

**LES ASPECTS JURIDIQUES
DES
NEGOCIATIONS INTERNATIONALES
(DEUXIEME PARTIE) (1).**

**PAR
Ahmed Abou-El-Wafa
Professeur du droit international public
Faculté de droit-Université du Caire
Diplômé de l'Académie de Droit International de La Haye**

(1) La première partie a été publiée dans cette Revue en 2014.

CHAPITRE III

L'ASPECT RATIONNE CONDITIONIS : CLASSIFICATIONS ET FORMES DES NEGOCIATIONS INTERNATIONALES

L'absence de formalisme en droit international est chose évidente. En fait, le droit international n'est pas un droit formaliste. Il en serait de même pour toutes les notions et institutions relevant de celui-ci, y compris les négociations internationales.

Dans ce contexte, l'on remarque:

«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» ⁽¹⁾.

Dans le même ordre d'idée, la CIJ a affirmé, à maintes reprises, que le droit international n'attache pas aux considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne ⁽²⁾.

En fait, la cour dit:

«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

(1) P. Weil: Cours général de droit international public, RCADI, t. 237, 1992, P. 135.

(2) Concessions Mavrommatis en Palestine, CPJI série A, No.2, p. 34; Cameroun septentrional, CIJ, Recueil, 1963, p. 28.

où ... la loi prescrit à titre impératif certaines formalités qui deviennent donc essentielles à la validité de certains actes ... 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 formes particulières, les parties sont libres de choisir celle qui leur plaît, pourvu que leur intention en ressorte clairement» (1).

Et la Cour d'ajouter:

«Pour ce qui est de la forme, il convient de noter que ce n'est pas là un domaine dans lequel le droit international impose des règles strictes un spéciales. Qu'une déclaration soit verbale ou écrite, cela n'entraîne aucune différence essentielle, car de tels énoncés fait dans des circonstances particulières peuvent constituer des engagements en droit international sans avoir nécessairement à être consignée par écrit. La forme n'est donc pas décisive » (2).

Il est à rappeler que la classification des négociations est difficile du fait de la grande variété des négociations elles-mêmes. Pareille classification ne peut pas les enfermer en des schémas logiques ou dans un vase clos.

Ainsi, la négociation internationale n'est pas soumise à une forme obligatoire; elle n'obéit à aucune forme particulière. Elle est, de surcroît, multiforme ou "protéiforme", dont le contenu est en rapport avec le rôle qu'on lui a assigné, i.e., le terme même de négociation recouvre une série de situations bien différentes les unes des

(1) CIJ Rec., 1961, P. 31.

(2) CIJ, Rec., 1974, aff. des essais nucléaires, P. 267-268.

autres, encore que la substance de l'une et l'autre est presque la même.

Partant, vu la diversité formelle des situations et considérations, l'on ne peut pas généraliser. En fait, toute négociation répond à une préoccupation donnée et doit être adaptée à chaque situation particulière.

Cela veut dire que la classification adoptée, ici, n'est pas décisive. C'est une classification qui permet le mieux de distinguer clairement les différents types de négociations. Cependant, toute classification est arbitraire, repose sur des critères *in abstracto* ou *in concreto* et change en fonction des critères retenus.

Ceci dit, les formes et classifications que revêtent les négociations internationales peuvent être résumées des points de vue *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis*, *modus operandi* et *forum conveniens*.

SECTION I

DU POINT DE VUE «*RATIONE MATERIAE*»

Tous les différends ainsi que toutes les questions, latents ou actuels, se prêtent à une solution par la voie des négociations ⁽¹⁾, même ceux d'ordre politique ou ceux qui relèvent de la compétence exclusive (le domaine réservé) des Etats.

Partant, les négociations peuvent concerner des conflits entre les sujets du droit international ou des problèmes ne comportant pas des aspects conflictuels. En fait, il y a des cas nombreux où les Etats entament des négociations pour discuter certaines questions n'ayant pas de caractère contradictoire, mais touchant des positions et intérêts mutuels.

La négociation peut donc concerner des catégories diverses de différends: Politiques, juridiques, techniques, culturels, économiques, factuels, mixtes ou autres ⁽²⁾, ainsi

(1) En fait, le rôle des négociations s'accroît: «au fur et à mesure du développement des relations internationales» (N. Kaasik: La clause de négociations diplomatiques dans le droit international positif et dans la jurisprudence de la cour permanente de justice internationale, op.cit., P. 63).

(2) L'on dit que le différend qui revêt un caractère humanitaire «semble peu compatible avec un règlement négocié» (CIJ, Rec., 1966, op.diss. Tanaka, P. 257).

D'ailleurs, il est évident que:

«Rares ... sont aujourd'hui les négociations qui n'impliquent d'une façon ou l'autre l'intervention des facteurs techniques. Même un problème qui passe pour purement politique que celui de Berlin, comporte nombre de données militaires et économiques» (J. Chazelle: La diplomatie, PUF, Paris, 1962, P. 48).

que ceux ayant atteint ou n'ayant pas atteint un certain degré de maturité ou d'acuité.

