce contexte que le droit international général n'est plus utile au régime. [...] théoriquement séduisante, cette notion est cependant inacceptable. Un régime dit autosuffisant ne peut entièrement fonctionner clos sur lui-même. Même si dans les relations internes entre les parties il peut entièrement déroger au droit commun, les relations juridiques qu'il noue avec les tiers relèvent du droit international général », Serge SUR, « La créativité du droit international...*op. cit.*, 2012, p. 127.

de la sécurité internationales ou encore du droit international de la succession d'Etats<sup>1074</sup>.

***b. La complémentarité des règles internationales relative aux traités***

344. L'évolution du droit des contrats interne propose un modèle intéressant pour analyser la complémentarité du régime juridique du traité en droit international. Sur le plan du droit interne, les mouvements d'expansion puis de recul de l'autonomie de la volonté en droit des contrats ont conduit à un nouvel équilibre autour du contrôle par le juge de l'équilibre contractuel et non plus par un encadrement par la loi de l'autonomie de la volonté. Cela s'observe particulièrement dans la réforme française du code civil de 2016. Ainsi l'ordonnance du 10 février 2016 organisant cette réforme place en exergue trois principes gouvernant le droit français des contrats : principe de liberté contractuelle (art. 1102), principe de force obligatoire des contrats (art. 1103) et principe de bonne foi (art. 1104). L'inscription de ces principes dans l'ordonnance de 2016 attire l'attention sur la place de ces principes dans le droit français des contrats qui n'est pas sans rappeler la place dans le régime contemporain du traité international de certaines notions proches de ces mêmes principes. Innovation de la réforme de 2016, ces principes, bien que codifiés, ne sont pour autant pas placés sur le même plan que les autres règles présentes dans la partie du code civil consacrée au droit des contrats<sup>1075</sup>. La portée limitée de ces principes traduit le triple rôle pédagogique, interprétatif et complémentaire qu'ils jouent à l'égard du droit des contrats. Ils permettent notamment de faciliter la cohérence et l'unité du

---

<sup>1074</sup> Voir par exemple, concernant les traités de paix et la soumission de leur régime à des règles issues de différentes branches du droit international, Romain LE BŒUF, *Le traité de paix en droit international public... op. cit.*, 2014, pp. 46-47.

<sup>1075</sup> Voir notamment « les règles générales ainsi posées, [...] bien que destinées à donner des lignes directrices au droit des contrats, ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur à celles qui suivent et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru : il s'agit bien plutôt de principes destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes », *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 11 février 2016.

droit des contrats<sup>1076</sup>. Les inconvénients ici pointés ne sont pas sans rappeler plusieurs critiques adressés au fonctionnement du système juridique international dans lequel les principes du droit ne sont accueillis que difficilement.

**345.** Sur le fond, ces principes directeurs du droit des contrats français éclairent pourtant plusieurs éléments du droit des traités. Ils forment un ensemble sur lequel s'appuie également le concept de traité international en reconnaissant le rôle de la volonté individuelle dès lors qu'elle s'inscrit dans une exigence de respect de ses engagements<sup>1077</sup>. Plus largement, ils mettent en avant la façon dont un régime juridique peut être gouverné par un certain nombre de principes généraux en fonction desquels seront appréciées des dispositions particulières. Dans le cadre du traité international, cela conduit en premier lieu à souligner le rôle structurant du principe *pacta sunt servanda* autour duquel s'articule le régime juridique conventionnel<sup>1078</sup>. Attaché au traité en tant que support normatif, il reflète ce rattachement au droit international. Il traduit la reconnaissance par le droit international de la capacité du traité à produire des effets juridiques<sup>1079</sup>. Si son statut peut faire débat, il n'en est pas moins la règle de droit international général qui permet au traité de faire produire ses effets. Sans cette consécration par *pacta*

---

<sup>1076</sup> Voir Alain BENABENT, *Droit des obligations... op. cit.*, 2017, pp. 43-47 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations... op. cit.*, 2017, pp. 245-260 et notamment : « les principes peuvent ainsi assurer une certaine cohérence au système juridique et sont utiles, à condition de n'être pas contradictoires. [...] l'invention par les tribunaux de principes généraux a souvent pour but de ménager un espace de liberté lorsqu'ils se sentent à l'étroit dans l'application de la loi. [...] La plasticité de ces principes est alors source d'insécurité car elle transfère à l'interprète le soin de définir la règle – et pas seulement de l'appliquer – grâce à la technique du « standard » », *Ibid.*, pp. 245-246.

<sup>1077</sup> « Traditionnellement la force obligatoire du contrat repose sur la volonté de l'homme, qui implique qu'il soit libre de l'exercer en s'engageant. Liberté et force obligatoire ont un berceau commun, l'autonomie de la volonté, principe philosophique selon lequel la volonté humaine peut constituer à elle-même sa propre loi. De même, le principe de bonne foi, loin de contredire ou d'atténuer les deux premiers, en est le prolongement : il permet à la volonté de s'exercer en vérité et oblige à adopter, au cours de l'exécution du contrat, un comportement conforme aux attentes des parties », Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations... op. cit.*, 2017, p. 246 ; voir également sur l'autonomie de la volonté comme source de ces trois principes directeurs, François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations... op. cit.*, 2009, p. 33-34.

<sup>1078</sup> Voir également *Supra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 2, Section 2, 1.

<sup>1079</sup> « [A]xiome fondateur du régime des traités [...] c'est en tant que les parties sont maintenant tenues en droit d'observer (*servare*) les énoncés dont elles sont une fois convenues (*quod pactum est*) que leur acte est un traité et non, par exemple, un *gentlemen's agreement* ou un autre accord purement politique », Jean COMBACAU, *Droit des traités... op. cit.*, 1991, p. 68.

*sunt servanda*, les effets juridiques du traité resteraient de l'ordre du virtuel. Généralement considéré comme règle coutumière, ce principe interpelle par sa permanence. Ainsi, en dépit des différences radicales entre les systèmes internationaux antiques et contemporains, on observe une reconnaissance similaire de ce principe<sup>1080</sup>. Dès lors, son statut dépasse celui de la simple règle relative au droit des traités. Sa reconnaissance est un préalable nécessaire à l'existence même du traité<sup>1081</sup>. Il est ainsi largement considéré que le principe *pacta sunt servanda* représente une règle coutumière du droit international dont le caractère essentiel conduit certains à en faire le fondement même du système juridique international<sup>1082</sup>. Cependant, les débats sur sa qualité de principe général du droit ou même comme principe de droit naturel révèlent la dimension centrale de la règle au-delà même du cadre conventionnel<sup>1083</sup>. Il faut ainsi souligner le caractère inhérent au système juridique international de cette règle qui apparaît alors comme

---

<sup>1080</sup> Voir notamment John B. WHITTON, « La règle *pacta sunt servanda*... *op. cit.*, 1934, pp. 160-174.

<sup>1081</sup> Voir par exemple le 3<sup>ème</sup> rapport de G. Fitzmaurice sur le droit des traités : « Aucun traité ne serait obligatoire s'il n'existait déjà une règle de droit aux termes de laquelle les engagements souscrits dans certaines circonstances et sous une forme donnée créent des obligations qui lient les parties. Une telle règle doit nécessairement être extérieure au traité, car aucun instrument ne peut tirer uniquement de lui-même sa force obligatoire. Le principe selon lequel le consentement donné en bonne et due forme crée une obligation juridique n'est pas une règle conventionnelle, bien que tout le droit des traités repose sur elle. Une telle règle ne pouvait être créée par voie de traité, parce que le traité qui viserait à l'établir ne serait pas lui-même obligatoire si la règle ne préexistait pas de façon indépendante, en tant que règle du droit international général », *Ann. CDI*, vol. II, 1959, p. 54.

<sup>1082</sup> « A première vue, il existe un fondement apparent, dont se réclame une large partie de la doctrine classique, et qui est le principe *pacta sunt servanda de bona fide*. » Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 79. Cette position est notamment celle exprimée par H. Kelsen, voir notamment « Théorie du droit international public », *RCADI*, tome 84, 1953/3, p. 129 et le conduit à affirmer une supériorité du droit coutumier sur le droit conventionnel. Voir également sur la consécration par la doctrine classique du principe Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2002, pp. 123-125.

<sup>1083</sup> Ces positions se fondent sur la permanence de la règle tant en droit international que dans tout ordre juridique interne, voir John B. WHITTON, « La règle *pacta sunt servanda*... *op. cit.*, 1934, pp. 151-154, spéc. « le besoin impérieux d'une certaine stabilité dans ses rapports avec ses semblables a imposé à l'homme un principe de fidélité à la parole donnée », p. 151. Cependant, avant même d'observer comment le droit positif appréhende le principe, on peut constater que la notion même de principe général ne pourrait qu'accueillir difficilement la règle *pacta sunt servanda* : « les principes généraux de droit, au sens de l'article 38 du Statut de la Cour sont [...] des principes communs à l'ensemble des systèmes juridiques développés. Par définition, ce ne sont donc pas des principes propres au droit international. On ne saurait, dès lors, voir en eux un mode de formation spécifique de ce droit. Ils se présentent plutôt comme une source matérielle [...] ils ne jouent en réalité qu'un rôle supplétif, ce qui explique qu'ils ne puissent prévaloir ni sur un traité ni sur une coutume », Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... », *op. cit.*, 1983, p. 171.



un axiome du droit international, un principe présupposé par le système juridique lui-même et sans lequel un tel système ne peut exister<sup>1084</sup>. Dans le cadre du droit des traités, le statut de la règle importe finalement peu. Si sa codification par la Convention de Vienne tend à souligner son caractère coutumier, rien n'interdit de la voir également consacrée comme principe général de droit. Au-delà de son rôle déterminant dans l'exécution des obligations conventionnelles<sup>1085</sup>, il s'agit avant tout de souligner que le droit des traités se présente comme un régime juridique composite. Celui-ci s'appuie sur une complémentarité entre les dispositions propres à chaque traité, les règles conventionnelles communes à tous les traités et des principes non conventionnels également communs à l'ensemble de la matière<sup>1086</sup>.

**346.** Ce constat conduit à une double interrogation, celle de la place de la règle *pacta sunt servanda* parmi les règles générales coutumières d'une part et celle de l'articulation de ces règles générales avec les règles conventionnelles générales ou particulières d'autre part. La codification du principe *pacta sunt servanda* dans le cadre de la Convention de Vienne témoigne d'une évolution quant aux principes

---

<sup>1084</sup> «Le traité tire son autorité en droit international des règles posées par l'ordre juridique pour établir les conditions de son processus de formation et celles de la validité de l'acte juridique qui en résulte. Il paraît en effet possible d'affirmer que le principe du caractère obligatoire des traités est doté d'une portée *structurellement impérative*, en tant qu'elle constitue une exigence première de l'existence et de la cohérence d'un ordre juridique international », Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2002, p. 125. A ce titre, il est intéressant de noter que des auteurs issus de courants doctrinaux très différents ont défendu l'idée de *pacta sunt servanda* comme un axiome du droit international, comparer par exemple D. Anzilotti : « La force obligatoire de ces normes [celles de droit international] dérive du principe que les États doivent respecter les accords conclus entre eux : *pacta sunt servanda*. Ce principe, précisément parce qu'il est à la base des normes dont nous parlons, n'est pas susceptible d'une démonstration ultérieure du point de vue des normes elles-mêmes : il doit être pris comme une valeur objective absolue ou, en d'autres termes, comme l'hypothèse première et indémontrable à laquelle se rattache d'une façon nécessaire cet ordre comme tout autre ordre, de connaissances humaines », Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international* (1929), Paris, Sirey, 1999, p. 44 et G. Scelle : « », Georges SCELLE, *Précis de droit international*, Paris, Sirey, 1932, pp. 336-337.

<sup>1085</sup> Voir *Supra* 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 3, Chapitre 2, Section 2, 1. b.

<sup>1086</sup> Voir Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, pp. 111-114, spéc. p. 112 : « Dans le cadre d'un régime commun qui correspond à l'unité de la catégorie juridique « traité », l'unité n'implique pas l'uniformité, la généralité l'identité. Chaque traité, dans le cadre des règles communes, connaît un régime qui lui est propre. Chacun d'eux conserve ainsi sa singularité. Elle résulte de la combinaison de trois éléments hiérarchisés et au minimum coordonnés : les règles du traité lui-même ; les règles générales codifiées par les Conventions de Vienne et acceptées par les parties au traité pertinent ; les règles du droit coutumier ».

internationaux applicables au droit des traités. Ainsi, il a été souligné que dans le cadre conventionnel ce principe devait s'articuler avec un certain nombre de règles consacrées par la Convention et tendant à en limiter les effets<sup>1087</sup>. Ce souci de conciliation du principe n'est cependant pas nouveau mais traduit une évolution du droit international. En effet, la période du droit international classique voit un certain nombre d'auteurs défendre l'idée que la règle *pacta sunt servanda* puisse être écartée dans certaines situations qui ont pour point commun de la soumettre à la souveraineté de l'État. Ainsi Machiavel, Hobbes ou Spinoza considèrent que le principe doit s'incliner devant les intérêts supérieurs de l'État traduisant ainsi une conception absolue de la souveraineté<sup>1088</sup>, conception qui conduit par ailleurs à ne concevoir que difficilement la possibilité même d'un droit international. A l'inverse, l'élaboration de la Convention de Vienne a quelque peu déplacé la question en soulignant la nécessité de soumettre l'application de la règle à d'autres règles du droit international dans un souci de validité des traités, reflétant alors plutôt une restriction de la volonté souveraine. En effet, il s'agit ici de souligner que la volonté de l'État n'est plus absolue mais est dépendante d'un certain nombre de conditions de validité comme celles relatives aux vices du consentement, à l'exception d'inexécution, au changement de circonstances ou encore au *ius cogens*<sup>1089</sup>. Plus que des exceptions, il faut voir dans ce souci de conciliation un enrichissement des modalités d'application de *pacta sunt servanda* autour duquel se développe le droit des traités comme en témoigne sa mention du principe dès le préambule de la Convention<sup>1090</sup>. Les règles gouvernant le traité s'articulent alors autour de *pacta sunt servanda* comme principe directeur du régime

---

<sup>1087</sup> « [L]es représentants des gouvernements insistèrent-ils sur la nécessité de tempérer la règle *pacta sunt servanda* par d'autres règles du droit des traités ou du droit international général. [...] la règle prescrite par l'article 26 est dès lors indissociable de toutes les autres règles de la Convention qui en prescrivent les modalités et les limites », Jean SALMON, « Article 26 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 1077-1078.

<sup>1088</sup> Voir John B. WHITTON, « La règle *pacta sunt servanda*... op. cit., 1934, pp. 241-245.

<sup>1089</sup> « A la suite des travaux de la Conférence de Vienne, ces différentes « exceptions » [...] se retrouvent aujourd'hui envisagées, non comme des « exceptions » à la règle mais comme des modalités de son champ d'application ou de son application compte tenu d'autres règles du droit des traités relatives à l'entrée en vigueur, la validité, l'extinction, etc qui sont intégrées dans les différents chapitres du régime des traités et sont désormais indissociables de la règle *pacta sunt servanda* elle-même », Jean SALMON, « Article 26 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 1112.

<sup>1090</sup> « Constatant que les principes du libre consentement et de la bonne foi et la règle *pacta sunt servanda* sont universellement reconnus ».

juridique du traité. Par exemple, la remise en cause de l'application des traités, provisoire ou définitive, s'analyse comme la remise en cause d'un lien conventionnel opposable. Les procédures de suspension, de modification ou de dénonciation des traités ne sont que les conséquences du principe *pacta sunt servanda*.

347. Par ailleurs, la reconnaissance du caractère coutumier du principe *pacta sunt servanda* conjugué à sa dimension structurante pour le droit des traités peut laisser penser à une soumission du droit conventionnel au droit coutumier<sup>1091</sup>. Cependant, la complémentarité des règles coutumières et conventionnelles ne conduit cependant pas à établir une supériorité de la coutume sur les traités<sup>1092</sup>. Loin de poser une supériorité de la coutume sur le traité, le caractère coutumier des principales règles de droit des traités traduit simplement l'imbrication des sources du droit international et confirme leur valeur équivalente. Retenir une solution contraire, dans le cadre de l'équivalence normative des règles internationales, reviendrait à hiérarchiser non seulement le traité par rapport à la coutume mais également les règles coutumières entre elles, celles gouvernant les traités leur étant supérieures tandis que parallèlement les règles coutumières ne portant pas sur le droit des traités s'inclineraient devant une règle conventionnelle contraire en vertu du principe *lex specialis derogat lex generali*.

---

<sup>1091</sup> Voir notamment en ce sens Georges TEBOUL, "Remarques sur le rang hiérarchiques des conventions inter-étatiques et du droit international coutumier dans l'ordre juridique international", *JDI*, 2010/3, pp. 705-735. Celui-ci ne s'appuie pas cependant pas sur la règle *pacta sunt servanda* pour établir cette supériorité mais sur une règle coutumière de laquelle elle découle qui serait celle d'une reconnaissance de principe de la capacité conventionnelle des États, en conséquence, « il apparaît possible d'affirmer, au regard de la logique juridique, que la validité des traités conclus entre Etats repose sur la règle de droit international habilitant ces derniers à se lier par voie de traité. Et cette règle étant de nature coutumière, il est acceptable d'affirmer [...] que le groupe constitué par des normes coutumières internationales est hiérarchiquement supérieur au groupe composé de l'ensemble des normes conventionnelles interétatiques », *Ibid.*, pp. 715-716.

<sup>1092</sup> « Le traité l'emporte sur la coutume mais la coutume peut modifier le traité. Comment pourrait-il d'ailleurs en être autrement, si l'on considère combien traité et coutume sont liés l'un à l'autre, combien il est par conséquent difficile de les dissocier pour leur donner une valeur hiérarchique différente et constante ? C'est la coutume qui régit toute la théorie des traités, qui définit les conditions de leur conclusion et de leur application, y compris les exceptions qui peuvent en suspendre ou en supprimer les effets ; mais bien des traités ne sont que l'expression parfois plus précise d'une règle coutumière », Paul REUTER, « Principes de droit international... » *op. cit.*, 1961, p. 484.

## Section 2 : L'application conventionnelle du droit international

**348.** L'insertion du traité dans le droit international fait ressortir la souplesse de son régime juridique permettant la large variété de ses effets juridiques. Plus précisément, le caractère composite et complexe de la formation du traité international souligne la liberté laissée aux parties quant au contenu comme à l'intensité des effets juridiques du traité. Chaque traité établit son propre régime juridique en associant au régime commun du traité des règles spécifiques. Cette situation fait du traité un instrument de formation mais également d'application du droit international. Il n'est ainsi pas seulement à l'origine d'obligations conventionnelles dont il s'agit de s'assurer de l'exécution mais, en tant qu'instrument juridique, le traité se présente comme une technique d'application du droit international pour ses parties<sup>1093</sup>. Il permet la formation de régimes conventionnels<sup>1094</sup> entendu comme la capacité par le biais d'instruments juridiques successifs dérivant d'un traité originaire de construire un régime juridique approfondi dans une matière donnée afin d'organiser aussi bien la formation des obligations juridiques que leur application (1), la diversité de ces régimes reflétant alors la place essentielle des traités en droit international (2).

### *1. Le traité comme régime conventionnel*

**349.** La notion de régime conventionnel permet de mieux percevoir la capacité du traité à être un moyen d'application du droit international, au-delà de sa qualité de mode de formation du droit international. Elle souligne alors la malléabilité de l'instrument conventionnel et partant, l'intérêt essentiel qu'il recouvre pour

---

<sup>1093</sup> Cette distinction renvoie d'une part à l'application du droit comme conséquence individualisée d'une règle de droit abstraite et d'autre part à l'exécution du droit comme mise en œuvre, y compris par la contrainte du droit.

<sup>1094</sup> « La notion de régime conventionnel est d'ordre doctrinal et non positif. Elle est plus familière aux analyses de science politique ou de relations internationales mais n'en demeure pas moins juridiquement pertinente. Elle signifie que le traité multilatéral se place progressivement au centre d'un ensemble juridique constitué d'instruments subséquents, collectifs, qui ont trait à la mise en œuvre du traité et dont il est la matrice », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 126. Voir également sur la notion de régime international, Stéphane CHAUVIER, "Régimes associatifs internationaux", *Annuaire Français de Relations Internationales*, vol. XVI, 2015, pp. 25-41

l'application du droit international. La possibilité même des régimes conventionnels découle des propriétés des traités internationaux en tant que collection d'actes unilatéraux (a). Existante dès lors qu'il existe des traités internationaux, la notion de régime conventionnel n'en est pas moins liée au développement du multilatéralisme (b).

### *a. Une capacité intrinsèque du traité international*

**350.** Cette capacité du traité s'observe dès l'Antiquité dans la multiplicité des ensembles conventionnels que connaît aussi bien la Grèce que Rome. Par exemple, s'agissant des cités grecques, au-delà de la pratique des traités de paix, on constate le développement d'alliances formées par le biais de traités entre cités et qui instituent des régimes conventionnels plus ou moins complexes et ayant vocation à perdurer. De la même façon, le recours aux traités peut permettre d'organiser le fonctionnement des sanctuaires panhelléniques. Ces différentes situations témoignent d'une pratique conventionnelle diverse et développée permettant non seulement le règlement de situations et de relations bilatérales mais également d'organiser une vie internationale approfondie<sup>1095</sup>. La pratique romaine révèle également une importante diversité des traités. On observe notamment l'existence de différents catégories de traités d'amitié permettant de prévoir des protections légales à Rome pour les personnes et les biens originaires de la partie étrangère. Si les traités *d'amicitia* restent relativement vagues dans la protection réciproque des ressortissants qu'ils prévoient, les traités *d'hospitium* et les *foedus* possèdent un contenu bien plus abouti. Ces différentes catégories de traités ont évolué au cours de l'histoire de Rome, accompagnant à la fois le développement du caractère juridique des rapports internationaux mais également l'impérialisme romain<sup>1096</sup>. L'intérêt de ces traités, du point de vue de l'application du droit international, est le dépassement d'une simple réciprocité limitée aux rapports internationaux pour

---

<sup>1095</sup> « [T]his diversity of names for international agreements indicated an articulated international culture, unrivaled by ancient Near Eastern practice, and probably superior even to Roman understanding », David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, p. 155.

<sup>1096</sup> Pour une présentation plus approfondie de ces différentes catégories et leur mention par les sources historiques, notamment Polybe et Tite-Live, voir Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, pp. 75-80.

organiser sur le plan du droit interne des mécanismes de protection mais également de règlement des litiges<sup>1097</sup>. Les traités permettent d'organiser des rapports complexes, permanents et modifiant le droit interne de la cité.

**351.** La place déterminante qu'occupe le traité en droit international apparaît à la fois dans les modalités de son insertion dans ce système juridique mais également sur un plan empirique à travers l'importance et la diversité de la pratique<sup>1098</sup>. Celle-ci confirme dans l'ensemble le respect des règles encadrant le traité et en premier lieu, *pacta sunt servanda*. Elle permet également de relever la souplesse de l'instrument conventionnel qui découle de ses caractéristiques et qui s'observe à travers la notion de régime conventionnel. La capacité des traités à créer un régime conventionnel s'observe en premier lieu à travers son encadrement. Le caractère composite du régime juridique attaché à chaque traité souligne cette capacité. Elle découle de la composition même de l'instrument conventionnel comme collection d'actes juridiques. En quelque sorte, chaque traité est déjà un régime conventionnel<sup>1099</sup>. Cependant, il s'agit ici de tirer les conséquences de cette nature du traité qui lui permet d'établir par lui-même l'autorité juridique de ses dispositions. A cette diversité normative des effets du traité correspond une diversité quantitative. Chaque instrument conventionnel est libre du degré de précision de ses dispositions mais également de prévoir des mécanismes d'application aussi bien positifs que négatifs. Cette diversité matérielle des traités est le reflet de l'absence d'une délimitation matérielle du domaine du

---

<sup>1097</sup> Il s'agit notamment de l'institution des *recuperatores*, voir Yvonne BONGERT, « *Recuperatores* » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité... op. cit.*, 2015, p. 1871.

<sup>1098</sup> « Les gouvernements continuent d'employer le traité comme une technique très précieuse de prédétermination de l'avenir tant qu'il existe un taux de concordance suffisant entre les dispositions conventionnelles et les conduites ultérieures qu'elles visent. Ce taux de concordance doit être respecté non pas au nom d'un dogme mais simplement pour que les États continuent d'utiliser un instrument technique qu'ils s'accordent à reconnaître comme fort commode », Guy de LACHARRIERE, *La politique juridique extérieure... op. cit.*, 1983, pp. 201-202.