D'ailleurs, la négociation peut concerner bien des questions et des faits concrets, et des problèmes abstraits, fictifs ou hypothétiques. Il va de soi que la négociation diffère, sur ce point, de la juridiction internationale: en fait, la compétence d'un tribunal est «de régler conformément au droit les différends qui lui sont soumis ⁽¹⁾ (i.e., des différends concrets et existants). Partant, les Etats peuvent, à travers la négociation, examiner un problème par anticipation pour dissiper des incertitudes ou éviter l'absurdité d'une prise de position intervenant au lendemain ou à la veille de l'événement» ⁽²⁾.

Bien entendu, il y a des sujets qui se prêtent plus à un règlement politique ou pour lesquels il est bien établi qu'ils doivent passer d'abord par la voie des négociations. On peut citer, inter alia, les exemples ci-dessous:

§ I- Les problèmes liés à la succession d'Etats ⁽³⁾:

A ce propos, concernant la succession et la nationalité, le projet d'article 18 adopté par la CDI en 1999 est ainsi conçu:

(1) Art. 38 du statut de la CIJ.

(2) Dans l'affaire Sud-ouest africain, le juge Winiarski a affirmé, dans son opinion dissidente:

«Mais par des négociations entre Etats ne peuvent être réglés que les différends où les parties disposent librement de leurs droits et de leurs intérêts» (Cf, CIJ, Rec., 1962, P. 457).

(3) Ainsi, concernant le «devenir des traités bilatéraux de la R. S. F. Y» l'on fait allusion au «passage obligé par la négociation : les différentes formes de l'accord de succession», voir, M. Bojanic: Elements d'appréciation de la pratique étatique en matière de succession aux traités de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie, RBDI, 2000, P. 513-514.

«1. Les Etats concernés échangent des informations et se consultent pour déterminer les effets préjudiciables éventuels de la succession d'Etats sur les personnes concernées, pour ce qui est de leur nationalité et d'autres aspects connexes de leur statut.

2. Les Etats concernés recherchent, s'il en est besoin, une solution en vue de supprimer ou d'atténuer ces effets préjudiciables, par la négociation et, le cas échéant, par voie d'accord».

Dans son commentaire du paragraphe 2, la CDI dit:

«En ce qui concerne le paragraphe 2, deux éléments méritent d'être relevés. En premier lieu, l'obligation de négocier pour rechercher une solution n'existe pas dans l'abstrait : les Etats n'ont pas à négocier s'ils n'ont pas décelé d'effets préjudiciables sur les personnes concernées pour ce qui est des questions susmentionnées. Deuxièmement, il n'y a pas à présumer que toutes les négociations aboutiront inéluctablement à la conclusion d'un accord. Le but pourrait être atteint, par exemple, par une simple harmonisation des législations nationales ou au moyen de décisions administratives. Les Etats concernés pourront néanmoins préférer conclure un accord pour résoudre les problèmes qu'ils ont identifiés»⁽¹⁾.

§ II- Les conflits d'ordre politique⁽²⁾.

(1) Ann. CDI, 1999, vol. 2, 2^{ème} partie, P. 40

(2) L'on remarque: «En somme, d'après la jurisprudence de la Cour de La Haye et conformément à la doctrine la plus autorisée, tous les différends présentent à la fois des aspects politiques et des aspects juridiques. C'est l'importance relative que les Etats parties au

Ces conflits se prêtent toujours à un règlement négocié.

§ III - Les problèmes relatifs à la délimitation des espaces maritimes :

Ainsi, e.g., l'article 74 de la convention des NU sur le droit de la mer de 1982 prévoit:

«La délimitation de la zone économique exclusive entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord conformément au droit international».

L'article 83 reprend, *mutandis*, le même texte pour la délimitation du plateau continental.

De ce qui précède, l'on peut dire qu'il y a une grande variété de domaines que les négociations internationales embrassent. Aucune matière des relations internationales n'y échappe (1). De surcroît, les négociations internationales

différend attachent à l'un ou à l'autre de ces aspects qui détermine le choix du moyen — politique ou juridique — de règlement, bien que normalement les différends réellement importants pour les Etats — comme ceux concernant la politique de défense, par exemple soient soumis aux modes politiques de règlement» (J. A. Ridruejo: Cours général de droit international public, RCADI, t. 274, 1998, P. 94).