<sup>1099</sup> « La construction conventionnelle du droit international n'en fait pas un ensemble pyramidal qui serait structuré par une colonne vertébrale unique, assurant la hiérarchie et l'interdépendance d'une composition ordonnée qui les rassemblerait tous. Si tous les traités relèvent des mêmes règles générales, chacun d'eux définit librement ses relations avec les autres dans le respect de leur propre autonomie. Ne se constituent ainsi, le cas échéant, que des ensembles partiels et séparés les uns des autres » Serge SUR, « La créativité du droit international... op. cit. », 2012, p. 124.

droit international<sup>1100</sup>. Plus profondément, la question des régimes conventionnels met en jeu la question du caractère strictement subjectif du droit international. Cette possibilité d'organiser l'application des obligations conventionnelles par le traité est une modalité de contournement d'une concurrence des parties dans cette application que ce soit au stade de l'interprétation des dispositions du traité ou à celui de l'exécution des obligations. En cela, la notion de régime conventionnel tente de limiter les conséquences de la structure du droit international qui fait des États à la fois les auteurs de la règle mais également les sujets de celle-ci, les interprètes comme les autorités exécutrices. L'absence de définition matérielle du droit international conduit à insister sur sa dimension formelle qui au regard de la souveraineté des États est source d'incertitudes au stade de son application<sup>1101</sup>.

**352.** La notion de régime conventionnel représente ainsi une technique permettant de limiter l'individualisation des règles internationales par la volonté d'atteindre une certaine objectivité. La tension du droit international entre droit universel et droit des rapports internationaux se résout historiquement, en tout cas, dans sa version moderne, au profit de la subjectivité du droit international et donc de sa dimension de droit encadrant les rapports entre États. Si cette inclination du droit international découle en partie de sa structure même, elle apparaît parfois excessive dans ses conséquences notamment sur le plan du rapport entre droit et

---

<sup>1100</sup> Voir notamment Robert KOLB, « Le domaine matériel du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 48 : « Si le seul fait que des sujets du droit international choisissent de traiter juridiquement d'une matière dans leurs rapports mutuels suffit à l'incorporer, du moins partiellement, dans le droit international public, il peut paraître difficile de définir le droit international par son objet. En effet, à première vue, le droit international pourrait avoir n'importe quel objet, n'importe quel contenu ».

<sup>1101</sup> « [Le droit international a vu la création] d'un cadre juridique formel, sophistiqué et procédural qui, pour cette raison, permet toujours de renvoyer les questions substantielles, ou l'idée matérielle de justice, à des procédures additionnelles, à des interprétations diverses, à l'équité, au contexte, et ainsi de suite. [...] Et le succès du droit international dépend justement de cet aspect formel, à savoir de son refus d'imposer des règles prédéterminées ou des solutions toutes faites pour la résolution d'un conflit futur. Bien qu'il y ait un processus juridique distinct – et, en ce sens, un système juridique international de règles relativement autonome et cohérent [...] –, il n'y a pas de principe matériel juridique déterminé, pas d'ordre public spécifique à imposer », Matti KOSKENNIEMI, "The Politics of International Law", *EJIL*, 1990, vol. 1, pp. 1-32, traduit par A-C Martineau, "Entre Utopie et Apologie : la politique du droit international" in CEDIN, *Matti Koskenniemi-La politique du droit international*, Paris, Pedone, coll. « Doctrines », 2007, p. 90.



politiques ou sur le plan de la sécurité juridique<sup>1102</sup>. Or le droit conventionnel se présente comme un élément de renforcement de cette dimension individualisante du droit international dont la technique des réserves semble être l'un des aspects les plus représentatifs. Les réserves permettent à chaque partie à un traité de définir son propre engagement à l'égard de ce traité. Si cela paraît conforme à la place de l'engagement dans la formation même de l'instrument conventionnel, les réserves sont également une atteinte importante à l'unité même du contenu du traité<sup>1103</sup>. La technique des traités-cadre, et au-delà des régimes conventionnels, peut se présenter, si ce n'est comme une solution, au moins comme un moyen de contournement de cette limite du droit international en dissociant et en étalant l'accord originaire et son application<sup>1104</sup>. La capacité des traités à instituer des régimes conventionnels révèle le rôle joué par le traité dans la régulation juridique des relations internationales. Parce qu'ils peuvent, plus que tout autre mode de formation du droit international, préciser les obligations qui en découlent, les traités permettent d'encadrer les rapports internationaux suivant des modalités diverses dont les combinaisons apparaissent illimitées. Ainsi, si l'on reprend la classification proposée par G. Fitzmaurice entre obligations réciproques, intégrales et interdépendantes, on peut constater la diversité des modalités de régulation conventionnelle possible, d'autant plus qu'un même traité peut créer des obligations de plusieurs types<sup>1105</sup>.

---

<sup>1102</sup> « Les conséquences de cette tendance prononcée vers l'individualisation consistent en un déplacement du centre de gravité du droit international. Cet ordre juridique vise souvent davantage à accompagner des conflits qu'à régler généralement les disciplines sociales. Le droit international est un droit ambulatoire avant d'être un droit ordonnateur. [...] L'individualisation du droit international est directement corrélative à sa perméabilité aux visées du pouvoir. Le droit ne peut les contenir que par le précepte. Une fois celui-ci dilué, le pouvoir s'infiltré à travers des membranes devenues diaphanes », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, pp. 312-313.

<sup>1103</sup> Les débats autour de cet aspect de la question des réserves sont largement connus et posés depuis CIJ, avis du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *Rec CIJ 1951*, p. 15.

<sup>1104</sup> Voir Surabhi RANGANATHAN, « Between Philosophy and Anxiety ? The Early International Law Commission, Treaty Conflict and the Project of International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 83, 2012, pp. 82-114.

<sup>1105</sup> Voir notamment Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... op. cit. », 2002, pp. 135-146.

**353.** L'instrument conventionnel peut ainsi anticiper les modalités d'application des obligations qu'il contient. On peut distinguer deux voies possibles qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre selon que l'application du traité s'appuie sur un organe commun aux États parties ou sur la création d'une organisation internationale. Les parties sont alors tenues par les actes de ces organes ou ces organisations qui peuvent veiller tant à l'exécution des obligations qu'à l'interprétation des dispositions du traité. Ces régimes supposent un traité originaire dont la caractéristique est d'être un traité-cadre<sup>1106</sup>. Celui-ci se caractérise par une volonté d'échelonnement dans le temps de la formation des obligations internationales relatives à son domaine. C'est cet échelonnement qui conduit les régimes conventionnels à être aussi bien des instruments de formation que d'application du droit international. Le traité-cadre conduit alors d'une part à l'élaboration de nouveaux instruments du droit international<sup>1107</sup> et d'autre part, à la formation d'organes ou d'organisations. Ces nouveaux instruments, protocoles, accords complémentaires, actes des organes ou organisations, présentent la particularité d'être à la fois liés au traité originaire en ce qu'ils en découlent mais également partiellement autonomes à son égard car ils ne lient pas forcément l'ensemble des parties. Ces dernières sont par contre toutes également parties aux organes ou organisations communes dont la diversité reflète la liberté conventionnelle. En effet, il peut s'agir autant d'une simple conférence des États parties que d'une organisation dotée d'une personnalité juridique internationale et connaissant une institutionnalisation poussée.

---

<sup>1106</sup> « Un traité-cadre est un instrument conventionnel qui énonce les principes devant servir de fondement à la coopération entre les États parties dans un domaine déterminé, tout en leur laissant le soin de définir par des accords séparés, les modalités et les détails de la coopération, en prévoyant s'il y a lieu, une ou des institutions adéquates à cet effet », Alexandre KISS, « Les traités-cadres : une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement », *AFDI*, vol. 39, 1993, p. 793.

<sup>1107</sup> « Il s'agit soit de textes non juridiquement obligatoires, déclarations interprétatives, actes ou déclarations finales de conférences régulières d'examen ou de réunions de parties, soit d'accords obligatoires, voire de traités formellement indépendants mais qui s'inscrivent dans le cadre du traité initial en complétant ses stipulations dans des domaines connexes », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 126.

### ***b. Le multilatéralisme et le développement des régimes conventionnels***

354. Le développement des régimes conventionnels est ainsi lié au multilatéralisme en ce que l'objectivation du droit international qu'ils supposent permet de sortir d'une stricte bilatéralité de l'exécution conventionnelle du droit international. Ils vont ainsi se déployer sur deux plans, l'un formel, l'autre matériel. D'une part, ils permettent une institutionnalisation du droit international car toute organisation internationale découle nécessairement d'un traité-cadre. D'autre part, ils favorisent une « réglementation » du droit international.

355. Ce lien avec le multilatéralisme semble traduire le caractère profondément moderne des régimes conventionnels. Pourtant, cela est à relativiser comme le montre la pratique grecque notamment. En effet, le monde grec connaît une pratique plus ou moins développée de traités multilatéraux<sup>1108</sup>. Ces derniers prennent avant tout place dans le cadre des alliances militaires telle la ligue de Délos qui rassemble le camp athénien dans la guerre du Péloponnèse. Toutefois ces alliances militaires cachent le plus souvent un impérialisme sous-jacent qui ne reflète pas un multilatéralisme conventionnel équilibré. Ainsi, la Ligue de Corinthe va servir d'instrument d'unification du monde grec sous le pouvoir du roi de Macédoine Philippe II. La capacité du multilatéralisme conventionnel à construire des régimes approfondis et à organiser une vie internationale approfondie ressort plus nettement du phénomène des amphictionies<sup>1109</sup>. Celles-ci sont au départ des alliances fondées sur un culte commun et ayant pour objet la protection et l'organisation d'un sanctuaire. En permettant l'accroissement des liens entre les cités membres, les amphictionies vont voir leur rôle s'accroître à travers l'organisation de jeux, la mise en place de conseils rassemblant des envoyés de chaque cité membre ou encore la reconnaissance d'un rôle consultatif pour organiser le règlement des différends entre cités grecques<sup>1110</sup>.

---

<sup>1108</sup> Voir Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, pp. 57-59.

<sup>1109</sup> François LEFEVRE, « Amphictionie » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité... op. cit.*, 2015, pp. 97-98.

**356.** Le sujet renvoie à une ambiguïté fondatrice du droit international qui se présente à la fois comme un droit de régulation des rapports entre sujets mais également comme un droit commun à l'ensemble de la communauté internationale. En insistant sur la dimension inter-étatique du droit international, la période classique, marquée par une attention particulière portée à la souveraineté, a conduit à une prééminence de cette dimension sur l'idée de droit international comme droit commun de la société internationale<sup>1111</sup>. Dans le même temps, la place de la souveraineté des Etats dans le système juridique international conduit à une faible généralité des règles de droit. Au contraire, le droit international s'est largement caractérisé par une prééminence de l'individualisation de ces règles juridiques<sup>1112</sup>. L'approfondissement de la régulation juridique de la société internationale dans le cadre de la multiplication des entités étatiques au cours du XX<sup>ème</sup> siècle a nécessité une évolution tendant à une moindre individualisation alors même que les sujets concernés voyaient leur nombre s'accroître. Le traité international a pu jouer ici un rôle décisif d'autant plus qu'il permet la formation des organisations internationales. Ces dernières sont particulièrement représentatives du développement du multilatéralisme et viennent rappeler la capacité du traité à développer des régimes complexes et précis. Les organisations internationales ne peuvent fonctionner que par le biais d'instruments conventionnels en raison du besoin de précision et de sécurité juridique que ne peut leur apporter la coutume. Cette capacité « institutionnalisante » du traité international est à mettre en lien avec sa capacité de dépassement de l'inter-subjectivité qui préside à sa formation et à sa qualité de support normatif. La conciliation de l'unilatéral et du concerté que l'on a pu observer sur le plan statique se retrouve dans la dynamique du traité, dans son étalement dans le temps entre sa formation et son exécution. Les traités multilatéraux, particulièrement ceux qui permettent la constitution d'organisations

---

<sup>1110</sup> Voir David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 168-171.

<sup>1111</sup> Voir Jean MOREAU-REIBEL, « Le droit de société interhumaine et le *jus gentium*... op. cit., 1950, pp. 500-511.

<sup>1112</sup> Voir notamment Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.* ainsi que Charles de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public... op. cit.*, 1970, pp. 164-170

internationales, sont le point de départ d'une objectivation du droit international que l'on peut retrouver dans le mouvement de « réglementarisation » de celui-ci<sup>1113</sup>.

**357.** Le traité international permet donc d'organiser des rapports juridiques particulièrement complexes entre les différentes parties. Les obligations peuvent être de différente nature et ne sont pas nécessairement les mêmes pour chacun. Le traité autorise souvent une asymétrie des obligations auxquelles sont soumises les parties<sup>1114</sup>. Cette capacité du traité international explique sa souplesse et sa malléabilité au regard des rapports politiques sur la scène internationale. Elle permet de faire coïncider l'hétérogénéité politique des Etats et leur égalité juridique en l'absence d'un pouvoir centralisé et supérieur. Le traité international se présente comme un instrument qui permet non seulement d'encadrer les rapports entre ces sujets mais également de réguler des objets transnationaux. Cette capacité du traité international a permis le développement des organisations internationales à travers le multilatéralisme. Ce phénomène s'inscrit plus largement dans un mouvement de multiplication des conventions multilatérales générales qui vient faire évoluer les modalités d'application conventionnelle du droit international<sup>1115</sup>. Ces traités multilatéraux sont à la source de différentes évolutions contemporaines essentiels et soulignant la capacité du traité à créer des régimes juridiques complexes, dépassant la conception classique de la réciprocité pour proposer une forme embryonnaire de législation internationale et de son application. Tout d'abord, ils permettent la formation d'organisations internationales favorisant alors un phénomène d'institutionnalisation de la société internationale dans lequel le traité

---

<sup>1113</sup> « [L]e traité permet aux États de projeter et d'adopter des régimes juridiques complexes et détaillés, des *package deals*, des régimes institutionnels articulés, des règles de procédure, autant de systèmes normatifs qu'il aurait été impossible de développer à travers le seul droit non-écrit, trop générique, trop flottant, trop incertain pour suffire à de tels besoins d'organisation positive. Une organisation internationale ne peut guère fonctionner sur la seule base d'une coutume. Le traité permet ainsi de transférer par analogie vers le plan international une véritable activité législative, un « social engineering » international, indispensable à la gestion du monde moderne », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, p. 173.

<sup>1114</sup> « Mentionnons enfin une caractéristique fréquente de ces régimes, l'asymétrie des droits et obligations des parties aux conventions qui sont à leur base. Asymétrie ne signifie pas inégalité, et à la base des engagements des parties on trouve toujours l'égalité des consentements. Mais l'égalité n'implique pas l'identité des droits et obligations », Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, p. 128.

<sup>1115</sup> Voir notamment Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2018, pp. 425-436.

joue un rôle décisif<sup>1116</sup>. Ensuite, ils peuvent être à l'origine de phénomènes de traité-cadres qui permettent l'élaboration successive d'instruments conventionnels visant à la fois à réglementer un objet donné puis à mettre en œuvre et à approfondir cette réglementation<sup>1117</sup>. Enfin, ils conduisent aussi bien à l'élaboration de règles générales dont l'autorité reste déclaratoire dans un premier temps avant, parfois de témoigner d'une coutume en voie d'émergence ou d'être précisées par des dispositions techniques et précises rendues nécessaires par l'apparition de nouveaux sujets transnationaux.

## ***2. La diversité des régimes conventionnels***

**358.** Les régimes conventionnels peuvent se développer dans n'importe quel domaine du droit international dans la mesure où aucune condition de validité matérielle ne peut venir les encadrer. Cependant, il apparaît que certains domaines du droit international sont particulièrement réceptifs à cette technique, particulièrement ceux qui occupent une place essentielle dans le système juridique international. Deux sont ici retenus en raison de leur importance. Il s'agit d'une part de celui de la paix et de la sécurité internationales en raison de son aspect fondateur pour le droit international (a). D'autre part, le droit international de l'environnement, en raison du caractère universel et donc transnational de son objet, est particulièrement représentatif de la capacité du traité international à réguler de nouveaux objets du droit international (b).

---

<sup>1116</sup> Voir notamment Mathias FORTEAU, « Organisations internationales et sources du droit » in Evelyne LAGRANGE et Jean-Marc SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 257-285 et Manfred LACHS, « Le rôle des organisations internationales dans la formation du droit international », in *Mélanges Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 159-164

<sup>1117</sup> Voir *Infra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 4, Chapitre 1, Section 2, 2. b. pour un exemple de cette utilisation des traités-cadres.

### *a. La dimension fondatrice du droit de la paix et de la sécurité internationales*

**359.** La question de la paix occupe une place essentielle dans le développement du droit international<sup>1118</sup>. Cela découle en premier lieu de l'objectif même de tout système juridique qui tend à être une modalité d'encadrement du recours à la violence. Si le droit coutumier n'est pas absent de ce domaine, la technique conventionnelle apparaît comme un moyen privilégié d'établissement de la paix en permettant un encadrement clair et explicite du domaine. En conséquence, on pourra relever le caractère fondateur des traités de paix et d'alliance pour tout système juridique international<sup>1119</sup>. Il n'est ainsi pas surprenant de constater un tel rapport dès l'antiquité gréco-romaine. La pratique conventionnelle de la Grèce comme de la Rome antique fait ressortir la façon dont le traité rythme l'alternance entre guerre et paix. A la motivation juridique de l'entrée en guerre correspond la sortie de cet état et l'établissement de la paix grâce au traité<sup>1120</sup>. De façon générale, le monde grec connaît un certain nombre de règles encadrant la vie internationale et ayant diverses conséquences sur le plan de la poursuite de la guerre. En matière de *ius in bello*, il est ainsi reconnu l'existence d'immunités accordée à des personnes et des lieux dont la violation peut constituer un motif de guerre. De la même façon, la conscience de règles juridico-religieuses implique une certaine retenue dans les combats. Ce constat est cependant très largement nuancé par les

---

<sup>1118</sup> Voir notamment Randall LESAFFER, « Peace Treaties and the formation of International Law » in Bardo FASSBENDER and Anne PETERS (ed.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 71-93.

<sup>1119</sup> Voir notamment sur ce point l'analyse de Pierre-Marie Dupuy du rôle du traité de Qadesh conclu en 1270 av. J-C entre l'Égypte et les Hittites qui en établissant la paix entre ces deux entités offre un exemple des plus intéressants de certains traits constitutifs de tout ordre ou système juridique international comme la reconnaissance de l'indépendance, la réciprocité... : « C'est une première occasion de vérifier que, loin de l'exclure, la guerre, parce qu'on désire lui mettre un terme ou l'interrompre, donne au contraire, un chance d'apparition à un droit par définition international », Pierre-Marie DUPUY, « Quelques réflexions sur les origines historiques de l'ordre juridique international », in *Mélanges Peter Haggemacher... op. cit.*, 2014, p. 391.

<sup>1120</sup> « There seems no doubt that ancient peoples regarded treaties as the chief means of regulating peaceful relations between States. [...] This act of making faith could have many forms. It could have been a simple recognition of friendship existing between nations. Or it could be a conclusion of some sort of political alliance. Greek and Roman statecraft understood a distinction between *philia* and *symmachia*, *amicitia* and *foedus*; they also knew that the alternative to peace was a state of war or enmity », David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, p. 206.



multiples violations de ces commandements. D'une part, les Grecs ne s'estiment véritablement tenus par ces règles que dans le cadre des affrontements entre cités grecques, l'absence de respect de la parole donnée dans le cadre des rapports avec les *barbares* n'impliquant aucun respect de celles-ci. D'autre part, la nature coutumière de ces règles les amène à être considérées davantage comme commandement moral que comme de véritables obligations juridiques<sup>1121</sup>. La pratique conventionnelle est autrement plus affirmée dans le cadre du passage de la guerre à la paix et de la paix à la guerre. Si la capitulation pouvait résulter indifféremment d'un accord ou du sort des armes, on observe la pratique des traités de capitulations qui ont pour objet de préserver les vaincus. Ces traités font dans l'ensemble l'objet d'un certain respect par les vainqueurs<sup>1122</sup>. De la même façon, on constate que l'existence de désaccords entre les membres d'une coalition vainqueur peut conduire à l'instauration d'instances supranationales chargées du règlement de ces différends<sup>1123</sup>. L'élément commun dans la conception grecque puis romaine de la guerre est la volonté d'introduire une forme de rationalité dans un événement qui en apparaît dépourvu. Sur ce plan, le traité international joue un rôle décisif en reprenant le rôle joué sur le plan interne de production de l'esprit humain. La première préoccupation est ainsi de ne pas être l'agresseur, souci pour lequel la question du respect des conventions occupe une place déterminante<sup>1124</sup>.

**360.** Le droit fétil romain présente une certaine ambivalence quant à son rapport avec l'impérialisme de Rome. Si celui-ci comporte une dimension essentiellement pacificatrice, il n'en est pas moins également l'instrument de

---

<sup>1121</sup> « [S]i les Grecs de l'époque classique avaient une conception précise de la paix et de la guerre, si l'état de guerre n'était pas considéré comme la situation normale et l'état de paix l'exception, il s'en faut qu'ils se soient sentis tenus par des règles juridiques, tant pour les lois de la guerre, que pour celles de la négociation. Usages en fait, reconnus comme la règle normale, morale, conforme aux traditions religieuses, mais non lois, et donc non pleinement contraignantes », Jean-Nicolas CORVISIER, *Guerres et sociétés dans les mondes grecs... op. cit.*, 1999, p. 109.

<sup>1122</sup> Voir en ce sens XENOPHON, *Cyropédie*, vii. 1. 44, L'une des rares exceptions est le cas, fameux, du massacre des Platéens par Sparte et Thèbes, voir THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre III, 52-68.

<sup>1123</sup> Voir David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 261-262.

<sup>1124</sup> « To the extent that ancient societies developed religious, ritual, and rational strictures on declaring war and initiating hostilities, there must have been some manifest belief that war was an exception to the normal course of international relations, an aberration in the way that peoples dealt with each other », *Ibid.*, p. 263.

l'impérialisme romain<sup>1125</sup>. Cette ambiguïté s'observe autour de la double mission assumée par le droit fétial en matière de relations internationales, l'établissement des traités et les déclarations de guerre. Cela traduit bien le lien qui est fait dès cette époque entre l'encadrement conventionnel des relations internationales et le recours à la guerre. Parce que ce sont les prêtres fétiaux qui établissent les conditions de la guerre juste, ce sont également eux qui y mettent fin par les traités de paix<sup>1126</sup>. La sécurité juridique offerte par le traité et qui découle de ces traits constitutifs, en conciliant l'engagement de l'entité politique indépendante avec son caractère écrit, conduit à faire de celui-ci un instrument de pacification des rapports internationaux. L'ancienneté du droit fétial dans l'histoire de Rome reflète l'importance du sujet dans l'apparition et le développement de relations juridiques internationales<sup>1127</sup>. Le caractère contraignant de ce droit international reposant sur la religion permet d'assurer d'une part, au commencement de la guerre, que celle-ci est juste et d'autre part, le respect des traités à la fin des hostilités.

**361.** Plus largement, la force de l'encadrement conventionnel des activités guerrières s'observe dans le fait que la violation des traités est considérée comme une cause juste de guerre. La violation du principe *pacta sunt servanda* représente une atteinte qui dépasse le simple instrument conventionnel car elle remet en cause la *fides* sur laquelle s'appuie l'idée même d'un droit international<sup>1128</sup>. Rome connaît par la suite une pratique similaire avec la *deditio*, qui consiste, pour les vaincus, à reconnaître la supériorité de la cité romaine. Cela permet alors d'épargner la cité défaite et son intégration à la sphère d'influence de Rome. Cet encadrement conventionnel de la guerre à Rome va nourrir d'une part une série de réflexions sur

---

<sup>1125</sup> « Like other legal processes, those overseen by the *fetiales* could be exploited to the advantage of Rome, or that of particular politicians within Rome. But in their origin, their role was to facilitate compromise so that disputes could be resolved without violence, at a time when no state authority yet existed to arbitrate between different Latin *gentes*. The Greeks were right to call the *fetiales* 'peacemakers' », Thomas WIEDMANN, « The *Fetiales* : A reconsideration... *op. cit.*, 1986, p. 490.

<sup>1126</sup> « The most noteworthy point in the practices of the fetial board is doubtless the assumption, which underlay every treaty as well as every declaration of war, that peace was the normal international status and that war was justified only on the score of an unjust act », Tenney FRANK, « The import of the Fetial Institution... *op. cit.*, 1912, p. 335.

<sup>1127</sup> Jacques HEURGON, « La guerre romaine aux IV<sup>ème</sup>-III<sup>ème</sup> siècles et la *fides romana* », in Jean-Pierre BRISSON (dir.), *Problèmes de la guerre à Rome...* *op. cit.*, 1969, pp. 23-32.

<sup>1128</sup> Voir notamment David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity...* *op. cit.*, 2001, p. 225.

le caractère obligatoire des traités et ainsi affermir le principe *pacta sunt servanda* et d'autre part, favoriser les premières réflexions sur la notion de guerre juste. Le rôle des traités dans ce double mouvement est particulièrement révélateur. Ainsi, le déclenchement de la 2<sup>ème</sup> guerre punique entre Rome et Carthage a fait l'objet de larges débats dès l'Antiquité afin de déterminer si cet événement survenu en 218 av. J-C et qui va conduire à la victoire romaine et à l'élargissement de sa domination sur les deux rives de la Méditerranée n'est pas la première manifestation de l'impérialisme de Rome<sup>1129</sup>. Toutefois, les historiens romains voient dans la déclaration de guerre adressée par Rome à Carthage n'ont pas un prétexte pour assoir sa domination mais la réponse à la destruction de la ville espagnole de Sagonte en violation des traités ayant mis fin à la 1<sup>ère</sup> guerre punique. La volonté de punir Hannibal découle du sentiment d'injustice né de la violation du traité de paix et la victoire en 201 av. J-C apparaît alors juste<sup>1130</sup>. Ce souci romain du caractère sacré des traités perdure tout au long de l'histoire de la cité, y compris dans ces phases d'impérialisme affirmé. Jules César lui-même s'y trouve confronté lors de la conquête de la Gaule. Pour rallier les peuples gaulois derrière lui et soumettre le pays, il entend vaincre le roi germain Arioviste avec lequel Rome a signé un traité le faisant ami et allié du peuple romain. La déclaration de guerre ne pourra donc être qu'illégale. César est obligé de provoquer le roi afin de justifier de la guerre mais cela ne convainc pas entièrement ses soldats qui refusent au départ d'engager le combat, la guerre n'étant pas juste, les romains ne seront pas protégés par les dieux et perdront<sup>1131</sup>. Cette importance accordée au respect des traités nourrit une réflexion approfondie quant à la notion de guerre juste dont témoigne particulièrement l'œuvre de Cicéron<sup>1132</sup>. Sans considérer la guerre comme un bien ou la condition normale des rapports entre cités, il défend l'existence d'une communauté universelle entre tous les hommes en fondé sur le droit naturel régi

---

<sup>1129</sup> Voir notamment Jérôme CARCOPINO, *Les étapes de l'impérialisme romain... op. cit.*, 1961, pp. 50-71.

<sup>1130</sup> Il s'agit de « l'exercice de la vengeance divine [qui châtiât] le manquement à la foi jurée de leur implacable ennemi » Jérôme CARCOPINO, *Les étapes de l'impérialisme romain... op. cit.*, 1961, p. 67.

<sup>1131</sup> Voir le récit de cet événement dans Guglielmo FERRERO, *Grandeur et décadence de Rome... op. cit.*, 1906, *Tome 2 : Jules César*, pp. 28-32.

<sup>1132</sup> « [L]a doctrine de Cicéron, si elle ne condamne pas la guerre, cherche du moins à lui fixer selon le droit des buts et des règles », Alain Michel, « Les lois de la guerre et les problèmes de l'impérialisme romain dans la philosophie de Cicéron » in Jean-Pierre BRISSON (dir.), *Problèmes de la guerre à Rome... op. cit.*, 1969, p. 175.

par la justice à laquelle tous les hommes ont droit<sup>1133</sup>. L'activité guerrière doit être tempérée et reste une activité largement marquée par la chance<sup>1134</sup>. Si celle-ci n'est pas réductible à une activité raisonnée, le bon général doit tenter d'y faire entrer le plus de raison possible afin de la tempérer. Surtout, la guerre doit être juste, l'impérialisme romain est ainsi justifié comme étant conforme au bien dès lors que le recours à la force répond à certaines conditions posées par le droit fétil<sup>1135</sup>. Mais la guerre doit être une activité codifiée au-delà du simple droit fétil. Fondée sur une doctrine de l'équité impliquant une application variable de la loi selon les circonstances, le droit de la guerre peut se traduire par l'application ou non du jus gentium tout en refusant systématiquement la cruauté gratuite et en mettant en avant la notion de *clementia* et la défense de la modération et du désintéressement, y compris dans le pillage qui ne peut profiter qu'à l'Etat<sup>1136</sup>.

**362.** Le droit international contemporain poursuit ce rapport privilégié entre traités et paix et sécurités internationales. Plus précisément, ce domaine va voir se développer à la fois une institutionnalisation du droit international et d'autre part un certain nombre d'innovations normatives concourant à la consécration de la notion de régime conventionnel. La dimension institutionnelle s'est ainsi largement illustrée dans la création d'organisations internationales à visée universelle. La Société des Nations<sup>1137</sup> puis l'ONU ont illustré cette volonté de la société internationale de régler le recours à la force à travers un processus d'institutionnalisation perçu comme le seul à même de permettre d'encadrer réellement l'usage de la force armée<sup>1138</sup>. L'importance du sujet conduit à se tourner vers l'instrument conventionnel dont la force obligatoire apparaît décisive dans le

---

<sup>1133</sup> Voir tout particulièrement *De Republica* et *De Legibus*.

<sup>1134</sup> Voir notamment sa description du parfait général dans la plaidoirie *Sur les pouvoirs de Pompée*, 27.

<sup>1135</sup> CICERON, *De Legibus*, III, 8.

<sup>1136</sup> Voir CICERON, *Des devoirs*, Livre I, 88 et Livre III, 107.

<sup>1137</sup> Sur la Société des Nations et le droit de la paix et de la sécurité internationales, voir notamment Robert KOLB (dir.), *Commentaire Pacte*

<sup>1138</sup> Sur la place du droit de la paix et de la sécurité internationales dans le droit international contemporain, voir notamment la présentation proposée par Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 619-623, spéc. : « le droit international connaît un effort d'organisation et de réalisation d'une conception centralisée de la sécurité internationale considérée dans son ensemble. C'est même le seul domaine dans lequel existe une entreprise de superétatisme universel. Tel est le système de la Charte des Nations Unies », p. 622.

maintien de la paix. Il y a ainsi une véritable spécificité du traité de paix, observée depuis longtemps<sup>1139</sup> et largement confirmée depuis<sup>1140</sup>. La forme écrite du traité, outre la sécurité juridique qu'elle apporte, conduit à une forme d'institutionnalisation sous-jacente en la matière. Ainsi, l'élaboration des traités de paix nécessite la réunion de conférence de paix qui forme un embryon d'institution relative au régime conventionnel considéré<sup>1141</sup>. Au-delà, on observe que le traité joue un rôle bien plus important que la coutume dans cette réglementation de la paix et de la sécurité internationales. En effet, l'effort d'institutionnalisation en la matière nécessite bien évidemment le recours à la technique conventionnelle mais même antérieurement à cet évolution, les premières tentatives de réglementation du recours à la force ont également recouru aux traités internationaux que ce soit sur le plan du *ius in bello* avec les Conventions de la Haye de 1899 et 1907 ou en matière de *ius ad bellum* avec le Pacte Briand-Kellog conclu en 1928. Cette préférence pour le traité trouve son origine dans la sécurité juridique qu'il apporte à une matière particulièrement sensible. Plus particulièrement, dans le cadre de la confrontation entre le dynamisme des tensions politiques et la stabilité des rapports juridiques, le traité international permet de dépasser le simple aspect régulateur du droit international de ces tensions politiques pour proposer une portée organisatrice en la matière<sup>1142</sup>. De plus ces capacités intrinsèques ont permis le développement de régimes institutionnels hors institutionnalisation, notamment dans le cadre du désarmement et de la maîtrise des armements<sup>1143</sup>. Domaine particulièrement sensible et pour lequel, la question de la mise en œuvre des engagements conventionnels est déterminante, le droit relatif au désarmement et à la maîtrise des armements a vu naître la technique des accords cadres par lesquels les engagements originels sont complétés par des textes en organisant l'application.

---

<sup>1139</sup> Voir par exemple Coleman PHILLIPSON, *Termination of war and treaties of peace... op. cit.*, 1916, pp. 162-175.

<sup>1140</sup> Voir notamment Romain LE BŒUF, *Les traités de paix*, notamment Titre 1, 1<sup>ère</sup> Partie sur l'hétérogénéité du dispositif qui reflète la souplesse de l'instrument conventionnel et sa capacité à aménager un régime spécifique et approfondi.

<sup>1141</sup> Coleman PHILLIPSON, *Termination of war and treaties of peace... op. cit.*, 1916, pp. 119-125.

<sup>1142</sup> Voir notamment Charles de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public... op. cit.*, 1970, pp. 103-105.

<sup>1143</sup> Voir notamment Serge SUR, « Vérifications en matière de désarmement », *RCADI*, vol. 273, 1998, pp. 13-102.

### ***b. La dimension novatrice du droit international de l'environnement***

**363.** Le droit international de l'environnement<sup>1144</sup> constitue aussi un domaine d'application privilégié de l'idée de régime conventionnel et plus largement de la façon dont les traités, par la spécificité des rapports entre support normatif et obligations qu'ils impliquent, permettent l'enrichissement normatif du droit international, aussi bien sur le plan quantitatif que qualitatif. En effet, la technique des accords-cadres et la possibilité de formation de régimes conventionnels se prêtent tout particulièrement à l'encadrement juridique d'une matière comportant une forte dimension technique et transnationale ainsi que la nécessité de concilier universalisme et différenciation des obligations selon les États<sup>1145</sup>. Surtout, l'environnement implique une projection vers l'avenir qui nécessite une possibilité d'évolution continue des règles ainsi que des mécanismes d'application approfondis<sup>1146</sup>.

**364.** Ainsi, le droit international de l'environnement s'est largement développé par le biais de traités généraux dans leurs dispositions et à vocation universelle complétés par divers mécanismes ou instruments visant à la mise en œuvre des principes généraux<sup>1147</sup>. Cela s'observe dès la déclaration de Stockholm en 1972 adoptée par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement qui s'est

---

<sup>1144</sup> Parmi une abondante bibliographie en la matière, voir notamment Voir Pierre-Marie DUPUY et J. VINALES, *Introduction au droit international de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 500 p. ; Sandrine MALJEAN-DUBOIS et Lavanya RAJAMANI, *La mise en œuvre du droit international de l'environnement*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 812 p. ; Sandrine MALJEAN-DUBOIS et Mathieu WEMÄRE, *COP 21 : La diplomatie climatique de Rio 1992 à Paris 2015*, Paris, Pedone, 2015, 332 p. et SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Colloque d'Aix-en-Provence (2009), Paris, Pedone, 2010, 489 p.

<sup>1145</sup> La problématique est ainsi en partie similaire avec celle du droit du désarmement qui s'est justement caractérisé par le développement de la technique des accords-cadres, voir notamment Serge SUR, « La créativité du droit international... *op. cit.*, 2012, pp. 129-132.

<sup>1146</sup> « [T]oute réglementation tendant à protéger l'environnement a sa finalité dans l'avenir. Ainsi, la dimension « temps » joue un grand rôle dans le droit international de l'environnement. Un des aspects de ce fait est que le développement des normes doit prendre en compte les possibilités d'évolution soit de situations données, soit de nos connaissances », Alexandre KISS, « Les traités-cadres : une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement... *op. cit.*, 1993, p. 792.

<sup>1147</sup> Une grande partie de ces conventions et protocoles est recensée dans Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, Richard DESGAGNE et Cesare ROMANO, *Protection internationale de l'environnement : Recueil d'instruments juridiques*, 2<sup>ème</sup> éd. Paris, Pedone, 2005, 808 p.

notamment traduite par la mise en place du Programme des Nations Unies pour l'environnement, organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies. La Conférence de Rio en 1992 traduit une certaine continuité en matière de politique juridique. Le caractère conventionnel de la déclaration adoptée dans ce cadre fait débat notamment au regard de ses modalités d'adoption, par consensus, et surtout de ses dispositions qui relèvent plus du déclaratoire que de l'obligatoire<sup>1148</sup>. Surtout, cette conférence a lancé le processus d'adoption de la Convention-cadre sur le changement climatique, entrée en vigueur en 1994. Celle-ci reflète tout particulièrement la dimension novatrice du droit international de l'environnement en matière de régime conventionnel. Elle a conduit à la mise en place d'un secrétariat permanent chargé d'organiser des conférences régulières, les COP, dont la 21<sup>ème</sup> s'est traduite par l'adoption de l'Accord de Paris. Cet accord reflète particulièrement la créativité du droit conventionnel tant à travers les obligations qu'il contient que par ses mécanismes d'application et de contrôle. Il est formé d'une décision et d'un traité qui se complètent l'un et l'autre notamment quant à leur entrée en vigueur. Si la décision de la COP a un effet immédiat, l'accord lui-même, s'inscrivant dans le droit des traités plus classique prévoit un mécanisme d'entrée en vigueur conditionné à la ratification par un certain nombre de parties (article 21 §1). Sur ce point, la décision permet justement d'organiser un mécanisme visant à garantir l'entrée en vigueur du traité, notamment avec la constitution d'un groupe de travail prévu à cet effet. Le caractère composite de l'accord est de plus renforcé par les contributions nationales des États. Ces « *Intended nationally determined contributions* » (INDC) présentent les efforts envisagés pour lutter contre le réchauffement climatique, élaborés préalablement à la COP 21 et ont ainsi constitué un point de départ pour les négociations lors de la COP proprement dite. L'accord de Paris les intègre de façon flexible en prévoyant leur renouvellement régulier ainsi que leur caractère obligatoire tout en soulignant que leur mise en œuvre repose sur les mesures internes des États<sup>1149</sup>. Au-delà du

---

<sup>1148</sup> Alexandre KISS et Stéphane DOUMBE-BILLE, « La conférence des Nations Unies sur le développement et l'environnement », *AFDI*, 1992, pp. 823-843.

<sup>1149</sup> Elles constituent ainsi des obligations à la fois de comportement et de résultats, voir notamment Sandrine MALJEAN-DUBOIS et Lavanya RAJAMANI, « L'accord de Paris sur les changements climatiques du 15 décembre 2015 », *AFDI*, vol. 111, 2015, pp. 615-648 ; spéc. : « Les Parties devront soumettre régulièrement une nouvelle contribution. Elles ont l'obligation non de la mettre en œuvre mais de prendre des mesures internes en vue de réaliser leurs objectifs », pp.



contenu même, cet accord est innovant par son caractère évolutif et progressif permis par les contributions nationales ainsi que par ses outils de mise en œuvre. Il est notamment prévu une procédure de non-respect dont est chargé un comité d'experts mais qui ne s'articulera pas autour de sanctions<sup>1150</sup>. Au-delà de ces exemples particuliers, le droit international de l'environnement se construit donc autour d'accord-cadre dont la généralité des dispositions n'est pas incompatible avec une différenciation et la précision des obligations qui vont naître d'instruments s'inscrivant dans ce cadre originaire. La souplesse de l'instrument conventionnel permet alors d'innover tant sur le plan des mécanismes que des obligations elles-mêmes.

**365.** Les innovations qu'emportent les instruments conventionnels relatifs au droit international de l'environnement tant sur le plan des obligations que de la mise en œuvre de ces accords, débordent ce simple domaine pour faire sentir leurs effets sur l'ensemble du droit international<sup>1151</sup>. Ce rattachement s'observe en premier lieu par le fait que les règles relatives au droit international de

---

628-629 ainsi que : « Mais si les parties sont faiblement guidées jusqu'ici dans l'établissement de leur contribution nationale, elles sont ensuite liées par la contribution qu'elles ont déterminée. [...] L'assertion [de l'article 4 § 2 relatifs à ces contributions] exige des Parties de prendre des mesures internes « en vue » de réaliser les objectifs des contributions, et non de mettre en œuvre leurs contributions (« *implement* ») ou encore d'atteindre les objectifs de leurs contributions. C'est finalement une formule de compromis entre les tenants d'obligations de comportement et d'obligations de résultat. Les Parties ont des obligations de comportement couplées qu'elles doivent exécuter de bonne foi », pp. 631-632.

<sup>1150</sup> *Ibid.*, pp. 636-643. Également « L'Accord de Paris n'a pas reconduit le mécanisme de contrôle et de sanction (dit de « *non-compliance* ») qui avait été mis en place dans le contexte du Protocole de Kyoto. Le respect des engagements reposera principalement sur la transparence et le contrôle exercé par l'opinion publique sur les rapports des États. La place des experts indépendants dans le régime climat est, toutefois, un gage important de réussite ; elle permet de dépasser les clivages politiques et de faire prévaloir sur ceux-ci une démarche scientifique. L'Accord prévoit enfin un financement et un mécanisme de facilitation qui contribueront au succès de l'ensemble, notamment dans les pays en développement », Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 897.

<sup>1151</sup> A propos des conférences internationales portant sur la question du développement durable dans le cadre des Nations Unies, il a été relevé l'intérêt de « l'examen des techniques normatives et procédurales, à certains égards novatrices, que certaines grandes négociations récentes ont suscitées. Ces techniques s'expliquent souvent par référence à certains caractères propres à l'objet écologique de ces négociations. Elles paraissent cependant susceptibles d'avoir à terme une influence non négligeable sur l'évolution de certains aspects du droit international général »,

l'environnement s'inscrivent dans le droit international général. Ainsi, le principe de l'utilisation non dommageable du territoire, établi par la Cour internationale de Justice dès 1949, a permis de consacrer un principe de précaution en matière environnementale<sup>1152</sup>. Le même appui dans le droit international a conduit la Cour à préciser en 2010 les règles internationales applicables aux activités ayant un impact environnemental transfrontalier. Il a ainsi été établi que le droit international général impose un certain nombre d'obligations en la matière et plus particulièrement un principe de prévention qui peut se traduire par l'obligation de procéder à des études préalables<sup>1153</sup>. L'affirmation par la Cour de l'ancrage des règles relatives au droit international de l'environnement dans le droit international général rappelle ainsi que le caractère particulier de certains domaines du droit international ne permet pas de fonder une spécificité de celui-ci au regard du droit international général. Les innovations que peut contenir le droit international de l'environnement tant du point de vue de ses mécanismes conventionnels que de ses obligations n'entraînent pas de détachement de ce domaine au sein du droit international général<sup>1154</sup>. On retrouve alors tant le principe d'une insertion du traité dans le droit international général que l'absence d'une nature particulière des obligations conventionnelles au regard des obligations internationales en général. Par ailleurs, le droit international de l'environnement offre un cas d'étude intéressant pour le droit international dans la façon dont le cadre conventionnel permet d'imaginer de nouvelles techniques de mises en œuvre des obligations

---

Pierre-Marie DUPUY, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP*, 1997/4, p. 874.

<sup>1152</sup> « L'obligation générale qu'on les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps des règles du droit international de l'environnement », CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, *Rec. CIJ* 1997, p. 41, § 53.

<sup>1153</sup> CIJ, arrêt du 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier (Argentine c. Uruguay)*, *Rec. CIJ* 2010, pp. 58-60, § 112-122.

<sup>1154</sup> « L'arrêt retrouvera alors son caractère fondateur si l'on accepte d'y voir le signe que le droit international de l'environnement n'affiche pas les spécificités sur lesquelles on pouvait être tenté de parier, et qu'il ne forme qu'un domaine d'application particulier des règles du droit international, exigeant certes quelques adaptations, mais n'autorisant aucune transformation ni dénaturaion du cadre structurel dans lequel il s'insère », Laurent TRIGEAUD, « La (non) spécificité du droit international de l'environnement : à propos de l'affaire relative à des usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay, arrêt du 20 avril 2010) », *AFDI*, vol. 106, 2010, pp. 249-275.

internationales. Traditionnellement, le non-respect des obligations conventionnelles conduisait au recours aux règles de la responsabilité internationale reflétant les limites dont le traité en tant que support normatif pouvait définir le régime des obligations qu'il comporte. Cependant, le droit international de l'environnement tente de développer des mécanismes à la fois de prévention, d'accompagnement et de recommandations qui permet de sortir de l'alternative entre les sanctions conventionnelles, frein à l'universalité d'un traité, et le mécanisme de la responsabilité internationale à la mise en œuvre difficile<sup>1155</sup>. L'instrument conventionnel apparaît comme le moyen privilégié de l'enrichissement quantitatif mais également qualitatif du droit international. La création de régime conventionnel permet la formation d'obligations internationales nouvelles à la fois dans leur objet mais également dans leur mise en œuvre et dans leur nature<sup>1156</sup>. Cette créativité de l'instrument conventionnel ressort à la fois de son statut de mode de formation du droit international mais également de moyen d'application du droit international.

---

<sup>1155</sup> « Le manquement par un État à ses obligations conventionnelles constitue certes un fait illicite international engageant sa responsabilité à l'égard des autres États parties à la même convention. Cependant, on doit constater que la responsabilité internationale [...] est très rarement invoquée dans l'ordre international. [...] l'institution juridique de la responsabilité internationale s'est avérée être un instrument mal adapté pour sanctionner le non respect par les États de leurs obligations internationales en matière d'environnement ; elle se trouve alors non pas écartée mais contournée dans plusieurs régimes institués dans la dernière décennie de façon largement empirique par les réunions périodiques des parties à certains traités de protection de l'environnement », Pierre-Marie DUPUY, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ?... *op. cit.*, 1997, p. 892.

<sup>1156</sup> Voir Discours de Rony Abraham, Président de la CIJ, devant la 6<sup>ème</sup> Commission de l'AGNU, 6 décembre 2017.

## Conclusion du Chapitre 1

**366.** L'insertion du traité dans le droit international fait ressortir son appartenance au système juridique international dans son ensemble et donc la nécessité d'apprécier ses effets juridiques au regard de ce rattachement. Le traité est ainsi le révélateur de l'existence d'un système juridique international dans la mesure où son caractère obligatoire ne découle pas du ou des droit(s) interne(s). Ensuite, cela attire l'attention sur une spécificité du traité qui est de prévoir dans une large mesure son propre régime juridique. Le traité fait à nouveau preuve de souplesse tant du point de vue de ses effets que de l'organisation de ses effets. L'insertion du traité dans le droit international reflète ainsi son statut d'élément indispensable et indissociable du système juridique international<sup>1157</sup>. Il n'est alors pas surprenant que derrière le traité international puisse être observé les éléments structurants de ce système. Cela concerne en tout premier lieu le principe *pacta sunt servanda* qui se présente comme un véritable axiome du système juridique international<sup>1158</sup>. Cette importance dans la structuration même du droit international souligne que le traité n'est pas seulement un instrument du droit international mais un élément incontournable dans ce système dont il contribue à la formation et au développement<sup>1159</sup>.

**367.** Cette particularité du traité international amène alors à mettre en évidence le rôle qu'il peut jouer dans l'application même du droit international ce qui fait

---

<sup>1157</sup> « La « sainteté » des traités (la sacralisation de *pacta sunt servanda*) se justifie pleinement par le fait que le traité est le principal instrument de stabilisation des rapports internationaux et de garantie du *statu quo* établi après les bouleversements provoqués par les guerres », Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain... *op. cit.*, 1983, p. 188.

<sup>1158</sup> « Il faut toutefois rappeler qu'aucun ordre normatif ne peut consister uniquement de règles issues par induction de la pratique effective. Il ne s'agirait alors plus d'un ordre de prescriptions juridique, mais plutôt d'un compendium des mœurs et usages. A côté de « règles-pratique », il doit toujours y avoir quelques « règles-axiome », sur lesquelles se fonde l'unité du système et qui permettent le fonctionnement concret de celui-ci », Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2012, p. 290.

<sup>1159</sup> « Le principe du caractère obligatoire des traités est souvent présenté comme une sorte de loi des lois, et l'on évoquait [...] la possibilité logique de lui reconnaître en effet une portée que l'on pourrait dire structurellement impérative, en tant qu'elle constitue une exigence première de l'existence et de la cohérence d'un ordre juridique international », Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2018, p. 335.

ressortir la notion de régime conventionnel. Celle-ci révèle en creux l'approfondissement du droit international que permet le traité. On constate un enrichissement aussi bien normatif qu'institutionnel du droit international par l'intermédiaire de l'instrument conventionnel. Cette capacité du traité à être le moyen privilégié de l'approfondissement du droit international révèle en creux sa profonde adéquation avec la nature même du système juridique international. Ainsi, les questionnements doctrinaux sur le rattachement du traité au droit international reflètent avant tout cette dimension inhérente de l'instrument conventionnel à un tel système juridique.

## Chapitre 2 : Traité et personnalité juridique internationale, l'encadrement conventionnel des rapports internationaux

**368.** L'instrument conventionnel occupe donc une place essentielle au sein du système juridique comme le souligne les modalités et les conséquences de son insertion dans celui-ci. La détermination de la capacité conventionnelle qui en découle devient alors un enjeu essentiel pour les sujets de droit international. Elle est un révélateur de la personnalité juridique internationale et reflète la place centrale du traité en droit international<sup>1160</sup>. D'un côté, l'analyse de la capacité conventionnelle permet de comprendre comment les sujets de droit vont se saisir de l'instrument conventionnel. De l'autre, elle permet de souligner comment le traité s'adapte à la diversité des sujets du droit international. Ainsi, la permanence du recours au traité par les sujets de droit international s'explique par son capacité à encadrer juridiquement des rapports en l'absence de système juridique préalable. Le traité joue alors un rôle constitutif pour le système juridique international. Par ailleurs, en constatant que cette capacité conventionnelle ne coïncide pas nécessairement avec la souveraineté, il s'agit de réaffirmer l'adaptabilité du traité à la société internationale en même temps que sa qualité d'instrument juridique. La détermination de cette capacité a souvent été confondue avec la qualité souveraine mais découle en fait du système juridique international qui l'attribue

**369.** . L'apport de l'Antiquité sur ce plan met en avant la nécessité d'une analyse autour de la personnalité juridique et de la qualité de sujet de droit. On peut alors observer que si le traité est inhérent au droit international, ce n'est pas le

---

<sup>1160</sup> « Le traité est le régulateur essentielle de la vie internationale, le principal instrument de stabilité et d'adaptation du droit. Cette place éminente, il la doit à la fois à l'autorité morale unique du principe *pacta sunt servanda* et à sa correspondance avec la structure individualiste présente des rapports internationaux [...] Très généralement orienté vers la satisfaction de besoins concrets, il se modèle aussi exactement que possible sur la diversité des situations particulières dont la prédominance, on l'a vu, est un des traits caractéristiques du milieu international. Loi des parties, il normalise leurs rapports mutuels. Il tempère, sans le supprimer, le jeu des forces politiques », Charles de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970, 4<sup>ème</sup> éd., p. 276.

cas de l'Etat moderne. Le traité nécessite des sujets de droit indépendants avant tout.