(1) Cependant, pour quelques matières la négociation peut être mal venue. Ainsi, l'on remarque:

«Negotiations can be frustrating for one side or even both sides if a will to reach a compromise formula is lacking. In particular, if sovereign rights over a given territory are in issue, a compromise is hardly conceivable. It is the basic assumption of the international legal order that territory belongs to one State or another, but not to two States at the same time, a condominium being an exceptional construction existing only under special treaty arrangements. Thus, in spite of recommendations addressed by the General Assembly to

tendent, quant à leur fond, de plus en plus à se spécialiser. Elles ne se font pas au hasard, elles empruntent des réseaux différenciés selon les situations.

the governments of Argentina and the United Kingdom to begin negotiations on the status of the Falkland/Malvinas Islands, the United Kingdom was not debarred from insisting on its view that the Islands are legitimately placed under British sovereignty and should continue to enjoy this legal status» (C. Tomuschat: General course en public international law, RCADI, t. 281, 1999, PP. 395-396).

De plus parlant des réclamations de souveraineté, Lauterpacht dit : «In the atmosphere of diplomatic negotiations and conferences these claims are high-sounding, uncompromising, clad in the garb of the dignity of states» H.Lauterpacht: The development of international law by the international court, Grotius publications limited, London, 1982, P. 331.

SECTION II

DU POINT DE VUE «RATIONE PERSONAE»

L'aspect personnel des négociations internationales peut revêtir les formes suivantes:

§ I -Les négociations peuvent prendre deux formes, à savoir:

a - les négociations directes entre les parties qui, normalement, se présentent sous la forme de présence en tête-à-tête et surtout par la voie diplomatique traditionnelle des ministères des affaires étrangères.

b - les négociations avec l'intervention des tiers, ceux-ci peuvent intervenir sous le couleure des bons offices, de médiation, de conciliation ou de consultation: toutes ces quatre méthodes ne sont que des négociations avec l'intervention des tiers, qui essaient de faciliter l'entente entre les parties ou résoudre et aplanir des problèmes pendant entre celles-ci.

L'importance de l'intervention des tiers dans les négociations a été soulignée par la CIJ comme suit:

«Lorsque, une fois le présent arrêt rendu, les deux parties engageront des négociations bilatérales sans conditions préalables, elles pourront bénéficier de l'assistance de l'expertise d'une tierce partie. L'acceptation d'une telle aide par les parties attesterait de la bonne foi marquant les négociations bilatérales qu'elles mèneront pour donner effet à l'arrêt de la cour» ⁽¹⁾.

(1) CIJ, Rec., 1997, P. 97, par. 143, projet Gabčíkovo-Nagymaros.

En fait, l'intervention d'éminents hommes d'Etat pour faciliter le processus de paix peut:

«Encourager les parties à entamer des négociations sérieuses»⁽¹⁾.

§ II- Les négociations limitées ou globales

De même, les négociations peuvent être limitées (entre deux Etats ou un nombre limitée d'Etats: e.g., négociation concernant les frontières entre deux Etats ou l'exportation et l'importation entre un groupe limité d'Etats) ou globales ou planétaires concernant des questions qui affectent la destinée de l'humanité tout entière.

(1) B. B. Ghali: Agenda pour la paix, NU, New York, 1992, P. 23, Et l'ancien secrétaire général des NU d'ajouter:

"La médiation et la négociation peuvent être entreprises par une personne désignée par le Conseil de sécurité, par l'Assemblée générale ou par le Secrétaire général. L'ONU a souvent eu recours à d'éminents hommes d'Etat pour faciliter le processus de paix.

S'ajoutant

à leur expérience, leur prestige personnel peut encourager les parties à entamer des négociations sérieuses. Nombreux sont ceux qui sont ainsi disposés à offrir leurs services et je continuerai à mettre leur bonne volonté à profit lorsque la nécessité s'en fera sentir. C'est souvent le Secrétaire général lui-même qui se charge de la tâche. L'efficacité du médiateur est renforcée par l'appui ferme et manifeste du Conseil, de l'Assemblée générale et des Etats Membres intéressés agissant en leur capacité nationale, mais les bons offices du Secrétaire général peuvent parfois être plus efficaces lorsqu'ils s'exercent indépendamment des organes délibérants. Il est toutefois essentiel que le Secrétaire général et le Conseil de sécurité restent à tout moment en étroite consultation, ce qui permet de mesurer pleinement la manière la plus efficace dont l'influence du Conseil peut s'exercer et de mettre au point une stratégie commune pour le règlement pacifique de chaque différend qui survient» B.B.Ghali : Agenda pour la paix, 2e édition, NU, New York, 1995, P. 56-57.

Ainsi, la résolution 34/137 adoptée par l'Assemblée générale des NU en 1979 a prévu le lancement de «négociations globales sur la coopération économique internationale pour le développement».

Les négociations globales se caractérisent par trois éléments, à savoir ⁽¹⁾:

- un élément «*ratione personae*», i.e., réunion de tous les pays du monde ou, du moins, la communauté internationale dans son ensemble.

- un élément «*ratione materiae*», viz, examiner, discuter et traiter e toutes les questions concernant une «matière» donnée ou plus d'une matière.

- un élément «*mondus operandi*», à savoir, participation de tous les partenaires à la prise de la décision arrêtée ou de l'accord convenu.