**370.** Sur le plan de l'indépendance politique, condition première de la formation d'un système juridique international, le traité est à la fois une conséquence de l'existence d'un tel droit, la détermination de la capacité conventionnelle supposant la reconnaissance de sujets de droit et donc l'existence d'un système juridique, ainsi qu'un élément favorisant l'indépendance de ces sujets de droit. Il va donc contribuer à la formation et au développement de ce système juridique. Signe de l'existence d'un système juridique international, le traité en est également constitutif. La capacité conventionnelle est déterminée par le système juridique international bien plus que par la souveraineté (Section 1). En consacrant l'indépendance politique d'une partie des sujets de ce système juridique, le traité international lie son destin à celui-ci (Section 2).

### **Section 1 : Sujets de droit international et capacité conventionnelle**

**371.** La question de la détermination de la capacité conventionnelle<sup>1161</sup> est déterminante à la fois pour les sujets de droit international mais également pour la place du traité au sein du système juridique international. Parce que le traité se forme et s'applique autour de l'engagement de ses parties et parce qu'il a pour finalité la production d'effets juridiques à l'égard de ses mêmes parties et au-delà, il permet de relever son importance pour les sujets de droit international. Celui-ci se caractérise alors par une reconnaissance différenciée de la capacité conventionnelle de ses sujets. La capacité conventionnelle est dépendante de la personnalité juridique internationale ce qui traduit l'aptitude du système juridique à déterminer les conditions de fonctionnement de ses instruments juridiques comme l'est le traité international. Le droit international contemporain, en établissant différentes

---

<sup>1161</sup> « Défini comme étant le pouvoir de créer, de modifier ou de supprimer un rapport de droit dans l'ordre international, [...] par la conclusion d'un accord avec un ou plusieurs autres sujets, cette capacité est le propre tant des sujets primaires du droit international comme le sont les Etats souverains, que des sujets incomplets ou dérivés du droit international comme le sont par exemple



catégories de sujets de droit international et donc de personnalité juridique, conduit à distinguer différentes capacités conventionnelles.

**372.** L'antiquité gréco-romaine permet d'observer que la question de la capacité pour une entité politique de s'engager est indissociable du développement de l'instrument conventionnel. Cependant, la distinction entre sujet de droit et entité souveraine opérée par le droit international contemporain dans le cadre de la détermination de la capacité conventionnelle n'est pas perçue dans l'Antiquité<sup>1162</sup>. Le caractère peu développé du système juridique international tend à limiter les questionnements sur la personnalité juridique internationale. Mais on peut identifier plusieurs enjeux relatifs à la capacité d'une entité politique indépendante à s'engager sur le plan international par le biais du traité. Ainsi, la détermination de la capacité conventionnelle dans l'Antiquité gréco-romaine rappelle que celle-ci comporte des enjeux tant internes qu'externes (1). Parce que le traité est incontournable pour le droit international, la question de la capacité conventionnelle permet alors d'identifier les sujets de droit international (2).

### ***1. La détermination de la capacité conventionnelle dans l'Antiquité***

**373.** Si la question de la capacité conventionnelle dans l'Antiquité gréco-romaine ne conduit pas à une analyse de la personnalité juridique internationale, elle permet toutefois de souligner combien cette question est liée à celle de l'existence même d'un droit international. Plus précisément, elle fait ressortir la qualité du traité de se présenter comme le premier des instruments juridiques internationaux pour des entités politiques indépendantes. La période antique met

---

les organisations internationales », Daniel TURP et François ROCH, « Article 6 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 166.

<sup>1162</sup> « En principe, la capacité dépend de la personnalité internationale. Cette capacité renseigne sur l'identité et la nature des sujets de droit international. Elle n'est pas identique pour tous les sujets : générale pour les Etats, elle est limitée pour les organisations internationales et exceptionnelle pour d'autres entités », Jean COMBACAU et Serge SUR (dir.), *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 83.

en évidence le double sujet que pose la détermination de la capacité conventionnelle. D'une part, il s'agit d'identifier, sur le plan interne, les autorités ayant la capacité d'engager internationalement la cité (a). D'autre part, du point de vue des rapports internationaux, la capacité conventionnelle est un moyen d'affirmation de l'indépendance des entités politiques concernées, première condition à l'existence d'un système juridique international (b).

### *a. L'autorité titulaire de la capacité conventionnelle*

374. Dès la Grèce antique, on peut percevoir une conscience de la nécessité d'identifier les autorités en mesure d'engager la cité par la voie conventionnelle<sup>1163</sup>. Cet engagement se fait par le biais de l'action conjointe de trois groupes dont le parallélisme avec le monde contemporain n'est pas sans révéler une certaine permanence dans la manière dont l'engagement conventionnel s'incarne sur le plan interne. Dans un premier temps, le traité fait l'objet de négociations conduites par des envoyés spéciaux. Hérauts puis ambassadeurs à la période classique, cette évolution des personnes en charge de cette phase reflète tant la sécularisation des cités que l'enrichissement de la vie internationale<sup>1164</sup>. L'acceptation de l'accord est ensuite assurée par les citoyens eux-mêmes en tant que souverains dans les cités démocratiques à travers un vote à l'*Ekklesia*. Ce contrôle de la négociation et de son résultat est particulièrement fort dans la Grèce des cités. Les marges de négociations laissées aux ambassadeurs sont pratiquement inexistantes, signe de la conscience que les traités engagent la cité dans son ensemble<sup>1165</sup>. Enfin, la dimension formelle de la conclusion est assurée à travers le serment, venant donner à l'acte d'engagement conventionnel un caractère solennel et lui conférer sa force obligatoire<sup>1166</sup>. La dimension sacrée de cette phase conduit

---

<sup>1163</sup> Voir notamment David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 171-173 ; Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, pp. 60-61 et Georges TENEKIDES, « Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des cités... op. cit. », 1956, pp. 521-523.

<sup>1164</sup> Voir par exemple HOMERE, *Illiade*, Livre IX, 170 pour ce qui est des hérauts et THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre VIII, 77 pour ce qui est des ambassadeurs.

<sup>1165</sup> Voir Georges TENEKIDES, « Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des cités... op. cit. », 1956, pp. 522 ; pour une illustration satyrique de cette rigidité des négociations, voir ARISTOPHANE, *Les Oiseaux*, 1600 et 1635.

<sup>1166</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, 1. b.

alors à la faire assurer par des délégués spéciaux qui ne sont pas sans préfigurer les prêtres fétiaux du monde romain. Ainsi, on peut observer que les cités grecques ne sont pas loin de connaître la distinction entre signature et ratification, le contrôle et la décision finale assurés par les assemblées de la cité se traduisant par une ratification ouvrant la voie à la prestation de serment qui va donner sa force obligatoire au traité. La capacité conventionnelle appartient à ces assemblées parce que ce sont celles-ci qui incarnent les cités. Le rôle des envoyés chargés de la prestation de serment se limite à assurer un formalisme et à conférer un caractère sacré au traité mais ces serments ne peuvent conduire à considérer qu'ils sont les titulaires de la capacité conventionnelle de la cité.

**375.** A Rome également, la question des autorités pouvant engager internationalement la cité se pose. On y observe une distinction similaire entre les envoyés préparant les traités, les autorités chargées de valider le résultat des négociations au nom de la cité et celles pouvant engager juridiquement la cité. La perception de la nécessité d'une telle répartition compte-tenu des enjeux que représente l'engagement international de la cité apparaît très tôt dans l'histoire de Rome. C'est notamment l'enjeu au cœur de l'épisode des Fourches Caudines, notamment relaté par Tite-Live et qui remonte à 321 av. J-C<sup>1167</sup>. Après sa défaite contre les forces Samnites, les généraux de l'armée romaine signent un traité de paix. Cependant, les autorités romaines, estimant le traité bien trop désavantageux pour la cité, le dénonce en raison de l'absence de capacité des généraux à engager juridiquement Rome. La reprise de la guerre est ainsi licite dans la mesure où le traité y ayant mis fin ne peut être considéré par Rome comme valide. Surtout, le récit fait par Tite-Live de cet événement établit une distinction entre *sponsio*, simple accord conclu par les consuls et *foedus*, véritable traité engageant le peuple romain. La dimension d'accord personnel que reflète la *sponsio* se traduit par l'absence d'engagement de Rome dans ces accords. En cas de violation, c'est la responsabilité personnelle des consuls et généraux qui est engagée<sup>1168</sup>. Derrière

---

<sup>1167</sup> TITE-LIVE, *Histoire romaine*, Livre IX, 5, 1-4 ; l'épisode est également relaté brièvement par Cicéron (à retrouver) *De Inventione*.

<sup>1168</sup> Cela conduit d'ailleurs au développement de la pratique des otages dans le cadre des *sponsio* afin d'offrir une garantie minimale. Dans le cas de l'épisode des Fourches Caudines, le refus par Rome d'endosser la paix signée par les généraux romains va d'ailleurs obliger ces derniers à

cette distinction, et plus largement s'agissant des autorités pouvant engager internationalement la cité, Rome exprime sa préoccupation quant au respect des obligations conventionnelles. La détermination de la capacité conventionnelle ne semble plus alors une simple question de répartition des pouvoirs internes, elle prend une dimension internationale. Celle-ci témoigne du lien, bien compris par Rome, qui existe entre détermination de la capacité conventionnelle et force obligatoire du traité. Le respect des obligations conventionnelles suppose l'engagement licite des parties. Engagement licite au regard du droit interne avant tout mais qui déborde, du fait de ce lien, sur la sphère internationale. Cela confirme l'existence d'un système juridique international dans lequel se déploie la force obligatoire des conventions et qui exige, des sujets de droits, une détermination des autorités pouvant l'engager juridiquement<sup>1169</sup>.

**376.** Au-delà de la proximité de la répartition des entités internes participant à l'exercice de la capacité conventionnelle, l'évolution de leur rôle respectif est proche de celle que connaît le monde grec. En effet, la sécularisation conduit à faire reculer la dimension religieuse dans l'exercice de la capacité conventionnelle. Si cette sécularisation a atteint les ambassadeurs envoyés par les cités grecques, à Rome, elle s'observe dans le recul progressif du rôle joué par les fétiaux. Le contrôle exercé par les autorités politiques représentant la cité sur les personnes en charge des négociations est également similaire à celui du monde grec. Dans le cadre de la guerre, l'arrêt des combats est fixé par les généraux qui doivent ensuite demander une confirmation de la *sponsio* auprès du Sénat et des comices tributes dont la réunion représente le souverain à Rome sous la République. Une fois la paix votée par ces deux organes représentant Rome, le Sénat envoie un ensemble de négociateurs préparer le traité de paix proprement dit. La ratification finale du traité, permettant à celui-ci d'acquérir force de droit, appartient avant tout aux prêtres fétiaux ce qui n'empêche pas une seconde

---

rejoindre les 600 otages laissés aux Samnites, voir David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp 200-202.

<sup>1169</sup> Voir *Supra*, 2<sup>ème</sup> Partie, Titre 4, Chapitre 1, Section 1, 1. a.

ratification par le Sénat<sup>1170</sup>. Le rôle exact des fétiaux dans la ratification d'un *foedus* va progressivement décliner. Mais surtout, il est possible de distinguer, parmi ces traités d'amitié et d'alliance, une catégorie échappant à l'intervention des prêtres. Les traités non consécutifs à une guerre, consacrant une alliance plus légère, ne sont ratifiés que par un serment personnel sans véritablement engager la cité dans son ensemble mais seulement leurs responsables<sup>1171</sup>. Loin d'être purement interne, la détermination des autorités politiques d'une cité dotées d'une capacité conventionnelle reflète l'existence d'un système juridique international. Dès l'Antiquité, cette capacité à conclure un traité se divise elle-même entre capacité à négocier l'accord, capacité à l'accepter et capacité à le ratifier dont l'attribution respective relève exclusivement de considérations internes.

### ***b. Une capacité révélatrice de l'indépendance politique***

**377.** L'étude de la capacité conventionnelle dans l'Antiquité gréco-romaine permet également d'observer comment l'indépendance politique des cités se révèle être le premier élément pour permettre l'existence d'un système juridique internationale. Elle souligne le rôle du traité dans l'affirmation de cette indépendance qui préfigure la dimension externe de la souveraineté moderne. L'adaptabilité du traité à la société internationale est ainsi confirmée. Cependant, la confusion entre capacité conventionnelle et indépendance, que cette conception reflète, traduit quelques hésitations quant à l'existence d'un système juridique international. Celui-ci apparaît insuffisamment approfondi pour consacrer l'existence de sujet de droit international détaché de l'idée d'indépendance politique.

**378.** S'il est reconnu que le monde antique, et notamment grec, connaît un phénomène d'indépendance politique, il est généralement perçu comme incompatible avec le développement d'une véritable vie internationale. De la même

---

<sup>1170</sup> Cette procédure concerne avant tout la période qui va des premières traces d'une action internationale de Rome jusqu'au I<sup>er</sup> siècle av. J.-C. La fin de la République et l'avènement de l'Empire qui suivent la fin de la conquête romaine du monde méditerranéen et ouvrent à un impérialisme romain pleinement assumé modifient quelque peu ces éléments. Sur cette procédure, voir notamment David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 194-195 et Christian SAULNIER, « Le rôle des prêtres fétiaux.... *op. cit.*, 1980, pp. 181-183.

façon, l'impérialisme romain signifierait une négation tout aussi radicale des relations internationales<sup>1172</sup>. Cette indépendance politique, dont on perçoit la conscience aussi bien dans les cités grecques qu'à Rome, favorise une tension entre celle-ci et la possibilité d'un encadrement juridique de l'action internationale des cités par le biais des traités. Le récit fait par Thucydide de la guerre du Péloponnèse reflète tout à fait les nombreuses possibilités de violation des propres engagements internationaux des cités en raison d'une volonté affirmée de faire primer les intérêts politiques particuliers sur les considérations juridiques communes<sup>1173</sup>. Si cela n'empêche pas de considérer la possibilité de lois communes aux cités grecques, celles-ci ne sont pas d'ordre conventionnel. On voit en fait s'établir une distinction entre un droit international comme droit des rapports internationaux commandés par les traités et un droit international comme droit de la communauté internationale, ici de la communauté hellénique, au caractère non-écrit et relevant plus de la religion que de l'œuvre des hommes<sup>1174</sup>. Dans le cadre des relations entre cités, le traité est à la fois un instrument d'équilibre et d'impérialisme par la projection du droit et des institutions internes qu'il peut permettre. Cela s'observe notamment dans l'impérialisme athénien qui s'appuie,

---

<sup>1171</sup> Voir notamment Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, pp. 78-79.

<sup>1172</sup> « Les Grecs, comme les Romains, passent traditionnellement [...] pour avoir également superbement ignoré tout idée d'un quelconque droit international [...]. Mais c'est encore là une opinion à la fois fautive et trop désireuse de ne considérer comme relations internationales que ce qu'aujourd'hui nous sommes appelés à définir comme tel », Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, p. 56.

<sup>1173</sup> Cela transparait particulièrement dans le discours d'Alcibiade au Livre VI : « Nous ne sommes pas libre de modérer à notre gré notre volonté de commander, mais force nous est, une fois arrivés au point où nous visions de menacer les uns, d'en imposer aux autres, car nous serions en danger d'être dominés si nous-mêmes ne dominions pas », THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre VI, 18.

<sup>1174</sup> « Le siècle de Platon voit naître l'idée de 'paix commune' ou 'générale' (*Koinè eirènè*) par l'adhésion des cités grecques – qui sont tous des États parfaitement souverains à des engagements généraux qui, d'une part, excluent l'utilisation d'armes en vue de porter atteinte à l'intégrité territoriale et à l'indépendance de l'une d'entre elles et impliquent, d'autre part, l'obligation de porter secours en cas d'agression », Georges TENEKIDES, « Platon, théoricien de l'organisation internationale », *Annales du centre universitaire méditerranéen*, tome XXII, 1968-1969, p. 5. L'auteur rappelle par ailleurs le récit dans le *Critias* du mythe de l'Atlantide qui décrit la vie de dix royaumes souverains, dont témoigne leur capacité à édicter leurs propres lois, liés par des lois confédérales : « alors que les lois d'ordre interne sont l'œuvre des rois [...] celles de caractère confédéral sont d'origine divines », *Ibid.*, p. 8.

dans la soumission des cités grecques, sur des traités d'alliance<sup>1175</sup>. La dimension impérialiste de la pratique conventionnelle va culminer avec Rome. Alors que les premiers temps de l'activité internationale de Rome conduisent à l'adoption de traités fondés sur un équilibre et la reconnaissance d'une certaine égalité avec ses partenaires, la conquête romaine va ouvrir la voie à d'autres pratiques. Leur diversité rend pratiquement impossible l'établissement d'une typologie des alliances romaines. L'égalité indépendante qui fonde les premiers rapports conventionnels de Rome laisse progressivement la place à une déclinaison d'alliances plus ou moins inégales. Celles-ci sont manifestes dans la pratique des traités de reddition, les *deditio* mais également avec l'apparition d'une nouvelle catégorie de traités d'alliances, le *foedus iniquum*<sup>1176</sup>. Essentiellement utilisée après une victoire militaire, la *deditio* peut également permettre à une cité de se soumettre volontairement à Rome par le biais d'un tel traité. Les traités inégaux vont apparaître suite à la victoire romaine sur Carthage, dans le cadre de la conquête de la Méditerranée orientale et, en premier lieu de la Grèce. L'analyse de ces traités reste ambivalente. Si pour certains, elle ne représente qu'un habillage juridique d'une politique purement impérialiste niant tout véritable rapport international, le souci romain d'un maintien des formes conventionnelles traduit la permanence de la reconnaissance d'une réelle autonomie de ces partenaires. La pratique romaine connaît également une autre évolution lors de son expansion vers la Méditerranée Orientale avec les traités d'amitié, *amicitia*. Réservés dans un premier temps à établir des relations d'égaux avec les entités périphériques, ils vont ensuite se substituer au *foedus iniquum* dont la pratique décline en raison du caractère contraignant de la procédure. Cette pratique de Rome attire l'attention sur l'exercice de la capacité conventionnelle à la fois par soi-même mais également par les autres entités politiques.

---

<sup>1175</sup> Voir par exemple dans THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre III, X, 1-5 : « Entre les Athéniens et nous [citoyens de Mytilène], l'alliance s'est nouée quand vous [Sparte] vous être retirés de la guerre contre le Mède [...]. Et tant que les Athéniens commandaient en respectant l'égalité, nous les avons suivis de grand cœur [...] mais nous ne trouvions plus de garantie dans le commandement des Athéniens, instruits que nous étions par les exemples qui précédaient ; car une chose n'était pas vraisemblable : ils avaient soumis les peuples qu'ils avaient inclus dans la même convention que nous ».

<sup>1176</sup> Voir David J. BEDERMAN, *International in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 189-194 et Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, pp. 77-79.



**379.** Plus largement, l'évolution de la cité comme forme d'organisation politique dans l'Antiquité grecque puis romaine illustre les interactions qui peuvent exister entre le développement du droit sur le plan interne et la volonté d'un encadrement juridique des rapports internationaux dès lors que ceux-ci atteignent une certaine permanence et une régularité. Les caractéristiques de la cité expliquent la nature particulière des rapports internationaux dans la Grèce classique. Si certains ont pu considérer que la proximité culturelle entre cités grecques faisait du monde grec une quasi-fédération, la conscience de l'indépendance de la cité conduit les cités grecques à se présenter comme souveraine<sup>1177</sup>. La taille réduite du monde grec comme la proximité culturelle qui pouvait exister entre les cités ne peuvent justifier la non-reconnaissance de l'existence d'un système international. L'absence d'unité politique du monde grecque comme la possibilité de rapports avec des entités non-grecques soulignent à l'inverse l'existence de rapports juridiques internationaux quelque soit la taille de ce système. Plus précisément, la capacité conventionnelle dont dispose les cités grecques découle directement de leur caractère indépendant<sup>1178</sup>. L'arrivée de Rome dans les rapports internationaux du monde méditerranéen, à partir du IV<sup>e</sup> siècle av. J.-C., ne modifie que peu ce système international fondé sur un relatif équilibre<sup>1179</sup>. La rencontre avec le monde grec va permettre à Rome de s'approprier les pratiques helléniques et ainsi, d'étendre la communauté d'Etats soumis à certaines règles dans leurs rapports

---

<sup>1177</sup> « The Greek cities [...] had a well-conceived notion of sovereignty and this was the essential element in any State system which purported to develop rules of behavior for independent political entities », Coleman PHILLIPSON, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome... op. cit.*, 1911, p. 31. Voir également dans ce sens, Georges TENEKIDES, « Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des cités... op. cit., 1956, pp. 475-478 ou encore David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 31-41.

<sup>1178</sup> « *Indépendance de la cité en matière de politique extérieure* : a) Cette indépendance s'affirme par la liberté qu'a la Cité d'adhérer librement à une alliance ou une confédération.

b) Elle s'affirme, par la liberté de déclarer la guerre et de faire la paix. [...]

c) L'indépendance de la Cité en politique extérieure s'affirme enfin par la liberté de conclure des traités. Cette troisième proposition est impliquée dans les deux précédentes. Car, sur le plan international, la capacité de contracter a le sens d'un moyen technique au service de la Cité, lui permettant d'orienter dans telle ou telle direction sa politique extérieure », Georges TENEKIDES, « *Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des cités... op. cit.*, 1956, p. 500.

<sup>1179</sup> « For a brief time, Rome was neither a weak Italian city-State nor a great and sprawling empire. During that intermission it was an aggressive nation State competing with like-minded polities not only proximately in the Italian peninsula, Sicily and North Africa, but also, later, in Greece, Egypt and the rest of eastern Mediterranean », David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, p. 42.

internationaux. Le monde méditerranéen connaît à ce moment là une communauté d'Etats formant une forme de Concert des Nations entretenant entre eux des rapports d'égaux. Il s'agit d'un système international multi-polaire et stable. Les guerres puniques vont modifier cet équilibre. Rome reste la seule puissance dominant l'ensemble du monde méditerranéen et formant un nouveau système. Sa victoire sur le royaume de Macédoine en 168 av. J-C symbolise la disparition de ce système international. Cette issue pose rétrospectivement la question de savoir si Rome pouvait réellement traiter avec les autres Etats sur une base d'égal souveraineté. La cité romaine a accepté d'entretenir des rapports d'égal à égal sans pour autant que l'idée d'une égalité fondée sur l'indépendance ne se soit réellement développée dans sa culture politique.

**380.** La participation de Rome à ce système international entre le IV<sup>ème</sup> et le II<sup>ème</sup> siècle av. J-C. confirme toutefois la capacité de la cité à se conformer à un certain nombre d'exigences impliquées par les rapports internationaux. Celles-ci se manifestent avant tout dans l'exercice par la cité romaine de sa capacité conventionnelle. Plus précisément, cet exercice suppose le développement des ambassades et d'un droit de légation qui sont décisifs dans le développement d'un système juridique international reposant sur le respect de l'indépendance de ses sujets<sup>1180</sup>. La reconnaissance par les mondes grecs et romains de ces pratiques, dont les origines sont certainement situées dans les traditions de l'hospitalité privée, traduit nécessairement une acceptation mutuelle de l'indépendance des cités. La capacité conventionnelle découle alors de cette indépendance politique qui se manifeste dans les envois d'ambassades et qui nécessite de recourir à l'instrument conventionnel. Surtout, l'exercice par Rome de sa capacité conventionnelle au nom de son indépendance politique passe par une reconnaissance de l'indépendance politique de ses partenaires. Cela emmène un double constat. D'une part, la pratique conventionnelle suppose la reconnaissance préalable d'un certain nombre de règles relatives à la vie diplomatique et, partant, la reconnaissance d'un système juridique international, même limité<sup>1181</sup>. D'autre part, la pratique romaine est à la

---

<sup>1180</sup> Voir Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, pp. 80-82.

<sup>1181</sup> Voir par exemple David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 94-99, spec. p. 95 : « Ritualized hospitality was balanced carefully with concerns over the probity of an envoy and that of his master. The universality of rules of diplomatic comportment was qualified

fois le signe de son impérialisme comme de la nécessité pour les entités souhaitant participer à la vie internationale de présenter certains traits<sup>1182</sup>. La capacité conventionnelle implique l'indépendance politique qui elle-même suppose un certain degré d'organisation politique de la cité sans lequel celle-ci est incapable de s'engager internationalement<sup>1183</sup>. L'indépendance politique permet la capacité conventionnelle tout autant que cette capacité vient affirmer et confirmer l'indépendance politique des entités concernées et leur capacité à se projeter internationalement.

**381.** Ce constat conduit à relever la permanence de la « souveraineté », sous une forme différente de celle liée à l'Etat moderne, dans les traits structurels de tout système juridique international. Cela illustre alors l'importance de la notion d'indépendance dans la construction historique du droit international au cœur de laquelle l'instrument conventionnel joue un rôle décisif. L'existence de rapports juridiques internationaux nécessite une coïncidence minimale du statut des différentes entités politiques concernées. Il ne suffit pas qu'elles soient indépendantes, il faut que cette indépendance soit reconnue par les autres parties<sup>1184</sup>. Cette reconnaissance passe notamment par l'attribution et l'exercice de la capacité conventionnelle. Il n'est ainsi pas surprenant de retrouver une dimension sacrée du droit dans la conception antique de la souveraineté proche de

---

by the principle that only legitimate States had the right to send and receive embassies [...] the overall picture of the international law of diplomacy in Antiquity was remarkably stable and predictable ».

<sup>1182</sup> Voir notamment Clifford ANDO, *L'Empire et le droit... op. cit.*, 2013, pp. 13-16 sur la place du traité dans l'impérialisme juridique de Rome.

<sup>1183</sup> « Complete reciprocity in diplomatic relations and treaty-making were substantially recognized by Rome during this period [...] Rome refused to have relations with entities that did not possess a high level of political organization and cohesion. It was only with free and independent nations that Rome extended the basic indicia of membership in an international community: the sending and the reception of ambassadors, the conclusion of *sponsiones* or *foedera*, and the proper formalities for initiating conflict », David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, p. 46.

<sup>1184</sup> Cela s'observe tout à fait dans l'opposition entre Athènes et Sparte lors de la guerre du Péloponnèse. Cette opposition est en premier lieu celle des différences entre la démocratie athénienne et le régime spartiate qui conduit à un affrontement international : « la manière de combattre est liée directement à la manière de vivre ou de penser, reflet des essences institutionnelles et politiques. Expression d'un antagonisme vital, la guerre est un facteur d'intelligibilité de l'histoire et du devenir », Olivier BATTISTINI, *La guerre du Péloponnèse. Thucydide d'Athènes*, Paris Ellipses, 2002, p. 188.

celle observée dans le cas de l'engagement conventionnel<sup>1185</sup>. La dimension externe de la souveraineté n'est finalement que l'indépendance politique. Sur le plan international, cette indépendance est perçue de façon bien antérieure à la notion de souveraineté, liée au développement de l'Etat moderne. Plus précisément, les premières acceptations de la notion révèlent une proximité importante avec l'idée contemporaine d'indépendance<sup>1186</sup>. Cela s'observe notamment dans la conception romaine reprise dans le *Digeste* : « Mais un peuple est libre qui n'est soumis à aucun autre peuple ». Derrière l'image habituelle de l'impérialisme romain, on peut constater une forte diversité des situations des entités politiques tant pour celles intégrées à l'Empire et dont le degré de dépendance à Rome était variable en droit comme en fait que pour les entités extérieures ayant des relations avec l'empire. Certes, les notions d'indépendance et de souveraineté ne reçoivent pas le même caractère absolu qu'elles peuvent connaître depuis l'apparition de l'Etat moderne. Cependant, la société internationale existante dans l'espace méditerranéen sous l'Antiquité s'appuie sur de telles idées qui fondent la possibilité de rapports internationaux encadrés juridiquement<sup>1187</sup>.

## ***2. La capacité conventionnelle dans le système juridique international***

382. Dans le cadre du système juridique international contemporain, la détermination de la capacité conventionnelle ne revêt pas les mêmes enjeux mais elle retrouve certaines problématiques similaires. Le traité international, par la détermination de la personnalité juridique qu'il suppose, s'inscrit dans un mouvement de développement du système juridique international en favorisant la participation des sujets de droit au développement de cet ordre. La capacité

---

<sup>1185</sup> Voir tout particulièrement Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré... op. cit.*, 2006, chapitre 2, pp. 47-107 : « les origines sacrales de la souveraineté » ainsi que Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce. 2. La Cité et les Lois... op. cit.*, 2008, pp. 74-75.

<sup>1186</sup> Voir notamment Robert KOLB, *Théorie du droit international... op. cit.*, 2013, pp. 276-280 qui expose les différentes acceptations de la notion de souveraineté et relève la proximité de sa signification originelle avec la notion d'indépendance.

<sup>1187</sup> Voir Dominique GAURIER, *Histoire du droit international... op. cit.*, 2014, pp. 57-59 ; également et plus particulièrement Paul GUGGENHEIM, « La souveraineté dans l'histoire du droit des gens. Les

conventionnelle fait ainsi ressortir d'une part la notion de personnalité juridique internationale et d'autre part, les problèmes qui se rattachent à l'application interne du droit international. La diversité des sujets de droit international se retrouve dans la façon dont la capacité conventionnelle leur est attribuée (a) ce qui n'est pas sans soulever plusieurs incertitudes quant à la notion de personnalité juridique internationale (b).

### *a. L'acquisition de la capacité conventionnelle*

**383.** Simple en apparence, la question de la capacité conventionnelle est essentielle au regard de l'importance de l'engagement conventionnel dans la conception du traité international. Cela explique que cette capacité conventionnelle soit généralement identifiée comme une condition de validité du traité. Ce lien entre capacité et validité est même explicitement annoncé dans les rapports de G. Fitzmaurice à la CDI concernant le droit des traités. Son troisième rapport est ainsi consacré à la question de la validité substantielle des traités ce qui est l'occasion d'une étude approfondie de la question de la capacité conventionnelle<sup>1188</sup>. Cependant, ce lien entre capacité conventionnelle et validité du traité a été abandonné dans la suite des travaux préparatoires à la Convention de Vienne de 1969. Cet abandon s'explique logiquement dans le cadre de la codification du droit des traités entre Etats dans la mesure où la capacité conventionnelle des Etats est de principe<sup>1189</sup>. A la suite de ses manifestations dans l'Antiquité gréco-romaine, la capacité conventionnelle semble déterminée par le caractère souverain que le système juridique international reconnaît à certains Etats. Pourtant, ce constat doit être largement nuancé, notamment par ce qu'il repose sur une confusion personnalité juridique internationale et capacité conventionnelle<sup>1190</sup>. Plus

---

conceptions des glossateurs et des commentateurs » in *Mélanges Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 134-146.

<sup>1188</sup> Voir 3<sup>ème</sup> rapport sur le droit des traités, *Ann. CDI*, vol. II, 1958, pp. 21-29, plus particulièrement le projet d'article 8, pp. 24-25 et son commentaire, pp. 32-34.

<sup>1189</sup> Voir notamment sur cette question Nguyen QUOC DIN, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public... op. cit.*, 2009, p. 191.

<sup>1190</sup> « [D]u fait qu'une entité soit titulaire, de façon directe et effective, d'un droit ou d'une obligation dans l'ordre international, l'on peut déduire que cette entité est un sujet du droit des

précisément, être un sujet de droit international n'est pas une condition suffisante à l'acquisition d'une capacité conventionnelle.

**384.** Cette capacité n'est pas nécessairement liée à la qualité souveraine d'une entité. Toutefois, la question n'est pas complètement distincte de celle la notion d'Etat en droit international. D'une part, l'attribution de la capacité conventionnelle est assurée par le système juridique international au sein duquel l'engagement international des Etats joue un rôle constitutif<sup>1191</sup>. D'autre part, dans la mesure où cette capacité permet aux Etats de participer à la formation et l'application du droit international, elle est intrinsèque à leur statut même de sujet de droit<sup>1192</sup>. Si l'Etat, en sa qualité de sujet souverain, est doté d'une capacité conventionnelle, il n'est pas le seul sujet de droit international à en être doté. C'est également le cas des organisations internationales même si la capacité conventionnelle de telles organisations n'est pas de principe comme celle dont sont dotés les Etats<sup>1193</sup>. Ce constat ne permet pas de conclure pour autant à un lien automatique entre souveraineté et capacité conventionnelle. La souveraineté a trait à la personnalité juridique, elle renvoie à une qualité dont peut disposer un sujet de droit mais non aux compétences que peut lui attribuer le système juridique auquel il appartient<sup>1194</sup>. La capacité conventionnelle appartient à ces compétences. Elle est donc automatique dès lors que le sujet est souverain mais peut être attribué à des

---

gens. Par contre, du fait que quelqu'un soit sujet du droit des gens, l'on ne peut pas déduire qu'il ait la capacité de conclure un traité », Julio BARBERIS, « Le concept de traité international... *op. cit.*, 1984, p. 248.

<sup>1191</sup> Voir *Supra*, 1<sup>ère</sup> Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, 2. b.

<sup>1192</sup> « Tout Etat a une aptitude à conclure des traités ; parler dans ce cas d'un droit de l'Etat ne semble pas exprimer la vérité profonde : il s'agit ici plus d'une définition que d'un droit, car une entité qui, d'une manière générale, n'aurait pas le droit de conclure des traités, ne participerait pas au cours ordinaire des relations internationales et ne serait donc pas un Etat », Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, p. 75.

<sup>1193</sup> Voir article 6 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales du 21 mars 1986 : « La capacité d'une organisation internationale de conclure des traités est régie par les règles de cette organisation ».

<sup>1194</sup> « [L]a personnalité ne consistant pas dans un ensemble de droits et d'obligations déterminés mais dans l'aptitude à posséder un droit ou une obligation quelconque, les sujets de l'ordre juridique international tirent tous de lui une personnalité identique, même si la capacité qui en résulte diffère d'une catégorie à l'autre [...]. La personnalité n'est rien d'autre qu'une aptitude abstraite à se voir conférer des attributs légaux par l'ordre juridique qui érige un être en sujet de droit », Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public... op. cit.*, 2016, p. 231.

sujets de droit international non souverains comme les organisations internationales. Si les personnes privées n'ont pas de capacité conventionnelle reconnues, plusieurs situations interpellent. Il a pu être ainsi reconnu une capacité conventionnelle à des entités non étatiques comme le démontre le cas des traités de délimitation des frontières passés avec des chefs indigènes pendant la colonisation, notamment du continent africain ou plus récemment des accords signés avec les mouvements de libération<sup>1195</sup>. Cette distinction entre la personnalité juridique internationale et la capacité conventionnelle, si elle permet d'éclairer la possibilité pour certains sujets de droit international d'être partie à un traité, n'a qu'une portée limitée au sein du système juridique international. Celui-ci ne permet pas d'opérer une différenciation étendue de la capacité conventionnelle entre les différents sujets dans la mesure où la reconnaissance de cette capacité n'est pas assurée par une autorité unique et supérieure<sup>1196</sup>.

**385.** L'attribution de la capacité conventionnelle se fait par le biais d'un système juridique au sein duquel la prééminence du sujet étatique joue un rôle essentiel. Cette attribution dépend donc largement de leur volonté et de leur intérêt. Cela explique donc la capacité conventionnelle attribuée aux organisations internationales en tant que sujet dérivé de la volonté des Etats ou encore celle accordée à certaines entités ou groupements quasi-étatiques. Il est alors possible de constater que l'intérêt du traité réside dans la mise en cause qu'il opère entre des ordres juridiques différents par l'intermédiaire de la reconnaissance de la capacité conventionnelle à des autorités internes mais représentant internationalement l'Etat<sup>1197</sup>. En effet, la question de la capacité conventionnelle met en lumière la dimension constitutive du traité international pour le système juridique international. Si la formation de l'Etat, ou de toute entité politique indépendante, se déroule de façon spontanée en-dehors du droit international, cela n'empêche

---

<sup>1195</sup> Voir par exemple CIJ, avis du 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, Rec. CIJ 1975, p. 39, § 80.

<sup>1196</sup> Sur le plan de la capacité conventionnelle, on constate à nouveau l'impossible assimilation du traité au contrat de droit interne, voir notamment « la théorie des incapacités trouve peu d'applications en droit international public, et ceci pour un motif très simple qui tient à l'absence d'une autorité supérieure apte à reconnaître l'existence et la capacité des personnes juridiques », Marie-Françoise FURET, « L'application des concepts du droit privé au droit international public... *op. cit.*, 1964, p. 890.

<sup>1197</sup> Sur ce constat, voir notamment Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, p. 23.



pas ce dernier de jouer un rôle dans son processus de formation. La capacité conventionnelle est alors déterminante parce qu'elle permet la mise en relation des ordres juridiques interne et international tel qu'attendu par les Etats. Celle-ci est en effet essentielle pour que les Etats, comme partie à un traité, puissent organiser et permettre les rapports entre ordre juridique interne et système juridique international. La capacité conventionnelle occupe alors une place dont ne dispose pas la coutume en permettant aux Etats de décider des domaines même du droit international<sup>1198</sup>. L'importance de la capacité conventionnelle pour les sujets du droit international s'explique par la place particulière du traité dans le système juridique international. L'attribution de la capacité conventionnelle est alors un enjeu essentiel alors même que le fonctionnement du droit international ne permet pas de dégager des critères approfondis et précis. L'Etat, en tant que seul sujet souverain, apparaît *in fine* comme celui qui attribue cette capacité conventionnelle sans pour autant que cette capacité s'assimile toute entière à la souveraineté. Cette dimension de la capacité d'engagement conventionnel attire l'attention sur les personnes dotées des pouvoirs de négocier et de signer les traités internationaux<sup>1199</sup>. On retrouve ici une distinction similaire à celle de la période antique mais quelque peu accentuée dans la mesure où elle ne pose la question de la validité du traité mais de sa nullité ou de sa non-exécution<sup>1200</sup>.

### ***b. Les incertitudes de la personnalité juridique internationale***

**386.** L'étude de la capacité conventionnelle tend finalement à introduire une confusion entre personne publique et personne privée qui apparaît particulièrement regrettable quant à l'analyse de la personnalité juridique internationale. Seules les personnes publiques ayant un lien plus ou moins direct avec les Etats souverains apparaissent dotées d'une capacité conventionnelle tandis

---

<sup>1198</sup> Voir Michel VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports en droit international et droits internes » in *Mélanges Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 489-505 et spéc. « L'évolution actuelle des rapports internationaux et de la technique des traités démontre de la façon la plus claire qu'il n'y a plus de domaine dans lequel le droit international ne puisse pénétrer : ce qui demeure aujourd'hui encore réservé au droit interne ne l'est que provisoirement », p. 491.

<sup>1199</sup> Voir article 7 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969.

qu'elle est largement refusé aux personnes privées qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. On retrouve alors la typologie distinguant sujets originaires et sujets dérivés<sup>1201</sup>. Cette distinction réintroduit la qualité souveraine des Etats et donc une hétérogénéité des sujets de droit qui est en partie contradictoire avec la capacité conventionnelle. Plus particulièrement, cela conduit à plusieurs incertitudes quand à l'attribution de la capacité conventionnelle. L'attitude en la matière est ainsi relativement prudente et l'on a pu considérer que certaines entités à la qualité étatique incertaine se voyaient reconnaître une pleine capacité conventionnelle. Dans le même temps, cette pleine capacité conventionnelle ne conduit pas à attribuer à ces mêmes entités le statut d'Etat.

**387.** Le rapprochement de la notion de traité avec celle de contrat montre ainsi plusieurs limites dont la principale est un rattachement à des ordres juridiques distincts et surtout profondément différents dans leur structure. Au-delà des conséquences sur la formation et la hiérarchie des règles de droit international, cette différence structurelle emporte des conséquences sur l'ensemble du système juridique et donc la distinction entre personnes publiques et personnes privées. Cependant, le mouvement de contractualisation du droit public en lien avec le développement de la personnalité morale de la personne publique interroge sur la possibilité d'une comparaison entre le traité international et le contrat de droit public qui permettrait alors une meilleure prise en compte de la spécificité de la personnalité juridique des parties. Ce mouvement a ainsi permis, sur le plan du droit interne, de faire de la personne publique, un sujet semblable aux personnes privées, permettant notamment le développement du contrat administratif<sup>1202</sup>. Toutefois, une reprise sur le plan du droit international de ce mouvement apparaît

---

<sup>1200</sup> Voir Peter KOVACS, « Article 7 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités...* *op. cit.*, 2006, pp. 195-225.

<sup>1201</sup> Voir par exemple l'entrée « Personnalité juridique internationale » dans Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public...* *op. cit.*, 2001, pp. 820-821 qui pose la définition générale suivante : « Aptitude à être titulaire de droits et tenus d'obligations selon le droit international. L'expression [...] est synonyme de « sujet de droit international ». A côté des Etats, sujets originaires ou immédiats du droit international, les sujets « dérivé » ou médiats susceptibles de se prévaloir de la personnalité juridique internationale sont aussi variés que la volonté des Etats de les instituer ».

difficile. Le traité international ne peut s'assimiler à un contrat de droit interne y compris un contrat administratif. De plus les enjeux ne sont pas similaires dans la mesure où la consécration de la personnalité juridique internationale des personnes privées n'est pas pleinement assurée.

**388.** L'apparition de nouveaux sujets de droit international pendant la 2<sup>nd</sup>e moitié du XX<sup>ème</sup> siècle ne s'est pas traduite jusqu'à maintenant par de véritables bouleversements sur le plan de la capacité conventionnelle. Le système juridique international semble réticent à attribuer une telle capacité au-delà des sujets liés aux Etats. Pendant longtemps, cette problématique ne se posait pas, les Etats étant les sujets quasi uniques du droit international. Les interrogations s'articulaient autour des questions relatives à l'Etat. D'une part, se posait la question de la capacité conventionnelle des entités fédérées que l'article 6 de la Convention de Vienne de 1969 renvoie au droit interne. D'autre part, il a pu être reconnu une absence de capacité conventionnelle à certains Etats sous tutelle<sup>1203</sup>. Mais le développement de la personnalité juridique internationale des personnes privées pose de façon de plus en plus pressante la question d'une éventuelle capacité conventionnelle qui pourrait leur être reconnue. L'attribution d'une capacité conventionnelle à des entités non souveraines est ainsi envisagée depuis une longue période en droit international, soulignant à nouveau le détachement de cette capacité avec la notion de souveraineté. L'apparition et le développement des organisations internationales à relancer les interrogations que soulèvent de façon encore plus pressante le sujet des personnes privées. Si cela a permis la consécration de l'idée de personne morale de droit international public, le statut des personnes privées, notamment au regard de la capacité conventionnelle reste très incertain<sup>1204</sup>. La notion de personnalité juridique internationale connaît une

---

<sup>1202</sup> Voir notamment Roland DRAGO, « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits*, vol. 12, 1990, pp. 117-134.

<sup>1203</sup> Voir Daniel TURP et François ROCH, « Article 6 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 165-170 ou encore Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, pp. 117-120.

<sup>1204</sup> Voir notamment Hermann MOSLER, « Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public », in *Mélanges Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 228-251, spéc. p. 235 : « le fait qu'à un moment donné des Etats aient eu intérêt à s'associer contractuellement pour la

évolution certaine face à ce mouvement qui interroge directement la capacité conventionnelle sans être en mesure d'y apporter de réponses claires.

## **Section 2 : Traités et indépendance politique dans le système juridique international**

**389.** Si la capacité conventionnelle n'est pas déterminée par le caractère souverain ou non de l'entité à laquelle cette capacité est reconnue, il n'en reste pas moins que le traité, par sa place centrale dans le système juridique international contribue à éclairer la notion de souveraineté. L'Antiquité gréco-romaine souligne que la dimension internationale de la souveraineté s'analyse avant tout comme l'indépendance politique reconnue à certains sujets. Ce faisant, elle met en évidence le lien intrinsèque entre souveraineté et horizontalité du système juridique international. Dès lors, le traité révèle le système juridique international tout autant qu'il contribue à le développer<sup>1205</sup>. L'indépendance politique, qui conditionne l'horizontalité du système juridique international conduit à poser une conception de la justice dans le droit international qui se distingue de celle que l'on peut retrouver dans les droits internes. La nécessité d'un système juridique international dans l'Antiquité se fait sentir dès la reconnaissance de l'existence d'une société internationale que l'on peut voir apparaître dès que des entités politiques qui se conçoivent comme indépendantes à l'égard de toute autre souhaitent développer entre elles des relations qui dépassent le commerce ou la guerre. Cette idée d'équilibre est ainsi consubstantielle à la structure même du droit international et va se trouver renforcée par le traité international.

---

poursuite de certains buts et à organiser un service public commun a seul déterminé ce développement ».

<sup>1205</sup> « Le traité est le régulateur essentielle de la vie internationale, le principal instrument de stabilité et d'adaptation du droit. Cette place éminente, il la doit à la fois à l'autorité morale unique du principe *pacta sunt servanda* et à sa correspondance avec la structure individualiste présente des rapports internationaux [...] Très généralement orienté vers la satisfaction de besoins concrets, il se modèle aussi exactement que possible sur la diversité des situations particulières dont la prédominance, on l'a vu, est un des traits caractéristiques du milieu international. Loi des parties, il normalise leurs rapports mutuels. Il tempère, sans le supprimer, le jeu des forces politiques », Charles de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public... op. cit.*, 1970, p.276.

**390.** Cela souligne à nouveau l'intérêt d'une analyse du droit international contemporain par le prisme de l'Antiquité gréco-romaine. La naissance du droit international moderne au cours du XVII<sup>e</sup> siècle découle de la formation d'entités politiques souveraines à l'époque<sup>1206</sup>. De ce point de vue, le rapprochement est possible, le moyen-âge est plus une coupure, une parenthèse entre l'antiquité et le monde moderne car l'antiquité connaît également la coexistence et la coopération d'entités politiques indépendantes les unes des autres et l'absence d'autorité supérieure. L'Antiquité gréco-romaine souligne la place centrale occupée par le traité dans le développement de phénomènes d'indépendance politique et de formation d'un système juridique international (1). Cela conduit à mettre en évidence le caractère incontournable du traité pour le droit international au regard de ses principes structurels (2).

### ***1. Capacité conventionnelle et indépendance politique dans l'Antiquité***

**391.** Si la capacité conventionnelle ne se confond pas avec la souveraineté, elle en découle historiquement. Dès lors que des entités, se reconnaissant comme indépendantes et égales l'une vis-à-vis de l'autre, souhaitent entretenir des rapports juridiques, elles vont recourir en premier lieu au traité<sup>1207</sup>. Le traité joue rôle essentiel d'instrument de sociabilité juridique internationale en mettant en contact entités politiques indépendantes. Il est l'instrument adapté à des sociétés constituées de membres indépendantes politiquement et autonomes

---

<sup>1206</sup> « Faut-il rappeler que le droit international est né du besoin de faire vivre côte à côte en Europe, après l'effondrement de toute autorité supérieure, des entités hétérogènes, toutes souveraines et toutes égales, à l'intérieur de leur territoire respectif circonscrits pas des frontières ? », Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité... », *op. cit.*, 1992, p. 34.

<sup>1207</sup> « Chacun, parce qu'il est reconnu par l'autre comme Puissance, se voit aussi doté d'une égale capacité contractuelle. C'est d'ailleurs ici que l'on perçoit l'ambivalence de la notion de « norme de reconnaissance » telle que l'emploie Hart, dénomination qu'en jouant ici encore à dessein sur les mots, il faudrait entendre à tous les sens du terme. Plutôt que seconde par rapport aux normes primaires énoncées dans le traité, elle leur fournit un fondement », Pierre-Marie DUPUY, « Quelques réflexions sur les origines historiques de l'ordre juridique international », in *Mélanges Peter Haggemacher... op. cit.*, 2014, p. 390.

juridiquement. Sur le plan juridique, le traité est inhérent à une telle société. Par la reconnaissance de l'indépendance politique qu'il permet, le traité est à la fois révélateur et « formateur » d'un système juridique comme l'est le droit international (a). Sa souplesse est déterminante pour un tel système puisqu'il s'adapte à toutes les variations du système international (b).

*a. Une capacité révélatrice d'un système juridique international*

392. Le traité apparaît comme révélateur d'un système juridique international parce qu'il en est le premier instrument élaboré. L'analyse de la capacité conventionnelle dans l'Antiquité est instructive pour comprendre la façon dont le traité, bien que reflétant l'existence du droit international, en est également constitutif. Plus particulièrement, l'exercice de la capacité conventionnelle favorise l'indépendance politique. Si le droit diplomatique constitue le 1<sup>er</sup> élément d'apparition d'un droit international, il doit être compris en lien avec le traité dont il permet l'existence. Toutefois, l'existence de traités n'emporte pas automatiquement l'existence d'un système juridique international tel que celui qui s'est développé depuis l'époque moderne. En effet, la reconnaissance de l'instrument conventionnel n'a pas empêché les débats sur l'existence du droit international tant à l'époque moderne que dans l'Antiquité gréco-romaine. Cela conduit à souligner la double dimension du traité, à la fois instrument juridique interne et international qui permet de constater son existence tout en contestant celle du droit international. Il est certain que le monde antique grec comme romain ne connaît pas un véritable système juridique international tant certains éléments semblent faire défaut pour cela. Si on ne peut reconnaître l'existence d'un unique ensemble cohérent de règles formant un droit international public reconnu par tous et pouvant être proche du droit international moderne, on observe dans l'antiquité l'idée commune d'une soumission des relations internationales à l'autorité de la loi. Il est généralement avancé deux séries de critiques à cette reconnaissance. Un premier ensemble renvoie à l'incomplétude de ce système antique en matière de règles secondaires, de conception de la souveraineté ou encore de conceptions juridiques communes. Ensuite, il est également pointé des

défauts dans la pratique même qui tendrait à ignorer les contraintes juridiques sur le plan international. Ces observations restent à relativiser dans la mesure où l'on peut percevoir dans le monde grec comme romain la conscience d'une action des cités contraintes par des règles juridiques n'appartenant pas au droit de la cité<sup>1208</sup>. La permanence des affrontements entre cités impliquerait l'absence de reconnaissance d'une société internationale et donc celle d'un droit international. Même si la plupart des sociétés antiques vivaient en autarcie, certaines ont connu un développement suffisamment important pour acquérir une conscience d'elles-mêmes les poussant ensuite à envisager des rapports avec leurs voisins<sup>1209</sup>.