Comme exemples de négociations multilatérales, l'on peut surtout rappeler: Les traités de paix de westphaliée (1648), le congrès de Vienne (1815), le congrès de Paris (1856), les conférences de la Haye de (1899) et de 1907 relatives au règlement pacifique des conflits internationaux et

(1) M. Bedjaoui dit qu'il existe trois éléments fondamentaux des négociations globales, à savoir l'universalité dans la participation, l'égalité des partenaires dans la recherche des solutions et enfin le respect du principe démocratique dans les prises de décision (M. Bedjaoui: Les négociations globales, in «droit et libertés à la fin du XX e siècle», études offertes à C. A. Colliard, Pedone, Paris, 1984, P. 50).

Voir aussi, Ahmed Abou-el-wafa: Les négociations internationales, op.cit., P. 19-20 (en arabe).

les lois et coutumes de la guerre. La conférence des NU sur le droit de la mer constitue un exemple typique des négociations globales, par le nombre des participants, par la durée de la négociation et par l'ampleur des problèmes traités. Il en est de même de la conférence des chefs d'Etats et de Gouvernement qui a adopté la déclaration du Millénaire (NU 2000).

§ III- Les négociations peuvent être entamées entre des organisations internationales *inter se* ou avec des Etats :

Cela est évident: en fait, plusieurs organisations internationales ont la capacité de conclure des traités internationaux, ce qui présuppose qu'elles ont le droit d'entrer en négociations avec les autres parties contractantes. Il suffit de rappeler, ici, qu'il y a une convention internationale concernant les traités conclus par les organisations internationales *inter se* ou avec des Etats (la convention de Vienne de 1986) ⁽¹⁾.

De plus, une organisation internationale peut entamer des négociations avec un Etat ou une autre organisation pour résoudre un conflit entre eux ⁽²⁾.

(1) Voir aussi Ahmed Abou-el-wafa: recherches sur les traités conclus par les organisations internationales *inter se* ou avec des Etats, thèse, Lyon, 1981, 523 PP.

(2) Ainsi, l'on dit : «Le 6 mars 1995, l'union européenne accepta d'entamer des négociations avec le Canada sur leur conflit au sein de l'OPANO» CIJ, Rec., 1998, compétence pêcheries, P. 595, op.diss. T. Bernardez.

§ IV- Du point de vue des forces respectives des parties, les négociations peuvent:

- Ou bien se dérouler entre des Etats de puissance égale. Dans ce cas là, aucun Etat n'aura la possibilité d'imposer une solution aux autres ni d'amener ceux-ci à faire des concessions. Evidemment, cet Etat de choses peut perpétuer le différend.

- Ou bien être entamées entre des Etats inégaux en puissance. A ce propos, l'Etat le plus fort peut imposer sa volonté aux Etats les plus faibles. Cela, prima facie pourrait aboutir à méconnaître des droits qui méritent d'être protégés et serait une manifestation de la politique de la force, du diktat et d'oppression ⁽¹⁾.

- Ou bien, la négociation peut être engagées, même en cas d'inégalité de force, d'une manière normale tout en respectant les droits des Etats les plus faibles. Cela est en accord avec le procédé de négociation comme moyen de règlement pacifique des différends. La solution sera évidemment, en l'espèce, viable.

- Même des négociations peuvent être entamées avec des entités n'ayant pas une indépendance internationale. Ainsi,

(1) L'on dit même qu'il y a

«Des négociations multilatérales où l'inégalité était maintenue au cours d'une longue période de l'histoire de l'humanité, pendant laquelle les Etats petits ou faibles n'étaient consultés même pas en ce qui concerne les problèmes d'intérêt national direct ou, dans le cas où ils étaient formellement consultés, leurs positions n'étaient pas prises en considération» (G. Geamanu: Théorie et pratique des négociations internationales, op.cit., P. 397).

en 1915-1916, des négociations furent engagées entre la Grande-Bretagne et le Cheikh Al-Thani au sujet d'un accord exclusif comparable à ceux conclus avec les autres cheikhs arabes (1).

(1) CIJ, Rec., 2001, affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, P. 57

SECTION III

DU POINT DE VUE «*RATIONE TEMPORIS*»

L'élément «*ratione temporis*» dans la négociation peut être souligné, comme suit:

§ I- La négociation peut être employé «en temps de paix ou en temps de guerre»:

a - Ainsi, en temps de paix, et pour préciser les contours des relations paisibles et calmes, les Etats ou les organisations internationales peuvent entamer des négociations concernant une question donnée (e.g., octroi d'une assistance technique ou financière).

b - De même, en temps de guerre ou à la suite d'un climat de chaos, de tension, de conflit ou d'antagonisme, les négociations internationales peuvent intervenir pour :

* La conclusion des accords de paix permanents ou provisoires (e.g. armistice, cessez-le-feu, ... etc.). Autrement dit, le rôle des négociations intervient, ici, une fois les armes réduites au silence pour arriver à un règlement du litige dans le cadre des négociations de paix.