**393.** Le développement de la capacité conventionnelle illustre tout à fait le fait que le traité apparaît comme le signe premier de l'existence du droit international<sup>1210</sup>. Plus particulièrement, la régulation conventionnelle du droit international implique la reconnaissance d'une égalité formelle et surtout le partage d'un respect des règles juridiques. Le droit conventionnel se construit alors en premier lieu comme la projection internationale d'un droit d'origine interne. Ce constat s'observe tout particulièrement dans le monde grec dans la mesure où la cité démocratique grecque se caractérise par la souveraineté de la loi. Celle-ci est le véritable souverain des cités grecques. Liée aux dieux, elle ne se confond pas avec la loi divine. En fait, les dieux ont offert aux hommes l'idée de loi ainsi que des valeurs et des exigences morales qui déterminent une œuvre législative proprement humaine. Avant le stoïcisme, la nature n'est pas vue comme possédant ses lois mais imposant ses nécessités, dès lors il y a opposition entre la nature et la loi, sur laquelle les sophistes fondent une partie de leur critique de la démocratie, estimant que les hommes ne doivent se conformer qu'aux règles de la nature<sup>1211</sup> ; mais la

---

<sup>1208</sup> Pour un résumé exhaustif de ces débats sur l'existence d'un droit international dans l'Antiquité gréco-romaine, voir notamment David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 267-275.

<sup>1209</sup> Voir notamment Roberto AGO, « The First International communities in the Mediterranean world... op. cit. », 1983, pp. 215-222 ou encore Bruno PARADISI, « L'amitié internationale. Les phases critiques de son ancienne histoire... op. cit. », 1951, pp. 325-378.

<sup>1210</sup> Voir Maxime LEMOSSE, « Relations internationales (droit romain) » in Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité... op. cit.*, 2012, pp. 1879-1880, spéc. p. 1879 : « A tort, Rome a souvent passé pour ignorer ou nier la possibilité d'un droit régissant les rapports internationaux [...] Visiblement leur première institution internationale fut le *foedus*, traité conclu solennellement dans des formes religieuses ».

<sup>1211</sup> Voir notamment Roger LABROUSSE, *Introduction à la philosophie politique... op. cit.*, 1959, p. 50.



vision de la loi comme une convention sociale peut servir à défendre l'obligation de son respect. Surtout, la consécration de l'idée de relativité de la loi va permettre d'une part de l'affirmer comme une œuvre humaine mais va ensuite poser la question de son caractère universel. Ce mouvement est réalisé par la pensée stoïcienne qui, en considérant la loi comme un attribut humain va suggérer l'idée d'un droit commun à l'ensemble de l'humanité<sup>1212</sup>.

**394.** Cette importance du traité dans la formation et la reconnaissance d'un système juridique international est à mettre en lien avec le développement du droit diplomatique qui constitue le premier domaine de tout système juridique international en ce qu'il incarne la reconnaissance réciproque de l'indépendance politique et la volonté d'organiser les rapports internationaux. Ce droit diplomatique est particulièrement développé dans les mondes grecs et romains. Il ne se limite pas à reconnaître l'existence des ambassades mais également à protéger les envoyés étrangers. Cette protection reste variable suivant les civilisations, les envoyés étrangers étant plus ou moins assimilés à des otages. La Grèce comme Rome développe une conception largement coutumière, inspirée par les principes de l'hospitalité privée et la religion. Les atteintes aux ambassadeurs sont sévèrement sanctionnées car considérées comme des offenses aux dieux<sup>1213</sup>. L'instrument conventionnel s'inscrit alors dans la continuité de cette reconnaissance par le droit d'une sociabilité internationale. Le traité permet alors tant l'encadrement des rapports entre ces entités politiques que la mise en commun d'un certain nombre de principes et de règles. L'exemple grec de l'établissement des trêves par traités souligne comment l'instrument conventionnel suppose et permet en même temps la confiance entre les cités. Ces trêves représentent un

---

<sup>1212</sup> C'est notamment l'objet d'un texte du philosophe Zénon qui « a écrit une république très admirée, dont le principe est que les hommes ne doivent pas se séparer en cités et en peuples [...] car tous les hommes sont des concitoyens puisqu'il y a pour eux une seule vie et un seul ordre des choses », Roger LABROUSSE, *Introduction à la philosophie politique... op. cit.*, 1959, p. 83.. Sur la parenté entre sophisme et stoïcisme et plus particulièrement sur la façon dont une partie de la critique sophistique de la loi va ouvrir la voie au cosmopolitisme stoïcien en posant une parenté entre chaque homme du fait de sa nature même, voir PLATON, *Protagoras*, 337 c-d. : « Vous autres, dit-il, qui êtes ici présents, je considère, moi, que vous êtes tous, sans exception, d'un même sang, d'une même famille, d'une même partie, en vertu de la nature, non en vertu de la loi. Car c'est par nature que le semblable est apparenté au semblable, tandis que la loi, qui est une souveraine pour les hommes, impose par la force nombre de choses contrairement à la nature. »

<sup>1213</sup> Voir notamment David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 108-120.

mouvement de construction conventionnelle de la confiance entre les cités. Cette pratique naît des festivités panhelléniques, comme les jeux d'Olympie qui se traduisent par l'arrêt des combats. Peu à peu détachée de ces festivités, la pratique de la trêve permet d'instaurer un climat de confiance propice à l'établissement de la paix par traité. Ce mouvement souligne le rapport de circularité qui existe sur le plan international entre la reconnaissance commune et les instruments internationaux, le traité renforce la confiance autant qu'il a besoin d'une confiance préalable pour être négocié. De la même façon, à Rome, le droit fétial implique une reconnaissance d'autres entités politiques avec lesquelles il est possible d'entretenir des rapports juridiques au sein desquelles le traité occupe une place centrale<sup>1214</sup>.

**395.** En participant à la formation d'un droit international, le traité vient conforter l'indépendance politique des entités concernées. Dans le même temps, le développement de la pratique conventionnelle permet à ces sujets de droit de coexister au sein d'un système juridique commun. Parce que le traité est instrument de sociabilité internationale, il révèle tout autant qu'il contribue à former le système juridique international. Cela s'observe tout particulièrement dans le cas romain où la pratique des traités s'accompagne d'une volonté de partager avec les autres parties un ensemble juridique commun<sup>1215</sup>. Si cette pratique romaine est également le support de la politique impérialiste conduite par Rome, elle souligne également combien le traité est un élément indispensable à toute vie juridique internationale. La pratique conventionnelle dans l'Antiquité gréco-romaine illustre tout autant une volonté de recherche d'un équilibre des puissances et d'ordre que la mise en commun de principes juridiques. La fiction d'une égalité souveraine n'empêche pas les traités de poser des obligations non équivalentes et non réciproques ce qui favorise le développement progressif du système juridique international. La capacité conventionnelle permet ainsi de poser une idée d'égalité souveraine essentielle à tout développement de rapports juridiques de type horizontaux comme ceux que connaît le droit international. Cette idée est

---

<sup>1214</sup> « [L]e *ius fetiale* suppose des rapports juridiques originels avec toute communauté étrangère, avant même tout traité », Claude NICOLET, *Rome et la conquête du monde méditerranéen... op. cit.*, 1978, p. 890 ; également Thomas WIEDMANN, « The Fetiales : A Reconsideration... op. cit., 1986, pp. 485-486.

<sup>1215</sup> Voir notamment André PIGANIOL, *La conquête romaine... op. cit.*, 1974, pp. 168-171.

particulièrement présente dans la conception grecque pour qui les rapports juridiques reposent nécessairement sur une égalité entre les parties concernées<sup>1216</sup>. Ces différents types d'amitiés ritualisées traduisent la réalité d'une vie diplomatique tendant à atténuer les particularismes religieux et/ou culturels particulièrement forts entre les cités antiques et qui contribuent au développement du système juridique international de l'époque<sup>1217</sup>.

### ***b. Une capacité conforme à la souplesse de l'instrument conventionnel***

**396.** L'absence d'une vision établie et partagée du droit international tout au long de la période considérée n'empêche pas d'observer la permanence du recours à l'instrument conventionnel par les entités dotées d'une capacité conventionnelle, que cela serve à maintenir un système international fondé sur l'équilibre ou à soutenir une conception impérialiste de celui-ci. Ainsi, le recours au traité s'explique par sa souplesse pour les entités politiques concernées. L'instrument apparaît ainsi incontournable pour les cités quelque soit la politique internationale conduite. La reconnaissance d'une égale indépendance que suppose le recours au traité dans l'Antiquité gréco-romaine ne signifie pas nécessairement la recherche d'un équilibre du système international<sup>1218</sup>.

**397.** La diversité de la pratique conventionnelle grecque traduit bien les limites de la plasticité du traité. Ainsi, les traités d'alliance et d'amitié témoignent à la fois d'un souci permanent d'équilibre des puissances tout en pouvant être le support d'une politique impérialiste. La réalité des rapports politiques tend alors à faire du traité un simple moyen dont les finalités universalistes cèdent devant les rapports de force politiques. Cependant, la grande diversité des traités d'alliance et d'amitié traduit la volonté d'une recherche permanente d'équilibre des pouvoirs

---

<sup>1216</sup> Voir Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce... op. cit.*, 2011, pp. 191-193.

<sup>1217</sup> « Without this ability to understand the essential nature of comity, international law would have been an impossibility in ancient international relations. Not only would it have been impossible for ancient states to pledge their faith with one another in a positive law-making act [...] but no other rule of State conduct could have had any force and effect », David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity... op. cit.*, 2001, p. 135.

<sup>1218</sup> Voir Dominique GAURIER, *Histoire du droit international...*, 2014, pp. 34-35.

entre les cités grecques. On distingue ainsi les *philia*, simples traités d'amitié qui, tout en n'allant pas jusqu'à formaliser de véritables alliances, permettent de renforcer la fiction juridique de l'égalité souveraine ; les *symmachia*, traités d'alliance classique et ses déclinaisons sous la forme d'*épimachiai*, traité d'assistance mutuelle ; les ligues qui se différencient des fédérations et symbolisent cette recherche de l'équilibre en permettant la constitution d'alliance dominé par une cité hégémonique et les *amphictyonies*, premières tentatives d'établissement d'organisations internationales servant à gérer les sanctuaires religieux communs<sup>1219</sup>. Cette pratique s'insère dans un système international relativement développé comme le montre la reconnaissance de lois non-écrites. Celles-ci conservent une dimension morale affirmée qui permet de définir des principes communs et d'intégrer dans la définition grecque de la loi l'idée de justice. Plus largement, ces coutumes reflètent l'idée que, dans le monde grec, le droit international ne se limite pas à l'établissement de rapports bilatéraux ou multilatéraux mais également à la reconnaissance d'une communauté internationale commune aux cités grecques<sup>1220</sup>. Ensuite, les rapports internationaux sont influencés par la perception d'une communauté culturelle grecque et de sa supériorité. L'irruption d'un discours sur la parenté entre les cités du monde grec et la supériorité de leur civilisation après les guerres médiques a pour objet premier d'éviter les alliances entre certaines cités grecques et l'empire perse, notamment pour Athènes qui doit éviter à tout prix une alliance entre Sparte et la Perse. En réalité, les cités grecques ont eu l'occasion de démontrer leur capacité à traiter sur un pied d'égalité avec les non-grecs dès lors que l'équilibre des rapports l'exigeait. Cela fut d'autant plus vrai que l'on s'éloignait des guerres médiques comme le montre l'exemple de la seconde ligue navale d'Athènes en 377 av. J-C qui pour contrer Sparte et Thèbes s'ouvre tant aux cités grecques qu'aux barbares.

**398.** Le souci d'équilibre que peut exprimer le traité ne contredit par son instrumentalisation possible au service d'un impérialisme. L'instrument conventionnel est ainsi, dès l'Antiquité, le reflet des rapports de forces entre les sujets de droit international et s'il repose sur une fiction juridique d'égalité entre

---

<sup>1219</sup> Pour une analyse détaillée de cette typologie, voir David J. BERDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 159-171.

les parties, l'usage qui en est fait peut tout à la fois signifier la domination de certaines parties. Cela s'observe tout autant dans les rapports entre cités grecques que lors de la phase d'expansion de Rome. Il est particulièrement intéressant d'observer que l'impérialisme entretient un rapport ambivalent avec la question du droit international. D'un côté, il traduit une volonté de dépassement des relations internationales en postulant leur disparition par l'intégration des différentes cités au sein d'un même ensemble politique<sup>1221</sup>. De l'autre, il va se nourrir et favoriser l'idée d'une communauté internationale et d'un droit international que l'on peut qualifier de coopératif<sup>1222</sup>. Dans le monde grec, l'impérialisme se manifeste avant tout dans la politique athénienne au cours des VI<sup>ème</sup> et V<sup>ème</sup> siècles av. J-C. Il se caractérise par un aspect naïf dans lequel la liberté est directement liée à l'autorité, la taille réduite des cités faisait de tout homme libre un gouvernant qui exerce son autorité sur d'autres. Dans l'œuvre de Thucydide, la question de l'impérialisme efface les autres oppositions comme l'opposition ethnique ou même politique. Il se sert de l'expérience athénienne pour élaborer des lois générales sur l'impérialisme en mettant en avant la nécessité politique impliquée par la possession d'un empire et en conséquence l'obligation du maintien par la force, la haine découlant d'une tyrannie de plus en plus insoutenable mais aussi la tentation humaine de l'*hybris*, de la démesure qui est à la base de toutes les fautes politiques et enfin une loi philosophique proche d'une loi du plus fort, proche de l'*hybris*, selon laquelle on établit son autorité parce qu'on en a la force<sup>1223</sup>.

---

<sup>1220</sup> Voir Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque... op. cit.*, 2001, pp. 43-49.

<sup>1221</sup> « [Q]uand Rome soumet d'autres hommes, elle vise surtout à n'avoir plus à accomplir désormais que des actes unilatéraux en matière internationale et à ne plus avoir à tenir compte d'autres États, partenaires ou rivaux ; elle veut liquider une bonne fois le problème de la politique étrangère », Paul VEYNE, « L'Empire romain » in Maurice DUVERGER (dir.), *Le concept d'Empire... op. cit.*, 1980, p. 122.

<sup>1222</sup> Le discours de l'empereur Claude au Sénat en 48 ap. J-C qui va entraîner l'élargissement du droit de postuler aux magistratures romaines aux citoyens des communautés gauloises qui ne sont ni des colonies ni des cités romaines est tout à fait représentatif de cet esprit. En s'appuyant sur une vision égalitaire de l'impérialisme romain, ce discours représente l'idée que « l'assimilation des provinces à la Cité romaine progresse à ses yeux [ceux de Claude] de pays en pays, à la manière d'un voyage [...] il égalise, non plus seulement en pratique, mais en principe et en droit, les descendants des vaincus et ceux des vainqueurs », Jérôme CARCOPINO, *Les étapes de l'impérialisme romain... op. cit.*, 1961, p. 207.

<sup>1223</sup> « [L]'élément profond et universel qu'elles [les analyses de Thucydide] tendent à dégager implique cependant une conclusion pessimiste [...] une règle presque inévitable veut le triomphe

399. Cette pratique du traité comme support de l'impérialisme culmine avec Rome. Ainsi, la plupart des traités pendant la phase d'expansion romaine ne sont pas des traités signés sur une base d'égalité souveraine mais au contraire des instruments reflétant l'impérialisme romain comme les *deditio*, traités de reddition ou des *foedus iniquum*, traités d'alliances inégales. On observe également une grande diversité dans la pratique romaine d'où la difficulté de mise au point d'une typologie des alliances romaine. Certains traités incluent même une clause de *maiestas* faisant perdre à l'autre partie sa souveraineté. Cette pratique évolue avec la conquête de la Méditerranée Orientale. Les traités d'amitié, *amicitia*, réservés dans un premier temps à établir des relations d'égaux avec les entités périphériques, servent par la suite dans des traités inégaux tandis que la pratique des *foedus* décline car trop contraignant. Avec son expansion, Rome va développer une pratique particulièrement sophistiquée des traités afin de traduire juridiquement toutes les nuances existantes dans ses rapports avec ses partenaires. La conquête de la Grèce et la pratique des traités inégaux vont donc modifier la conception romaine, notamment à travers le développement de la pratique des otages. Il faut d'ailleurs observer qu'à la suite des grecs, les romains distinguent leurs ennemis suivant leur degré d'organisation politique déterminant ainsi un traitement discriminatoire ou non. Cela souligne que la reconnaissance d'une souveraineté égale impliquée par la capacité conventionnelle est à la base de l'élaboration de rapports juridiques.

## ***2. Le caractère incontournable du traité dans le système juridique international***

400. La volonté grecque et romaine de recourir à l'instrument conventionnel alors même que la vie internationale du monde antique n'implique qu'un système juridique embryonnaire, reflète l'adéquation du traité avec une

---

de certaines tendances humaines qui vont contre la justice et bientôt contre la sagesse [...] son œuvre consacre avant tout un échec, dont il fait un échec humain », Jacqueline de ROMILLY, *Thucydide et l'impérialisme athénien... op. cit.*, 1951, p. 297, voir également l'analyse proposée pp. 262-280.

société caractérisé par l'indépendance de ses sujets et sa déconcentration. Cet instrument apparaît porteur d'un intérêt collectif que ce soit celui des parties concernées ou de l'ensemble de la communauté internationale concernée<sup>1224</sup>. L'idée d'un affaiblissement de la distinction entre traité et coutume apparaît comme un affaiblissement du droit international lui-même dans la mesure où le développement des obligations *erga omnes* ou du *ius cogens* qui en sont à l'origine ne permettent un approfondissement en eux-mêmes du système juridique international<sup>1225</sup>. Le caractère incontournable du traité dans le système juridique international s'observe dans sa capacité à préserver la souveraineté de l'Etat tout en permettant une coopération à des fins d'intérêt collectif pour les sujets de droit concernés.

**401.** En facilitant la mise en relation entre les ordres juridiques internes et le système juridique international<sup>1226</sup>, le traité permet de tenir compte des spécificités de l'encadrement juridique des relations internationales et notamment du rapport avec la sphère proprement politique des relations internationales. Celui-ci n'est pas seulement un rapport de compétition ou d'exclusion comme en droit interne mais également un rapport de coopération, voire de complémentarité entre ces deux sphères. La participation des parties au traité, et notamment des sujets dotés de la souveraineté, souligne la capacité du traité à être un « piège à volontés »<sup>1227</sup>. En ce sens, le traité traduit l'intérêt collectif qui le porte et exprime son rattachement au droit public. Cela conduit une nouvelle fois à écarter le rapprochement avec le contrat de droit interne. Au contraire, tout comme pour la capacité conventionnelle et la question de la personnalité juridique internationale, la comparaison avec le contrat public nourrit cette question de l'encadrement par le droit de la puissance souveraine.

---

<sup>1224</sup> Cette idée se retrouve dès l'œuvre de Grotius qui développe l'idée que les traités impliquent l'exercice de la puissance publique et qui nourrit par exemple le rapprochement entre traité et contrat de droit public, voir en ce sens Paul ROUBIER, *L'influence du changement de circonstances sur les contrats de droit public*, Thèse de l'Université de Lyon, 1914, 167 p.

<sup>1225</sup> Sur ce point, voir notamment Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public... op. cit.*, 2016, pp. 406-410.

<sup>1226</sup> Cette caractéristique est même le premier aspect fondamental du traité pour Paul REUTER, *Introduction au droit des traités... op. cit.*, 1985, pp. 23-26.



402. La consécration de la souveraineté sur le plan international ne signifie pas pour autant liberté absolue de l'État en droit international. Si le lien entre souveraineté et possibilité d'un système juridique international est largement reconnu et consacré tant en doctrine qu'en pratique, la remise en cause de l'autonomie de la volonté dans le cadre du contrat offre un élargissement appréciable de la question. En effet, elle conduit à souligner tout d'abord que cette autonomie est nécessairement conditionnée par l'existence même d'un ordre ou d'un système juridique<sup>1228</sup>. Cela rejoint la dimension existentielle de l'insertion du traité dans le droit international et partant de l'intérêt de l'instrument conventionnel comme inhérent au droit international car signifiant l'insertion de la dimension constitutive de la souveraineté au système juridique international. Ensuite, cette insertion ne peut être absolue et est conditionnée par le fonctionnement même de l'ordre ou du système juridique<sup>1229</sup>. Cette exigence tend alors à rappeler l'importance du principe de bonne foi en droit international comme principe général et structurant de celui-ci. L'importance de la souveraineté pour l'existence et le fonctionnement même du système juridique international s'explique par l'importance constitutive pour celui-ci du consentement étatique<sup>1230</sup>. Cela conduit alors à souligner que la souveraineté étatique moderne n'est qu'une déclinaison historique de la condition essentielle de formation et d'existence de tout système juridique internationale, l'existence d'entités politiques indépendantes

---

<sup>1227</sup> Selon les mots d'Alain Pellet, voir Hervé ASCENSIO, Pierre BODEAU-LIVINEC, Mathias FORTEAU, Franck LATTY, Jean-Marc SOREL et Muriel UBEDA-SELLARD (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international...* *op. cit.*, 2017.

<sup>1228</sup> « La force obligatoire [du contrat] ne vient donc pas de la promesse mais de la valeur que le droit attribue à la promesse. Cette valeur procède d'une norme extérieure qui seule détient les moyens propres à garantir l'exécution de la promesse. Le contrat n'engage donc vraiment que pris en charge par un ordre juridique [...] la force obligatoire du contrat n'est pas une réalité qui existerait et s'imposerait indépendamment de tout ordre juridique. Sans le secours de celui-ci, le contrat reste un engagement purement moral », François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations...* *op. cit.*, 2009, p. 36.

<sup>1229</sup> « [I] paraît difficile qu'un ordre juridique soit prêt à entériner tout accord des parties, quel qu'il soit. L'ordre juridique ne saurait en effet, prêter la main à l'exécution d'obligations dont il désapprouverait la formation ou la teneur », *Ibid.*, p. 36.

<sup>1230</sup> Voir Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international... » *op. cit.*, 2002, pp. 80-86.

et se reconnaissant comme telles<sup>1231</sup>. Cela conduit alors à faire de la reconnaissance une institution fondatrice du droit international. Dans ce cadre, le traité est non seulement un instrument adéquat mais surtout indispensable par la consécration de la capacité conventionnelle qu'il implique et qui permet de structurer et d'affirmer cette reconnaissance.

**403.** Ce questionnement peut notamment être illustré à travers le sujet du changement fondamental de circonstances. Consacré par la Convention de Vienne en son article 62, le changement fondamental de circonstances est une modalité licite de terminaison des traités que l'on retrouve dans les contrats de droit interne, tant privé que public. Apparue dans le droit romain des contrats, la clause *rebus sic stantibus* peut être considérée comme inhérente à tout droit contractuel en ce qu'elle reconnaît le caractère non immuable de la volonté contractuelle, celle-ci ne se justifiant qu'au regard du but poursuivi lors de la conclusion du contrat ou du traité. Son utilisation en droit international fait alors ressortir la difficulté conceptuelle d'un encadrement de la souveraineté dans le cadre du traité. En effet, son invocation semble souvent plus relever d'une volonté d'instrumentalisation du droit que de son respect. Il semble ouvrir la voie à un droit de dénonciation unilatérale du traité contredisant la capacité de l'instrument conventionnel à encadrer véritablement la souveraineté internationale. Son utilisation par les États-Unis en 2002 pour se retirer du traité ABM répondait avant tout à une volonté politique de se délier d'un engagement perçu comme non conforme aux intérêts du pays. Dans le même temps, la consécration même de la clause *rebus sic stantibus* répond à un souci de sécurité juridique, celui d'éviter le recours à une terminaison illicite du traité<sup>1232</sup>. Le caractère souverain des parties à un traité explique alors la

---

<sup>1231</sup> « [Q]ue l'on ne voie pas dans le relevé de cette origine contractuelle de l'obligation juridique internationale l'expression d'une pétition de principe, posée comme un dogme à partir d'une doctrine nécessairement inspirée du positivisme classique. Cette genèse consensuelle paraît plutôt révélée par la phénoménologie inhérente à la dynamique de rapports établis entre entités se réclamant, dès les origines, d'une manière de souveraineté ; c'est-à-dire d'indépendance et de parité avec les autres unités politiques rencontrées et reconnues comme telles, historiquement, pour conclure la paix ou préparer la guerre », *Ibid.*, pp. 85-86.