* La conclusion des accords pour mettre à la disposition du conseil de sécurité les forces armées, l'assistance ainsi que les facilités nécessaires pour entreprendre une action militaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales (article 43 de la charte des NU). Prima facie, la conclusion desdits accords se fait par le biais des négociations.

§ II- De même, les négociations peuvent intervenir au seuil du différend, i.e., *ab initio* ou à la fin de celui-ci, viz, *in fine* ou *in extremis*.

§ III- La durée des négociations ⁽¹⁾:

A dire vrai, toute négociation exige un certain temps, selon le contenu, la nature et les circonstances du différend ou de l'affaire en cause. En fait, le temps est un des ingrédients principaux de la négociation. On peut l'arrêter artificiellement, ou se fixer une date limite pour obtenir le résultat recherché ⁽²⁾.

Or, fixer le «*dies a quo*» (Jour à partir duquel) et le «*dies ad quem*» (Jour jusqu'auquel) la négociation peut être entamée ou terminée, dépend de la volonté des parties. Ainsi, la CIJ fait valoir ce qui suit:

«Les délais précis qui peuvent être nécessaires pour s'acquitter des obligations de consultation et de négociation et le préavis de dénonciation exact qui doit être donné varient forcément en fonction des nécessités de l'espèce. En principe, c'est donc aux parties qu'il appartient de déterminer dans chaque cas la durée de ces délais en procédant de bonne foi à des consultations et à des négociations» ⁽³⁾.

Il est bien évident que le processus de négociations:

«Extends from the presentation of the first draft provisions to the formal adoption of the treaty instrument» ⁽⁴⁾.

(1) Vide-supra: «L'abus de l'élément temps dans la négociation».

(2) D. Moisi: De la négociation internationale, in «la négociation», Pouvoirs, 1980, 15, P. 38-39.

(3) CIJ, Rec., 1980, P. 96, Par. 49.

(4) Review of multilateral treaty-making process, op.cit., P. 28.

Or, si la négociation n'a pas de limite intertemporelle fixe, elle doit être poursuivie «autant que possible en vue d'arriver à des accords» ⁽¹⁾. Tout dépend des circonstances de l'affaire en cause ainsi que de la volonté des parties.

Cependant, la poursuite des négociations se termine, articulièrement, en trois cas, à savoir:

a - l'épuisement des négociations: il va sans dire que les négociations se terminent lorsqu'elles sont épuisées ⁽²⁾.

b - l'arrivée à une impasse ⁽³⁾ ou à un point mort.

c - Le lapse du temps: En fait, certains traités peuvent fixer un certain délai, au bout duquel la négociation doit être considérée comme étant un échec.

Ainsi, en l'occurrence, l'article 41 de la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités (1978) prévoit le recours, à la demande de l'une quelconque des parties, aux consultations et négociations pour résoudre un différend concernant l'application ou l'interprétation de ladite convention. Or, l'article 42 ajoute:

«Si le différend n'est pas résolu dans un délai de six mois à compter de la date la demande visée à l'article 14 a été

(1) CPJI, N° 42, Ser. A/B, P. 115. En fait, un «minimum de négociations diplomatiques est nécessaire pour l'existence d'un conflit entre Etats» N. Kaasik: La clause de négociations diplomatiques dans le droit international positif et dans la jurisprudence de la cour permanente de justice internationale, *op.cit.*, P. 87.

(2) Ainsi, e.g., les négociations Américano-soviétiques sur la limitation des armes stratégiques se sont poursuivies à Helsinki du 8 Juillet au 24 Septembre 1971

Voir C. A. Colliard et A. Manin: Droit international et histoire diplomatique, publications de la Sorbonne, t. 1, Paris, 1975, P. 79.

(3) Vide infra (l'échec des négociations).

faite, toute partie au différend peut soumettre celui-ci à la procédure de conciliation indiquée dans l'Annexe de la présente convention»

De même, l'article 2 de l'Annexe II à la convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (1985) est ainsi conçu:

«Les parties à un différend auquel s'applique la présente Annexe s'efforcent de régler ledit différend par voie de négociation avant de déposer une demande de conciliation ou une demande d'arbitrage. Les négociations sont réputées avoir échouées si les parties ne peuvent parvenir à un règlement dans un délai de 120 jours à compter de la date de la demande d'ouverture des négociations»⁽¹⁾.

Il est à rappeler qu'une partie peut aussi prévenir l'autre partie que si, dans un délai donné le problème ne se résoud pas, elle portera la question devant telle ou telle instance internationale, ou fera appel à tel ou tel Etat.

(1) Voir aussi les articles 84 et 85 de la convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales, qui prévoient le règlement d'un différend concernant l'application ou l'interprétation de la convention à travers des consultations entre les parties. Or, si lesdites consultations n'ont pas abouti dans un délai d'un mois, l'une des parties peut le porter devant une commission de conciliation instituée par la convention.