<sup>1232</sup> « Un traité peut demeurer longtemps en vigueur et ses stipulations finir par imposer des obligations trop onéreuses à l'une des parties par suite d'un changement fondamental de circonstances. Si l'autre partie s'obstinait à refuser tout changement, le fait que le droit international ne reconnaisse d'autres moyens licites de mettre fin au traité ou de le modifier que la conclusion d'un nouvel accord entre les mêmes parties pourrait compromettre gravement les

difficile transposition du principe du droit des contrats vers le droit public comme vers le droit international<sup>1233</sup>. Ce caractère souverain doit-il conduire à affirmer la possibilité d'une terminaison des traités dès lors que l'évolution des circonstances rende les instruments conventionnels désavantageux pour les parties<sup>1234</sup> ? Ou au contraire, doit-on l'écarter en tant que menace à la volonté souveraine des États car faisant peser un risque sur la stabilité de leurs engagements contractés en raison même de leur souveraineté<sup>1235</sup> ? Le choix de la Convention de Vienne de situer le fondement de ce principe dans une règle de droit objectif extérieur au traité souligne le renversement de perspective nécessaire pour appréhender la question des rapports entre contrats et système juridique tout comme entre traités et système juridique<sup>1236</sup>. Le changement fondamental de circonstances est une règle de droit objectif dans la mesure où elle est indissociable de l'existence même d'un système juridique. Ainsi, alors que l'école du droit naturel écartait la clause en raison de la dimension fondatrice du traité pour le système juridique international, il faut au contraire souligner l'exigence préalable d'un système juridique pour consacrer la puissance juridique du traité. Le contrat, ou le traité, ne crée du droit que dans la mesure où le droit reconnaît le contrat ou le traité. Ainsi, la clause n'ouvre pas tant un droit de dénonciation unilatérale du traité qu'elle symbolise

---

relations entre États intéressés et l'État mécontent pourrait finalement se voir amené à recourir à des actes étrangers au droit », *Ann. CDI*, vol. II, 1966, p. 281.

<sup>1233</sup> Voir notamment à ce sujet Paul ROUBIER, *Influence du changement des circonstances sur les contrats de droit public... op. cit.*, 1914, 167 p.

<sup>1234</sup> « [O]n comprendra dès lors que, dans le changement de circonstances, la volonté publique ne saurait être entravée, et du moment que l'intérêt public sera déplacé, elle reprendra liberté pour réaliser l'intérêt général », *Ibid.*, p. 5.

<sup>1235</sup> C'est notamment là la position des théoriciens de l'école du droit naturel qui, à la suite de Grotius et de Pufendorf, voient dans la clause une atteinte à la volonté contractuelle et, partant, une violation du droit ; voir par exemple PUFENDORF, *Du droit de la nature et des gens*, Livre 5, c. 12, §20.

<sup>1236</sup> Sur les différents fondements envisagés à la théorie du changement de circonstances en matière de traités internationaux et le choix opéré à la Convention de Vienne, voir notamment Malcolm N SHAW QC et Caroline FOURNET, « Article 62 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, pp. 2232-2235. Sur le fondement retenu, voir *Ann. CDI*, vol. II, 1966, pp. 281-282 : « la théorie doit recevoir la forme d'une règle de droit objective en vertu de laquelle, pour des raisons d'équité et de justice, une partie peut, sous certaines conditions, invoquer un changement fondamental de circonstances comme motif de mettre fin à un traité ».

l'intégration de la volonté souveraine dans le système juridique<sup>1237</sup>. Ainsi, la clause *rebus sic stantibus* reflète bien l'appréhension par le droit des traités du caractère particulier de la personnalité juridique internationale des États. Elle en reconnaît le caractère souverain tout autant que la nécessité que celui-ci soit appréhendé par des considérations juridiques<sup>1238</sup>.

404. Plus largement, compte-tenu du rôle central de la souveraineté, le traité confirme l'importance de la bonne foi en droit international et la place tout à fait secondaire du formalisme<sup>1239</sup>. Ce principe de bonne foi joue en fait un rôle structurant pour le système juridique international. Il incarne un élément commun à l'ensemble des systèmes juridiques et son apparition et sa consécration dans le cadre de l'Antiquité gréco-romaine tend à en faire un principe nécessaire à l'apparition de tout système de droit<sup>1240</sup>. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le développement des organisations internationales tend à accroître le formalisme du droit international<sup>1241</sup> sans remettre en cause la place de la bonne foi. Le traité se présente alors comme une formalisation des conséquences du principe de bonne

---

<sup>1237</sup> « [L]e traité international, envisagé comme l'œuvre de volontés souveraines, est un contrat de droit public. Or la volonté de l'Etat n'est pas libre de ne pas réaliser l'intérêt public ; elle est commandée sur ce point par tous les intérêts convergents de la nation [...] Et parce qu'elle n'est pas libre dans ses fins, elle est plus puissante dans ses moyens : parce qu'elle a le devoir, elle a aussi le droit de réaliser l'intérêt public en tout état de cause et un contrat ne saurait l'en empêcher », Paul ROUBIER, *Influence du changement de circonstances sur les contrats de droit public... op. cit.*, 1914, p. 157.

<sup>1238</sup> « Il est vrai que si cette doctrine est séduisante en théorie dans la mesure où elle permet une certaine flexibilité dans le droit des traités, elle n'en est pas moins dangereuse en pratique. [...] Le droit des traités ne peut se permettre de devenir un droit instable favorisant l'extinction ou la suspension des obligations conventionnelles dès qu'un changement de circonstances survient », Malcolm N SHAW QC et Caroline FOURNET, « Article 62 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités... op. cit.*, 2006, p. 2260.

<sup>1239</sup> « [L]e droit international n'est pas, en dépit d'un certain nombre d'usages protocolaires, un droit formaliste ; il y a peu d'actes juridiques pour lesquels une question de pure forme soit un élément constitutif de la validité de l'acte, c'est là une conséquence de la souveraineté des Etats qui souligne la puissance de leur volonté », Paul REUTER, « Principes de droit international public... op. cit. », 1961, pp. 538-539.

<sup>1240</sup> Voir David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, p. 52.

<sup>1241</sup> « Dans les organisations internationales les règles de forme et la publicité reprennent leur importance à propos non seulement des actes des organisations, mais aussi de ceux des Etats membres (enregistrement des traités, notifications diverses) ; en effet une mise en ordre plus ordonnée des normes et des garanties contre l'arbitraire conduisent à redonner sa place au formalisme », Paul REUTER, « Principes de droit international public... op. cit. », 1961, p. 539.

foi par son caractère écrit ce qui explique sa place essentielle au sein du système juridique international<sup>1242</sup>.

---

<sup>1242</sup> « Souvent qualifié de principe ou d'obligation, la bonne foi, telle qu'elle se conjugue avec le verbe être, est au droit international ce que l'air est à l'homme, invisible et indispensable », Hélène RUIZ-FABRI, « Bonne foi : se présume, sans plus » in Hervé ASCENSIO, Pierre BODEAU-LIVINEC, Mathias FORTEAU, Franck LATTY, Jean-Marc SOREL et Muriel UBEDA-SAILLARD (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international... op. cit.*, 2017, p. 61.

## Conclusion du Chapitre 2

405. Si la question de la capacité conventionnelle dans l'Antiquité gréco-romaine ne s'articule pas avec celle de la personnalité juridique internationale, en raison du faible développement qualitatif du système juridique internationale, elle souligne combien le traité se présente comme le premier instrument à la disposition d'entités indépendantes souhaitant encadrer juridiquement leurs relations. Il est à la fois le signe de l'existence d'un système juridique international en même temps qu'il participe à sa formation et à son existence. Dès lors la question de l'attribution de la capacité conventionnelle est essentielle car elle permet d'identifier les sujets de ce système juridique. Si cette capacité ne s'identifie pas à la souveraineté, elle n'y est pas pour autant indifférente dans la mesure où le traité international tend à confirmer la place incontournable qu'elle occupe dans le droit international en lui attribuant ses principaux traits constitutifs<sup>1243</sup>. Le traité est ainsi l'instrument privilégié du rapport entre système juridique international et souveraineté. Ce constat reflète l'adéquation de l'instrument conventionnel avec la situation de la société internationale. Sa place ne se comprend qu'au regard des particularités de la société que le système juridique auquel il se rattache prétend régir. Parce que la société internationale se caractérise par l'articulation particulière entre droit et politique<sup>1244</sup>, le traité n'échappe pas à la tentation d'une approche critique articulée autour de la prééminence des intérêts politiques concourant à une instrumentalisation du droit. Mais dans le même temps, il permet de mieux

---

<sup>1243</sup> « [L]a forme de traité de type Qadesh, indémodable sur le long terme et rencontrée encore aujourd'hui en parfait état de marche, illustrant l'échange synallagmatique d'engagements simples entre deux égaux constitue ainsi l'expression à la fois la plus ancienne et la plus élémentaire de tout ordre juridique international », Pierre-Marie DUPUY, « Quelques réflexions sur les origines historiques de l'ordre juridique international », in *Mélanges Peter Haggemacher... op. cit.*, 2014, p. 391.

<sup>1244</sup> « [L]e droit international est à la fois droit d'une société politique et d'une société polémique. Une société politique est organisée. Elle n'exclut pas la compétition, mais celle-ci doit tendre au maintien ou au développement de son identité collective, au-delà de l'épanouissement individuel de ses membres. La compétition s'y déroule dans des limites qui excluent la violence entre ses membres et la répriment. Une société polémique à l'inverse conserve en son sein la possibilité de conflits armés, elle n'organise pas une paix structurelle [...] La société interétatique, ni totalement polémique, ni totalement politique est de nature hybride, et ces deux virtualités s'actualisent épisodiquement voire concurremment. Les règles juridiques internationales répondent à ces différentes hypothèses. », Serge SUR, « La créativité du droit international... op. cit. 2012, p.11.

percevoir tant le caractère fondateur de la souveraineté pour le système juridique international que la possibilité pour ce même système de s'organiser juridiquement.

**406.** Il faut alors souligner la dimension irréductiblement publique du traité international et par là, une nouvelle limite au rapprochement avec le contrat interne. Caractère public tant par la nature de ses parties que par sa capacité à réconcilier la dimension interétatique qu'universelle du droit international, ce trait s'observe dès la formation du traité par l'intermédiaire d'actes unilatéraux, également public par nature<sup>1245</sup>. Le traité se présente alors historiquement comme l'œuvre d'entités politiques souveraines et en ce sens, sa finalité est marquée par une certaine ambiguïté. Que le système juridique international mette en avant un souci de justice ou d'équilibre, une volonté de coexistence ou d'universalisme, un désir d'impérialisme ou la recherche d'un équilibre, le traité est toujours un instrument incontournable. Le traité est la réponse à la possibilité d'encadrer ces entités souveraines. Mais, en tant qu'instrument du droit international, il s'intègre dans un système juridique qui lui seul établit les sujets dotés d'une capacité conventionnelle.

---

<sup>1245</sup> Sur l'appartenance des actes unilatéraux au droit public, voir Georges DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral » in *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Ed. Cujas, pp. 205-213.



## Conclusion du Titre 4

407. Les traités internationaux sont ainsi des instruments d'observations privilégiés de la structure du système juridique international. Instrument juridique, ils sont encadrés par le droit international. Les modalités de cette insertion font ressortir l'exigence propre à tout système juridique de la consécration de règles axiomatiques en ce qu'elles sont présupposées par l'existence même d'un système juridique<sup>1246</sup>. Sans celles-ci, il ne peut y avoir de système juridique. Dans le cas du traité international, cela conduit plus particulièrement à observer dans celui-ci un outil privilégié d'un droit reposant sur la souveraineté de ses sujets et donc son caractère horizontal. En effet, le traité permet une articulation particulièrement fine des obligations dont il est à l'origine en dépit de l'absence de hiérarchie des normes propres au droit international. Il souligne par là son adéquation avec la société régie par le droit international dans laquelle l'autorité est diffuse et non centralisée<sup>1247</sup>.

408. Cette souplesse du traité quant à la réalisation des objectifs du système juridique internationale s'observe tout particulièrement dans le développement des traités multilatéraux. Ces derniers reflètent l'attention plus grande portée par la société internationale au droit international en tant que droit

---

<sup>1246</sup> « Cette idée qu'un ordre juridique connaît presque inéluctablement différentes phases de développement, entraînant notamment, de l'une à l'autre, une intégration progressive mais inéluctable de son système normatif [...] est à relier à l'affirmation, souvent faite en doctrine, d'après laquelle il est inhérent à tout ordre juridique, en raison de contraintes structurelles, de s'appuyer sur quelques règles qu'il ne pourrait être possible de contester sans remettre en cause l'existence de cet ordre lui-même. Tout ordre, tout système suppose, pour qu'on « y joue », qu'on en accepte les règles. On retrouve ici le rôle essentiel, on l'a vu, plus haut, des fictions fondatrices ou constitutives, dont le principe d'égalité souveraine des Etats constituent des illustrations, au même titre que l'affirmation de l'existence d'une « communauté internationale ». Or, ces conventions proprement constitutives ne peuvent subir de dérogation sans altérer tout le système. Il faut se soumettre ou se démettre, les accepter ou aller jouer ailleurs, c'est-à-dire renoncer à l'établissement de relations juridiques internationales, ce qui est bien entendu impossible pour un Etat », Pierre-Marie DUPY, « L'unité de l'ordre juridique international... *op. cit.*, 2002, pp. 308-309.

<sup>1247</sup> Un parallèle intéressant peut être fait avec l'évolution sur le plan interne du droit du travail et sa contractualisation croissante. Souvent considérée comme signifiant un affaiblissement de la protection des travailleurs, cette évolution est également à mettre en lien avec le passage d'une société accordant une plus grande place à l'autonomie individuelle au détriment de l'autorité

de la communauté internationale là où le recours aux traités bilatéraux était en premier lieu le signe d'une société internationale marquée l'encadrement des rapports entre entités indépendantes<sup>1248</sup>. Au-delà de cette distinction rapide, il faut souligner que le traité en permettant le développement du droit international favorise la reconnaissance de valeurs communes et reste l'instrument privilégié de la reconnaissance progressive d'une communauté internationale ainsi que l'on peut l'observer dès l'Antiquité gréco-romaine<sup>1249</sup>.

---

centralisée, voir par exemple Ariane CHEMIN, « Le droit sous contrat », *Le Monde*, supplément « Idées », samedi 17 septembre 2017.

<sup>1248</sup> Voir notamment discuss. au sein de la CDI, *Ann. CDI*, vol. I, 1961, p. 264, §§ 13-16 ; p. 267, §§ 55-58. On observe par ailleurs que le développement des traits multilatéraux traduisant une affirmation de la dimension universaliste du droit international s'appuie notamment sur le caractère écrit de l'instrument conventionnel.

<sup>1249</sup> Voir notamment en ce sens David J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity... op. cit.*, 2001, pp. 279-280.



## Conclusion

---

**409.** L'instrument conventionnel est donc spécifique au système juridique international. Il en est autant le produit qu'un élément constitutif. Son caractère instrumental conduit en effet à faire du traité international aussi bien un mode de formation du droit international qu'un moyen d'application de celui-ci. Cette dimension centrale du traité dans le système juridique international place le traité au cœur des tensions inhérentes à ce système. Il est le reflet des attentes particulières à l'égard d'une régulation juridique des relations internationales. Sa souplesse lui permet de jouer un rôle décisif pour un droit qui se veut aussi bien un droit de régulation des rapports entre entités souveraines qu'un droit de coexistence, voire un droit universel. Il concilie ainsi les exigences contradictoires de ce droit. D'une part, dans un droit international considéré comme un droit des rapports internationaux, le traité permet à l'action extérieure d'une entité politique de se concrétiser. D'autre part, en tant que droit de la société internationale, le droit international trouve dans le traité un instrument permettant de mettre en commun les normes auxquelles entend se conformer la société internationale. Ainsi témoin privilégié de la régulation juridique des relations internationales, le traité est donc un élément essentiel des relations internationales.

**410.** La remise en perspective historique de l'instrument conventionnel confirme cette place particulière comme ses traits constitutifs. Ces derniers s'expliquent par leur adéquation avec le caractère particulier du système dans lequel il se déploie. Cela explique que toute étude du traité conduise à une réflexion sur la nature même du droit international tant il en épouse les formes. Le destin du traité comme du droit international apparaissent liés, bien plus que celui du droit international et de l'Etat. En effet, il est possible de concevoir un système juridique horizontal sans Etat mais celui-ci ne pourra s'affranchir de l'instrument conventionnel. Dès lors, toute remise en cause du traité s'apparente à une remise en cause de la nature profonde du droit international. L'étude du traité dans les réflexions et pratiques de l'Antiquité gréco-romaine vient en

effet démontrer comment celui-ci apparaît naturel dès lors que des entités indépendantes souhaitent organiser juridiquement leurs rapports. Il permet de concilier l'engagement international des principaux sujets de ce système comme fondement de son caractère obligatoire avec la production d'obligations juridiques diverses malgré une équivalence de principe des modes de formation. Le traité devient alors un instrument d'application du droit international dont les caractéristiques permettent une souplesse dans l'utilisation jamais démentie. La diversité de la réalité conventionnelle n'empêche toutefois pas de constater son unité conceptuelle. Par delà ses diverses manifestations, le traité présente une singularité qui en fait un instrument unique mais essentiel du droit international.

## Bibliographie<sup>1250</sup>

---

### Droit

#### Théorie du droit, culture juridique

##### *Dictionnaires*

Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2014, xxxi-1099 p.

Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, xxv-1649 p.

##### *Articles*

Jean-Jacques BIENVENU, « Actes juridiques et classification », *Droits*, vol. 7, 1988, pp. 21-27

François CHENEDE, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *Droit et Philosophie*, vol. 4, 2012, pp. 155-181

Jacques CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *APD*, vol. 44, 2000, pp. 179-194

Jean COMBACAU, « Ouverture », *Droits*, vol. 7, 1988, pp. 3-10

Roland DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, vol. 44, 2000, pp. 43-49

Christophe GRZEGORCZYK, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits*, n° 7, 1988, pp. 47-57

Yves LEQUETTE, « Libre propos », *Droit et philosophie*, vol. 4, 2012, pp. 151-154

Alfred RIEG, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX<sup>ème</sup> siècle », *APD*, 1957, 690 p.

Georges ROUHETTE, « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents », *Droits*, vol. 7, 1988, pp. 29-35

Serge SUR, « Actes, normes, droit : dix mille signes », *Droits*, vol. 11, 1990, pp. 59-62

---

<sup>1250</sup> Cette bibliographie se limite aux références essentielles, citées à plusieurs reprises.

## **Droit international public**

### ***Dictionnaire***

Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, xli-1198 p.

### ***Manuels***

Denis ALLAND, *Manuel de droit international public*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2018, 308 p.

Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 12<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2016, xxvi-832 p.

Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 13<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, xxxiii-956 p.

Nguyen QUOC DIN, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, 2009, 1709 p.

### ***Ouvrages***

Hervé ASCENSIO, Pierre BODEAU-LIVINEC, Mathias FORTEAU, Franck LATTY, Jean-Marc SOREL et Muriel UBEDA-SAILLARD (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, 606 p.

Jean COMBACAU, *Le droit des traités*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1991, 125 p.

Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, xxxix-2965 p.

Emmanuel DECAUX, *La réciprocité en droit international*, Paris, LGDJ, 1980, 374 p.

Giovanni DISTEFANO, *Droit international des espaces. Morceaux choisis*, Paris, Pedone, 2017, 294 p.

Christian ECKART, *Promises of States under International Law*, Oxford (G-B) / Portland (É-U), Hart Publishing, 2012, 335 p.

Albane GESLIN, *La mise en application provisoire des traités*, Paris, Pedone, 2005, vii-380 p.

Robert KOLB, *Théorie du jus cogens. Essai de relecture du concept*, Paris, PUF, 2001, 401 p.

Robert KOLB, *Théorie du droit international*, 2<sup>nde</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, 832 p.



- Robert KOLB, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle-Bruxelles, Helbing Lichtenhahn-Bruylant, 2009, xiv-551 p.
- Robert KOLB, *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle-Bruxelles, Helbing Lichtenhahn-Bruylant, 2009, xiv-435 p.
- Robert KOLB, *The Law of Treaties. An introduction*, Cheltenham (G-B) /Northampton (É-U), Edward Elgar Publishing, 2016, x-296 p.
- Guy de LACHARRIERE, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, 236 p.
- Coleman PHILLIPSON, *Termination of War and Treaties of Peace*, London, T. Fisher Unwin LTD., 1916, xix-486 p.
- Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international. Recherche sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, x-506 p.
- Paul REUTER, *Introduction au droit des traités*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1985, 211 p.
- Eugène SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, 290 p.
- Antonio TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, édition revue, augmentée et mise à jour par Robert KOLB, Paris, Pedone, 2007, 157 p.
- Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Pedone, 1970, 450 p.

### ***Cours de l'Académie de droit international***

- Jules BASDEVANT, « La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités », *RCADI*, vol. 15, 1926, pp. 535-667
- James L. BRIERLY, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international public », *RCADI*, vol. 23, 1928, pp. 467-552
- Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 9-490
- Sir Gerald FITZMAURICE, « The General Principles of International Law considered from the standpoint of the rule of law », *RCADI*, vol. 92, 1957-II, pp. 1-227
- Jean-Paul JACQUE, « Acte et norme en droit international public », *RCADI*, vol. 227, 1991/II, pp. 357-417

Maurice KAMTO, « La volonté de l'Etat en droit international », *RCADI*, vol. 310, 2004, pp. 1-428

Rolando QUADRI, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international public », *RCADI*, vol. 80, 1952, pp. 580-633

Rolando QUADRI, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 113, 1964/III, pp. 237-484

Paul REUTER, « Principes de droit international public. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 103, 1961-II, pp. 425-655

Georges RIPERT, « Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux », *RCADI*, vol. 44, 1933, pp. 565-664

Serge SUR, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 363, 2012, pp. 9-331

Alfred VERDROSS, « Le fondement du droit international », *RCADI*, vol. 16, 1927, pp. 247-323

Gian Carlo VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *RCADI*, tome 112, 1964/II, pp. 363-467

Michel VIRALLY, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *RCADI*, vol. 122, 1967/III, pp. 1-105, pp. 1-106

Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 183, 1983, pp. 9-382

Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992, pp. 1-370

John B. WHITTON, « La règle '*Pacta sunt servanda*' », *RCADI*, vol. 49, 1934-III, pp. 147-276

### ***Articles et contributions***

Denis ALLAND, « De l'ordre juridique international », *Droits*, 2002, vol 35, pp. 79-102

Julio BARBERIS, « Le concept de traité international et ses limites », *AFDI*, vol. 39, 1984, pp. 239-270

Léa BRILMAYER, « From 'contract' to 'pledge' : The Structure of International Human Rights Agreements », *BYIL*, 2006, pp. 163-202

- Jean COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », *Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 181-204
- Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *APD*, Tome 31, 1986, pp. 85-105
- Jean COMBACAU, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la convention de Vienne sur le droit des traités », *Mélanges Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 195-203
- Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, « Sur quelques traces de réciprocité dans le droit international conventionnel des droits de l'homme contemporain », *Mélanges Decaux*, Paris, Pedone, 2017, pp. 40-50
- Pierre-Marie DUPUY, « L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international) », *APD*, Tome 32, 1987, pp. 119-133
- Pierre-Marie DUPUY, « The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law », *EJIL*, vol. 11, 2000/1, pp. 19-30
- Mathias FORTEAU, « Les sources du droit international face au formalisme juridique », *L'observateur des Nations Unies*, vol. 30, 2011/1, pp. 61-71
- Marie-Françoise FURET, « L'application des concepts du droit privé au droit international public », *RGDIP*, 1964, pp. 887-916
- Theodore P. ION, « Sanctity of Treaties », *Yale Law Journal*, vol. 20, 1911/4, pp. 268-291
- Jean-Paul JACQUE, « L'acte juridique : réflexions d'un internationaliste », *Droits*, vol. 7, 1988, pp. 95-108
- David KENNEDY, « The Sources of International Law », *American University International Law Review*, Vol. 2, 1987/1, pp. 1-96
- Alexandre KISS, « Les traités-cadres : une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement », *AFDI*, vol. 39, 1993, pp. 792-797
- Robert KOLB, « Observation sur l'évolution du concept de *ius cogens* », *RGDIP*, vol. 113, 2009/4, pp. 837-850
- Matti KOSKENNIEMI, « The Politics of International Law », *EJIL*, 1990, vol. 1, pp. 1-32
- Ernest NYS, « The Codification of International Law », *AJIL*, vol. 5, 1911/4, pp. 870-900
- Paul REUTER « Le traité international, acte et norme », *APD*, Tome 32, 1987, p. 111-117

Hélène RUIZ-FABRI, « La France et la Convention de Vienne sur les droit des traités » in Gérard CAHIN, Florence POIRAT, Sandra SZUREK (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 137-167

Jean-Didier SICAULT, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *RGDIP*, Tome 83, 1979/3, pp. 633-645

Serge SUR, « Quelques observations sur les normes juridiques en droit international », *RGDIP*, Tome 89, 1985/4, pp. 901-928

Michel VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales) », *Ann. IDI*, vol. 60, 1983-I, pp. 166-257

Prosper WEIL « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, vol. 86, 1982/1, pp. 5-47

Numéro spécial « Les sources du droit », *APD*, Tome 27, 1982

### ***Thèses***

Nathalie CLARENC, *La suspension des engagements internationaux*, Thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, soutenue le 1<sup>er</sup> décembre 2015, 550 p.