SECTION IV

DU POINT DE VUE *MODUS OPERANDI*

Les négociations ont leurs propres normes de fonctionnement. Or, toutes consistent, pour ce qui concerne les négociateurs, à chercher à comprendre autant qu'à se faire comprendre.

D'ailleurs, il faudrait considérer les négociations comme des costumes, et en changer selon la session, l'heure, les circonstances et le milieu. Partant, le négociateur doit savoir, quand il le faut, quitter la peau du lion pour prendre celle du renard. En quelques cas, il ne suffit jamais de montrer la vérité, il faut même la peindre aimable.

Il y a quelques aspects qui concernent le *modus operandi* des négociations internationales, les plus importants d'entre eux sont les suivants :

§ I- Les négociations consistent essentiellement, en la présentation des propositions et contre-propositions, en écoutant «l'autre» en un dialogue constructif, et non pas en un conflit des «positions» ou en un dialogue «de sourds».

Par conséquent, une négociation n'est pas toujours une option «à prendre ou à laisser». Celle-ci signifie, au prime abord, qu'on est en présence d'une offre «non négociable».

Ainsi, comme l'a dit l'arbitre dans l'affaire de Tacna Arica (1925) :

«Each party should have the right to make proposals and to object to the other's proposals, so long as they acted in good faith» ⁽¹⁾.

(1) Question de Tacna Arica (Chili/Pérou), RSA, II, P. 933-934. D'ailleurs, l'on estime que la négociation proprement dite consiste

§ II- La négociation internationale peut être, en générale, entamée soit par la correspondance diplomatique (au moyen de mémoires et contre-mémoires, des notes, des dépêches, des lettres ... etc.), ou la rencontre en tête-à-tête, ou les deux.

Or, il est bien évident que :

«La valeur des négociations écrites se fait sentir au moment où une identification et la justification sur le sujet en cause devient nécessaire, ou encore pour faire prévaloir certains droits contestés, comme preuve à l'appui, instruments et titres de leur engagement. Il en est ainsi dans la pratique actuelle pour les négociations prenant forme de conférences diplomatiques. La conférence est particulièrement indiquée lorsque les débats doivent aboutir à la conclusion d'accords internationaux, de traités ou, autres engagements de même nature. Les résultats de la discussion se trouvent toujours consignés dans les procès verbaux, lesquels sont contresignés, à la fin de chaque réunion, par tous ceux qui y ont pris part. ils demeurent ainsi dans les archives des Etats, tout comme les correspondances ou les comptes-rendus de négociations diplomatiques» (1).

«à confronter les points de vue nationaux en vue de parvenir à un accord» Ph. Bretton et M. Folliot : *Négociations internationales*, Pedone, Paris, 1984, P. 33.

On parle même de la «négociation tacite» (Cf, A. Plantey : *La négociation internationale au XXI e siècle*, op.cit., P. 131 ss).

(1) Ahi (M.): les négociations diplomatiques préalables à la soumission d'un différend à une instance internationale, op.cit., P. 138.

D'ailleurs, dans le cadre du règlement n o 3286/94 du conseil du 22 décembre 1994, «en cas de besoin, les consultations (concernant la politique commerciale commune), peuvent avoir lieu par écrit» (cf

Pour ce qui concerne la rencontre en tête-à-tête, il faut remarquer que : «la forme la plus efficace de la négociation a toujours été les entretiens directes» ⁽¹⁾.

§ III- Normalement, les négociations sont menées dans le secret, i.e., *in camera*. Cela est fait pour éviter l'influence de l'opinion publique, de la masse media ... etc., afin de trouver des solutions transactionnelles sur les positions primitives des parties. En fait, la publicité peut avoir des effets néfastes sur le cours des négociations. D'ailleurs, des choses secrètes, cachées à dessein, peuvent être abordées au cours des négociations.

§ IV- Quant au déroulement des négociations, on peut distinguer six formes, à savoir⁽²⁾:

texte in L. Dubois et C. Gueydan : Les grands textes du droit de l'Union européenne, op.cit, P. 774).

(1) P. Reuter et J. Combacau : Institutions et relations internationales, op.cit., P. 214.

On dit même que l'entretien en tête-à-tête entre chefs d'Etat ou de gouvernement est «une véritable instance de négociations» qui peut «déboucher sur l'adoption rapide et directe de résolutions ou d'accords susceptibles d'application immédiate» (G. P. Tchivounda : La conférence au sommet, op. cit, P. 282, 336).

(2) On distingue quatre phases dans la technique des négociations, à savoir: préparation, ouverture, déroulement et fin d'une conférence internationale, Cf, Ph. Bretton, et M. Folliot: Négociations internationales, op.cit., P. 7.

De plus, dans le cadre de la troisième conférence des NU sur le droit de la mer les négociations ont été marquées par trois facteurs, à savoir: «negotiations have been conducted informally, a basic negotiating text and the negotiating groups» (Review of the multilateral treaty-making process, op.cit., P. 354-360).

Pour ce qui concerne la préparation des traités multilatéraux dans le cadre des NU, les négociations se font comme suit:

«The negotiating process generally takes place in a succession of organs, usually hierarchically arranged, starting with smaller groups, often composed of experts, and moving towards larger

A- la prenégociation (ou négociations sur les négociations):

Au cours de cette étape on procède à la délimitation des questions à traiter. Il s'agit, donc, d'une étape préliminaire aux négociations proprement dites. Elles commencent, normalement, par l'établissement des contacts pour déterminer les sujets ainsi que les points à débattre, à discuter, ou à résoudre, i.e., préparation de l'ordre du jour. Prima facie, on est, ici, en présence d'une «négociation en surface» (1). Evidemment, les négociations

organs composed of government representatives. Sometimes, however, in particular, in respect of politically sensitive instruments, this relatively straight-line progression becomes discontinuous. This is so in those instances in which the formulation of an instrument is entrusted to a plenary or to an open-ended group whose membership ultimately proves too numerous for the practical conduct of sensitive negotiations. Small formal or informal negotiating groups are then formed, and they in turn report back to the larger organ that established them

The time-span of formulation during the negotiating process can vary depending on the treaty-making body. In some instances, in particular in respect of basically political treaties such as those relating to disarmament, but also in respect of technical ones such as those considered by ILC or the Outer Space Committee, negotiation takes place at a series of discrete sessions, which individually are not (and generally are not expected to be) long enough to reach complete agreement. Instead, each question to be considered is taken up at the stage at which it has last been considered; it is advanced as far as possible and a report is prepared which is submitted either to a senior organ or, in effect, to the next session of the same body. Thus the formulation of an instrument proceeds slowly, by accretion. In other organs, such as meetings of UNCITRAL, the ILO Conference, the Hague Conference or UNIDROIT, an attempt is made to complete at a particular session the full negotiation of one or more instruments; only exceptionally is an incomplete negotiation put off for a further session or for a special organ» (Ibid, P. 28.).

(1) L'on remarque que:

«The prenégotiation phase is characterized as the period when the parties define the problem and develop a commitment to negotiate

sur le contenu de l'ordre du jour peuvent prendre beaucoup de temps et le consentement sur les questions qui y sont incluses est toujours donné avec beaucoup d'attention.

Il est bien évident que les prénégociations ⁽¹⁾ constituent une phase «préparatoire» pour les négociations proprement dites. Il s'agit donc de conversations ou entretiens exploratoires⁽²⁾.

A vrai dire, tout se prépare à l'avance. Pendant que le ciel de la nuit est sombre, le soleil poursuit son mouvement au -dessous de l'horizon. Nul ne s'aperçoit, pas la moindre lueur et, pourtant il chemine, jusqu'à ce qu'il jaillisse, éclaire et réchauffe.

En fait, tout événement se prépare d'abord dans les esprits et se fait par des événements extérieurs où l'on peut apercevoir les aspects et signes annonciateurs et les évolutions significatives marqués par un ensemble d'actions à conduire pour inverser la

without undertaking the risks of formal negotiation» F. Hampson: *Multilateral negotiations ...*, op. cit., P. 439.

D'ailleurs, au cours de la conférence des NU sur le droit des traités, le représentant de la Grèce a souligné ceci:

«La question se posera, par exemple, de savoir où commencent et où finit la négociation, ou bien si un «dialogue de sourds» ou des «pourparlers sur les pourparlers» c'est-à-dire des discussions préliminaires sur le point de savoir s'il faut négocier et comment, constituent des négociations» (Conf. des NU sur le droit des traités, 1 ère Sess, 1968, Doc. Off., P. 107 (le repr. De la Grèce).

(1) A propos des prénégociations, voir aussi:

- Mehdi-Majidi Ahi: *Les négociations diplomatiques préalables à la soumission d'un différend à une instance internationale*, Genève, Coopérative d'imprimerie, 1957.

- «Getting to the table-the process of international prenegotiation», *International Journal*, Canadian Institute of international affairs, Vol. XLIV, 1989.

(2) En fait, «il est évident qu'aucune négociation ne saurait aboutir si les parties sont en désaccord total sur son point de départ». Elle peut même constituer une perte de temps ou, au pire, un dialogue de sourds (CIJ, Rec., 1971, op.ind. Dillard, P. 160-161).

tendance, déblayer les obstacles, disloquer les carcans et dicter la conduite à suivre et les erreurs à éviter.

Par conséquent, les Etats doivent créer les conditions nécessaires pour que la justice et l'ordre puissent être maintenus. Cela est justifié par les liens entre les Etats et les peuples, de même que par la nature de notre destinée commune.

En un mot, les négociations internationales ne sont pas nées *ex nihilo*, elles ne sont pas non plus développées *«in vacuo»*.