Frédérique COULEE, *Droit des traités et non-réciprocité : Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, Thèse, Université Paris 2 Panthéon Assas, 12 mai 1999, 620 p.

Romain LE BŒUF, *Le traité de paix en droit international public*, Thèse de droit public, Université Paris Ouest Nanterre, 31 mai 2014, 703 p.

Alexis MARIE, *Le silence de l'Etat comme manifestation de sa volonté*, Thèse Université Paris II Panthéon Assas, le 10 décembre 2013, 711 p.

### **Histoire du droit**

#### ***Manuels***

Jacques ELLUL, *Histoire des institutions. L'Antiquité*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1999, 629 p.

Dominique GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, 2<sup>nde</sup> éd., Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014, 1136 p.

Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2006, x-389 p.

Jean GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2014, 532 p.

Jean GAUDEMET et Emmanuelle CHEVREAU, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, 2011, x-430 p.

Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, xiii-1619 p.

Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLE, *Histoire du droit des obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2011, xii-310 p.

David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, 919 p.

### ***Ouvrages***

Clifford ANDO, *L'Empire et le droit. Invention juridique et réalités historiques à Rome*, trad. Michèle Bresson, Préface John Scheid, Paris, Odile Jacob, 2013, 262 p.

David J. BEDERMAN, *International law in Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, xiii-323 p.

André CASTALDO et Yves MAUSEN, *Introduction historique au droit*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, xii-785 p.

Philippe CHIAPPINI, *Le droit et le sacré*, Paris, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », 2006, xii-352 p.

Rodolphe DARESTE, *La science du droit en Grèce (1893)*, Amsterdam, Ed. Rodopi, 1968, 319 p.

Michèle DUCOS, *L'influence grecque sur la loi des Douze Tables*, Paris, PUF, 1978, 92 p.

Michèle DUCOS, *Rome et le droit*, Paris, LGDJ, 1996, 191 p.

Numa Denis FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique (1864)*, Paris, Hachette, 1957, 480 p.

Jean IMBERT, *Le droit antique et ses prolongements modernes*, Paris, PUF, 1961, 124 p.

Benedict KINGSBURY and Benjamin STRAUMANN, *The Roman Foundations of the Law of Nations. Alberico Gentili and the Justice of Empire*, New York, Oxford University Press, 2010, 382 p.

André MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris, Thèse, 1943, 226 p.

André MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris, Recueil Sirey, 1958, 195 p.

- Théodore MOMSEN, *Le droit public romain* (1892), Paris, De Boccard, 1984, 8 vol.
- Coleman PHILLIPSON, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, 2 vol. Londres, MacMillan, 1911, xxiv-419 p., xvi-421 p.
- Robert REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens – depuis l'Antiquité jusqu'à la veille de la Grande Guerre*, Paris, Rousseau et Cie, 1923, 600 p.
- Jacqueline de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, Paris, Les Belles Lettres, 2001, 265 p.
- Michel VILLEY, *Le droit romain* (1945), Paris, PUF, 2012, 152 p.

### ***Cours de l'Académie de droit international***

- Paul GUGGENHEIM, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *RCADI*, vol. 94, 1958, pp. 1-84
- Jean MOREAU-REIBEL, « Le droit de société interhumaine et le « *jus gentium* ». Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius », *RCADI*, vol. 77, 1950-II, pp. 481-614
- Bruno PARADISI, « L'amitié internationale. Les phases critiques de son ancienne histoire » *RCADI*, vol. 78, 1951, pp. 325-378

### ***Contributions***

- Claudine AULIARD, « Les Fétiaux, un collège religieux au service du droit sacré international ou de la politique extérieure romaine ? » in *Mélanges Pierre Lévêque. Tome 6 : religion*, Besançon, Université de Franche-Comté, 1992, pp. 1-16
- Pierre-Marie DUPUY, « Quelques réflexions sur les origines historiques de l'ordre juridique international », in *Mélanges Peter Haggemacher*, Leiden, Brill/Martinus Nijhoff, 2014, pp. 389-404
- Michel HUMBERT, « Droit et religion dans la Rome antique » in *Mélanges Félix Wubbe*, Fribourg, Ed. Universitaires de Fribourg, 1993, pp. 35-47
- Jean IMBERT, « De la sociologie au droit : la *Fides* romaine », *Mélanges Henri Lévy-Brühl*, Paris, Sirey, 1959, pp. 407-417
- Robert KOLB, « Le domaine matériel du droit international : esquisses sur les matières régies par le droit international public à travers l'histoire », in *Mélanges Christian Dominicé*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, p. 47-67

### **Articles**

- Pierre AUBENQUE, « La loi selon Aristote », *APD*, Tome 25, 1980, pp. 157-158
- Roberto AGO, « The First International communities in the Mediterranean world », *BYIL*, vol. 53, 1983, pp. 213-232
- Georges DUMEZIL, « Remarques sur le *ius fetiale* », *REL*, 1965, pp. 93-110
- Tenney FRANK, « The Import of the Fetial Institution », *Classical Philology*, vol. 7, 1912, pp. 335-342
- Augustus H. F. LEFROY, « Rome and Law », *Harvard Law Review*, vol. 20, 1907/8, pp. 606-619
- Michael GAGARIN, « Ecriture et oralité en droit grec », *Revue historique de droit français et étranger*, 2001/4, pp. 447-462
- Jean GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de « l'obligation » dans le droit de la Rome antique », *APD*, vol. 44, 2000, pp. 28-37
- Randall LESSAFFER, « Argument from Roman Law in Current International Law », *EJIL*, vol. 16, 2005, pp. 25-58
- Raoul LONIS, « La valeur des serments dans les accords internationaux en Grèce classique », *Dialogues d'histoire ancienne*, vol. 6, 1980, pp. 267-286
- Joseph PLESCIA, « The *ius pacis* in Ancient Rome », *RIDA*, vol. XLI, 1994, pp. 301-351
- Mariangela RAVIZZA, « Aspetti giuridico-sacrali del ritual feziale nell'antica Roma », *Jura gentium*, vol. XI, 2014/2, pp. 27-44
- Jacqueline de ROMILLY, « Religion et droit dans la Grèce ancienne », *APD*, tome 18, 1973,
- Christian SAULNIER, « Le rôle des prêtres fétiaux et l'application du « *ius fetiale* » à Rome », *Revue historique de droit français et étranger*, 1980/2, pp. 171-199
- Yan THOMAS, « Une invention de la romanistique allemande : l'acte de transfert abstrait », *Droits*, n° 7, 1988, pp. 37-46
- Thomas WIEDMANN, « The Fetiales : A Reconsideration », *The Classical Quarterly*, vol. 36, 1986/2, pp. 478-490
- Numéro spécial « Droit et histoire », *APD*, 1959

## **Droit civil**

### ***Manuels***

- Alain BENABENT, *Droit des obligations*, 16<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2017, 732 p.
- Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 1 : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004, xxiv-1496 p.
- Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 2 : Les biens, les obligations*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004, xv-1516 p.
- Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations 1. L'acte juridique*, 15<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 2012, x-524 p.
- Vincent FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, LGDJ, 2007, xviii-654 p.
- Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2017, 897 p.
- Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, 165 p.
- François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009, 1542 p.

### ***Articles***

- Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *APD*, 1981, pp. 35-45
- Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, vol. 12, 1990
- François TERRE, « Sur la sociologie juridique du contrat », *APD*, vol. 13, 1968, pp. 71-88

### ***Thèse***

- Benjamin MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ? Étude à partir de la relation médicale*, Thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 4 avril 2016, 609 p.



## Sciences Politiques

### Dictionnaires

François CHATELET, Olivier DUHAMEL et Evelyne PISIER (dir.), *Dictionnaire des œuvres politiques* (1986), Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Quadrige », 2001, 1250 p.

### Ouvrages

Maurice DUVERGER (dir.), *Le concept d'Empire*, Paris, PUF, 1980, 488 p.

Roger LABROUSSE, *Introduction à la philosophie politique*, Paris, Marcel Rivière, 1959, 294 p.

## Histoire

### Dictionnaires

Jean LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité*, 2<sup>nd</sup>e éd., Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2011, 2455 p.

### Ouvrages

Olivier BATTISTINI, *La guerre du Péloponnèse. Thucydide d'Athènes*, Paris Ellipses, 2002, 190 p.

Anne BAUDART, *Naissance de la philosophie politique*, Paris, Le Pommier, 2006, 285 p.

Jean-Pierre BRISSON (dir.), *Problèmes de la guerre à Rome*, Paris, Mouton et C<sup>ie</sup>, 1969, 195 p.

Jérôme CARCOPINO, *Les étapes de l'impérialisme romain*, Paris, Hachette, 1961, 269 p.

Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce. 1. D'Homère à Héraclite (La Création Humaine 2)*, Paris, Editions du Seuil, 2004, 354 p.

Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce. 2. La Cité et les Lois (La Création Humaine 3)*, Paris, Editions du Seuil, 2008, 305 p.

Cornelius CASTORIADIS, *Ce qui fait la Grèce. 3. Thucydide, la force et le droit (La création Humaine 4)*, Paris, Editions du Seuil, 2011, 364 p.

- Jean-Nicolas CORVISIER, *Guerres et sociétés dans les mondes grecs*, Paris, Armand Colin, 1999, 288 p.
- Georges DUMEZIL, *Idées romaines*, Paris, Gallimard, 1969, 304 p.
- Victor EHRENBERG, *L'Etat grec*, Paris, Maspéro, 1976, 411 p.
- Guglielmo FERRERO, *Grandeur et décadence de Rome*, 6 vol., Paris, Plon, 1906
- Moses I. FINLEY, *Les anciens grecs*, Paris, François Maspéro, 1971, 177 p.
- Moses I. FINLEY, *L'invention de la politique. Démocratie et politique en Grèce et dans la Rome républicaine*, Paris, Flammarion, 1985, 219 p.
- Moses I. FINLEY, *Sur l'histoire ancienne. La matière, la forme et la méthode*, Paris, La Découverte, 1987, 213 p.
- Victor GOLDSCHMIDT, *Platonisme et pensée contemporaine*, Paris, Aubier Editions Montaigne, coll. « Présence et pensée », 1970, 271 p.
- Marie-Madeleine MACTOUX, « La polis en quête de théologie » in *Mélanges Pierre Lévêque. Tome 6 : religion*, Besançon, Université de Franche-Comté, 1992, pp. 289-313
- Claude MOSSE, *Politique et société en Grèce ancienne – Le modèle athénien*, Paris, Aubier, 1995, 244 p.
- Claude NICOLET, *Les idées politiques à Rome sous la République*, Paris, Armand Colin, 1964, 199 p.
- Claude NICOLET, *Rome et la conquête du monde méditerranéen*, Tome II « Genèse d'un Empire », Paris, PUF, 1978, xxxix-469 p.
- André PIGANIOL, *La conquête romaine*, Paris, PUF, 1974, 661 p.
- Jacqueline de ROMILLY, *Thucydide et l'impérialisme athénien. La pensée de l'historien et la genèse de son œuvre*, 2<sup>nd</sup> éd., Paris, Les Belles Lettres, 1951, 326 p.
- Jacqueline de ROMILLY, « La naissance des sciences humaines », *Diogène*, 1988, pp. 3-17
- Jacqueline de ROMILLY, *L'invention de l'histoire politique chez Thucydide*, Paris, éd. ENS Rue d'Ulm, 2005, 272 p.
- Philippe SEGUR, *Introduction à la pensée politique classique*, Paris, Ellipses, 2004, 143 p.
- Léo STRAUSS et Joseph CROUSEY, *Histoire de la philosophie politique*, Paris, PUF, 2010, 1076 p.
- Jean TOUCHARD, *Histoire des idées politiques*, vol. 1 : « Des origines au XVIII<sup>ème</sup> siècle », 2<sup>nd</sup> éd., Paris, PUF, 2006, xi-382 p.
- Jean-Pierre VERNANT (dir.), *Problèmes de la guerre dans la Grèce ancienne*, Paris, Mouton et C<sup>ie</sup>, 1968, 318 p.

## Œuvres Antiquité

*Digeste*

ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*

*Rhétorique*

ARISTOPHANE, *Les Oiseaux*

CICERON, *Contre Verrès*

*De Divinatione (Traité sur la divination)*

*De Legibus (Traité sur les lois)*

*De Republica (Traité sur la République)*

*De Officiis (Traité sur les devoirs)*

ESCHYLE, *Les Perses*

*Les Suppliantes*

EURIPIDE, *Les Troyennes*

HERODOTE, *Histoires*

HOMERE, *Illiade*

PLATON, *Les lois*

*Protagoras*

*Gorgias*

*La République*

POLYBE, *Histoires*

SOPHOCLE, *Antigone*

TACITE, *Histoires*

THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*

TITE-LIVE, *Histoire Romaine*

VIRGILE, *L'Enéide*

XENOPHON, *Les Helléniques*

*Cyropédie*



## Table des matières

---

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>13</b>
Section 1 : Une approche historique du traité international .....	15
1. Le traité international dans l'Antiquité gréco-romaine .....	15
a. De la Grèce des cités à l'Empire romain, une continuité historique et conceptuelle.....	16
b. La naissance conceptuelle du traité international .....	18
2. L'Antiquité gréco-romaine dans le traité international .....	21
a. L'approche historique du droit contemporain.....	22
b. Les apports de l'Antiquité gréco-romaine au droit international contemporain .....	25
Section 2 : Une approche conceptuelle du traité international .....	27
1. Le traité comme concept de droit international .....	28
a. Définition du concept .....	28
b. Le traité dans le système juridique international .....	30
2. Le traité comme instrument juridique inhérent au droit international.....	32
<b>1<sup>ère</sup> Partie : La composition du traité international, de la diversité à l'unité .....</b>	<b>37</b>
<b>Titre 1 : La diversité des actes conventionnels.....</b>	<b>39</b>
Chapitre 1 : L'engagement international comme fondement du droit international .....	43
Section 1 : Les origines extra-juridiques de l'engagement international .....	43
1. La dimension religieuse du développement du droit dans l'Antiquité.....	44
a. Rôle et fonction de la religion dans l'appréciation des faits sociaux et juridiques .....	44
b. La parenté du ritualisme religieux et du formalisme juridique .....	52
2. Le serment et l'action internationale des cités antiques.....	56
a. Serment et sécularisation du droit dans les sociétés grecques et romaines .....	57
b. Le serment dans les relations internationales de l'Antiquité gréco-romaine .....	59
Section 2 : L'engagement international au sein du système juridique international .....	66
1. La naissance de la règle internationale et la nature du système juridique international .....	66
a. L'effectivité limitée de l'encadrement de la guerre .....	67
b. Le serment comme incarnation de l'engagement international .....	72
2. L'engagement international comme fondement du droit international .....	77
a. La question du fondement du droit dans le système juridique international.....	78
b. L'engagement international et l'origine du droit international .....	86

Conclusion du Chapitre 1 .....	93
Chapitre 2 : L'engagement conventionnel comme acte juridique international .....	95
Section 1 : L'engagement international et la naissance de l'acte juridique international .....	96
1. Volonté et unité de l'acte juridique international .....	97
a. La volonté dans l'acte juridique et les réflexions antiques .....	97
b. L'engagement international, critère de l'unité du negotium .....	103
2. L'unilatéralisme de l'acte juridique international .....	110
a. L'unilatéralisme en droit international .....	111
b. L'acte juridique international, un unilatéralisme particulier .....	114
Section 2 : L'acte juridique international dans le traité international .....	122
1. Acte juridique et formalisme en droit international .....	122
a. Le formalisme limité du droit international .....	123
b. Origine sacrale de l'engagement international et le « formalisme indirect » en droit international .....	130
2. La diversité de l'instrumentum .....	136
a. Le traité international, une pluralité d'actes .....	136
b. La portée des actes juridiques et l'instrument conventionnel .....	140
Conclusion du Chapitre 2 .....	144
Conclusion du Titre 1 .....	146
<b>Titre 2 : L'unité de l'instrument conventionnel .....</b>	<b>149</b>
Chapitre 1 : Pluralité des actes conventionnels et dimension consensualiste du traité .....	151
Section 1 : Le consensualisme et la conciliation des actes conventionnels .....	152
1. Le consensualisme juridique et l'héritage gréco-romain .....	153
a. Consensualisme et contractualisation du droit dans l'Antiquité gréco-romaine .....	153
b. La tentation consensualiste en droit international .....	160
2. Un consensualisme structurant le régime conventionnel .....	166
a. Consensualisme et traité international .....	167
b. Consensualisme et droit des traités .....	170
Section 2 : Les limites du consensualisme comme principe de conciliation des actes conventionnels .....	176
1. Un consensualisme en trompe-l'œil .....	177
a. Droit romain et dimension non consensualiste du contrat .....	177
b. L'impossible consécration du traité comme contrat .....	183
2. Les insuffisances de la vision consensualiste du traité .....	188
a. Les paradoxes de l'encadrement juridique de la formation des traités .....	189
b. La difficile appréhension de la validité des traités .....	193
Conclusion du Chapitre 1 .....	199

Chapitre 2 : Unité conceptuelle et caractère instrumental du traité .....	201
Section 1 : La fonction réconciliatrice de l'écrit et l'unité conceptuelle du traité .....	202
1. La mise par écrit du droit : consécration historique et conséquences juridiques .....	204
a. L'écriture du droit dans les sociétés grecques et romaines .....	204
b. Centralisation politique et sécularisation du droit .....	209
2. Le traité comme accord écrit .....	213
a. L'écrit et la définition du traité .....	213
b. L'écrit comme élément d'unification conceptuelle .....	216
Section 2 : Le traité comme instrument du droit international .....	220
1. La composition de l'instrument conventionnel : de la diversité à l'unité.....	222
a. Pluralité de la formation et unité du résultat.....	222
b. Le traité comme réseau d'engagements.....	224
2. Les effets de l'instrument conventionnel.....	227
a. La consécration du principe Pacta sunt servanda .....	228
b. L'indétermination des effets juridiques du traité.....	231
Conclusion du Chapitre 2.....	233
Conclusion du Titre 2.....	235
Conclusion de la 1 <sup>ère</sup> Partie .....	237
<b><i>2<sup>ème</sup> Partie : Le fonctionnement du traité international, de la généralité à la particularité.....</i></b>	<b>239</b>
<b>Titre 3 : Le caractère général des obligations conventionnelles en droit international .....</b>	<b>241</b>
.....	
Chapitre 1 : Support normatif et obligations conventionnelles, une distinction nécessaire .....	243
Section 1 : L'encadrement conventionnel de la fonction normative internationale .....	244
1. De la norme au support normatif.....	244
a. Normes et supports normatifs, origines conceptuelles.....	245
b. Le support normatif en droit international.....	248
2. La formation conventionnelle des normes internationales .....	252
a. L'instrument conventionnel et la détermination des destinataires de la norme internationale .....	252
b. Les normes comme interface entre support normatif et obligations .....	256
Section 2 : Les obligations conventionnelles, produits du traité .....	260
1. Les obligations internationales, une spécificité relative .....	261
a. L'influence de la pensée gréco-romaine sur la notion d'obligation .....	262
b. La réception de la notion d'obligation en droit international .....	266
2. La distinction entre obligation et support normatif en droit international .....	272

a. L'obligation conventionnelle comme obligation internationale .....	273
b. La non-indifférence de l'obligation conventionnelle à l'égard du traité .....	279
Conclusion du Chapitre 1 .....	285
Chapitre 2 : Support normatif et obligations conventionnelles, des relations ambiguës .....	288
Section 1 : L'indifférence croissante des obligations conventionnelles à l'égard de leur support normatif.....	290
1. La typologie des obligations et la classification des traités face à la distinction entre support normatif et obligations internationales .....	290
a. Une conséquence de la distinction entre support normatif et obligations conventionnelles.....	291
b. Les obligations conventionnelles indifférentes à leur support normatif .....	299
2. Les effets de l'enrichissement matériel du droit international sur la distinction entre support normatif et obligations internationales .....	307
a. Les normes impératives comme technique d'encadrement de l'instrument conventionnel .....	307
b. La réduction du traité à la formation du droit international .....	311
Section 2 : L'impossible neutralité des obligations à l'égard du traité international .....	315
1. L'application du traité et l'exécution des obligations conventionnelles, un destin lié .....	316
a. L'application du traité déterminée par l'exécution des obligations .....	317
b. L'exécution des obligations encadrée par le traité.....	322
2. L'existence du traité international comme condition d'exécution des obligations conventionnelles .....	334
a. Les effets de la suspension et de l'extinction du lien conventionnel sur les obligations .....	334
b. Violation et validité du traité international.....	337
Conclusion du Chapitre 2 .....	342
Conclusion du Titre 3.....	344
<b>Titre 4 : La place particulière du traité dans le droit international .....</b>	<b>347</b>
Chapitre 1 : L'insertion du traité dans le droit international.....	349
Section 1 : L'encadrement du droit conventionnel, le traité comme objet du droit international .....	350
1. Une insertion conditionnelle .....	350
a. Une insertion conditionnant l'existence du traité .....	350
b. Une insertion donnant un effet juridique international au traité .....	356
2. Une insertion conditionnée .....	358
a. La difficile reconnaissance d'un droit des traités.....	359
b. La complémentarité des règles internationales relative aux traités .....	362



Section 2 : L'application conventionnelle du droit international.....	368
1. Le traité comme régime conventionnel .....	368
a. Une capacité intrinsèque du traité international .....	369
b. Le multilatéralisme et le développement des régimes conventionnels .....	374
2. La diversité des régimes conventionnels .....	377
a. La dimension fondatrice du droit de la paix et de la sécurité internationales.....	378
b. La dimension novatrice du droit international de l'environnement .....	384
Conclusion du Chapitre 1.....	389
Chapitre 2 : Traité et personnalité juridique internationale, l'encadrement conventionnel des rapports internationaux.....	391
Section 1 : Sujets de droit international et capacité conventionnelle .....	392
1. La détermination de la capacité conventionnelle dans l'Antiquité .....	393
a. L'autorité titulaire de la capacité conventionnelle .....	394
b. Une capacité révélatrice de l'indépendance politique.....	397
2. La capacité conventionnelle dans le système juridique international .....	403
a. L'acquisition de la capacité conventionnelle .....	404
b. Les incertitudes de la personnalité juridique internationale .....	407
Section 2 : Traités et indépendance politique dans le système juridique international .....	410
1. Capacité conventionnelle et indépendance politique dans l'Antiquité.....	411
a. Une capacité révélatrice d'un système juridique international .....	412
b. Une capacité conforme à la souplesse de l'instrument conventionnel .....	416
2. Le caractère incontournable du traité dans le système juridique international .....	419
Conclusion du Chapitre 2.....	426
Conclusion du Titre 4.....	428
<b>Conclusion.....</b>	<b>431</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>433</b>
Droit.....	433
Théorie du droit, culture juridique .....	433
Dictionnaires .....	433
Articles .....	433
Droit international public .....	434
Dictionnaire .....	434
Manuels .....	434
Ouvrages.....	434
Cours de l'Académie de droit international .....	435
Articles et contributions .....	436

Thèses .....	438
Histoire du droit .....	438
Manuels .....	438
Ouvrages .....	439
Cours de l'Académie de droit international.....	440
Contributions .....	440
Articles .....	441
Droit civil .....	442
Manuels .....	442
Articles .....	442
Thèse.....	442
Sciences Politiques .....	443
Dictionnaires .....	443
Ouvrages.....	443
Histoire .....	443
Dictionnaires .....	443
Ouvrages.....	443
Œuvres Antiquité .....	445
<b><i>Table des matières .....</i></b>	<b><i>447</i></b>

**Résumé :**

Instrument essentiel du système juridique international, le traité se caractérise par sa permanence historique et son utilisation étendue. Cette importance peut notamment être soulignée à travers une analyse historique mettant en avant la dimension inhérente à tout système juridique international de l'instrument conventionnel. Dans sa nature comme dans sa pratique, le traité démontre une souplesse et une faculté d'adaptation essentielle que l'Antiquité gréco-romaine permet d'éclairer. En effet, pensé et utilisé largement à cette époque, cet instrument connaît dès ce moment ces principaux traits. Collection d'actes unilatéraux dont l'unité découle de son caractère écrit et la force obligatoire de l'engagement international de ses parties, le traité permet la formation d'obligations internationales diverses conduisant à une application particulière du droit international.

*Descripteurs : traité ; acte juridique ; obligations internationales ; histoire du droit international ; sources du droit international ; mode de formation du droit international ; bonne foi ; engagement international ; théorie du droit international*

**Abstract :**

As an essential instrument of the international legal system, the treaty is characterized by its historical permanence and its extensive use. This importance can be highlighted in particular through a historical analysis putting forward the inherent dimension of the convention to any international legal system. Its nature and its practice demonstrate the treaty flexibility and a capability of adaptation that the Greco-roman Antiquity allows to enlighten. Indeed, thought and used from this time, this instrument knows its main features since this moment. Collection of unilateral acts whose unity derives from its written character and its binding force from the international commitment of the parties, the treaty allows the formation of international obligations leading to a particular application of international law.

*Keywords: treaty ; legal act ; international obligations ; history of international law ; sources of international law ; good faith ; theory of international law*