B - Les négociations proprement dites ou dans le sens *stricto sensu*, technique et propre du terme :

Au cours des négociations des rencontres et des discussions autour de la «table de négociations» se déroulent afin de débattre et de discuter «au fond et en profondeur» le ou les problèmes en cause. Elles consistent, en principe, en la discussion de l'ordre du jour point par point, en la prise d'actions et de la présentation de propositions et de contre-propositions, en des éclaircissements des positions des parties intéressées sur tel ou tel sujet, en des mémoires et contre-mémoires, en des notes écrites ou même des communications orales ... etc., afin d'arriver à un accord, dans son acception *lato sensu*, qui, évidemment, constitue le but final de toute négociation.

C - La «post-négociation»: Cette phase commence, sitôt la phase précédente est terminée avec un succès «total ou partiel». Au cours de cette phase on commence à rédiger l'accord à signer, l'adopter et l'authentifier (1).

(1) A noter qu'à propos des traités multilatéraux, les Pays-Bas estiment:

D- La renégociation:

Prima facie, les trois phases exposées ci-dessus sont étroitement liées: Dans des différends moins difficiles on passe vite de la phase de prénégociation, à celle de négociation proprement dite et à celle de la post-négociation. Alors que dans d'autres, plus compliqués, il se peut qu'après la deuxième phase on revienne à la première ⁽¹⁾. Même, après la conclusion d'un accord et son entrée en vigueur, on peut y revenir pour renégocier son amendement ou sa «modernisation ou actualisation» du fait, e.g., de la

«In view of the often highly specialized nature of the treaties of concern to the General Assembly, notably those emanating from bodies such as UNCITRAL, the convening of an *ad hoc* body seems preferable, since it provides a better chance to gather the people with the necessary expertise for the subject. For other subjects of a less specialized nature better use could be made of the legal expertise of the Sixth Committee.

In general it may be said that texts should be submitted to the plenary organs for approval only when they are nearly completed. This would, however, not exclude the possibility of presentation to those organs of alternative texts, leaving them the choice between the options presented.

Consistent with earlier replies, it is the opinion of the Netherlands Government that the Sixth Committee should be involved in the process of treaty-making by a United Nations organ. This involvement should take the form of a review of the text as a whole» (Cf, Review of multilateral treaty-making process, op.cit, P. 216).

(1) Le juge Tanaka estime:

«Le fait que des négociations approfondies entre les gouvernements des Parties ont précédé le dépôt des compromis ne modifie en rien cette conclusion. Une nouvelle tentative de parvenir à un accord par des négociations effectives n'est pas exclue au présent stade; elle est au contraire obligatoire» (CIJ, Rec., 1969, P. 196).

D'ailleurs, le juge Padilla Nervo dit:

«Si l'une des parties à une négociation invoque l'existence de circonstances spéciales, il n'y a qu'un moyen de sortir de l'impasse: s'entendre sur une position de *compromis* et procéder à de nouvelles négociations» (Ibid, P. 212).

survenance d'un changement fondamental des circonstances (*clausula rebus sic stantibus*), de la désuétude des accords déjà conclus, ou de la réouverture de nouvelles négociations. Celle-ci se fait, en principe, lorsqu'un Etat conteste un traité et envoie à l'autre Etat un préavis de dénonciation dans le but de susciter une nouvelle négociation.

Justement, à propos de la renégociation, la CPJI a souligné:

«la Cour ne peut pas se dispenser de tenir compte, entre autres circonstances, de l'appréciation des Etats intéressés eux-mêmes, qui sont les mieux placés pour juger des motifs d'ordre politique pouvant rendre impossible la solution diplomatique d'une contestation déterminée. Lorsque les pourparlers entre le particulier et les autorités ont déjà — comme en l'espèce — précisé tous les points en discussion entre les deux gouvernements, il serait peu compatible avec la souplesse qui doit caractériser les relations internationales d'obliger ces gouvernements à renouveler une discussion qui a déjà eu lieu en fait et dont ils font Etat»⁽¹⁾.

A noter que si la négociation afin de conclure un accord est difficile, la révision de ce dernier l'est aussi. C'est pourquoi, les parties concernées préfèrent, dans un nombre de cas, de recommencer la négociation dans son intégralité, i.e., de renégocier un nouvel accord.

On peut citer, e.g., l'affaire «projet Gabčíkovo-Nagymaros» où le Gouvernement hongrois déclara que l'ensemble du projet constituait une erreur et qu'il

(1) Affaire Mavrommatis, C. P. J. I. Série A, no 2, P. 15.

«Engagerait aussitôt que possible des négociations avec le Gouvernement tchécoslovaque sur la remise en l'Etat des lieux et le partage des dommages». Le Gouvernement hongrois adopta une résolution en vue de l'ouverture de négociations avec la Tchécoslovaquie sur la terminaison du traité par consentement mutuel et la conclusion d'un accord qui réglerait les conséquences de cette terminaison ⁽¹⁾.

E- La reprise des négociations:

Nous allons parler, d'une part, des règles générales relatives à la reprise des négociations et, d'autre part, de la différence entre celle-ci et la «renégociation».

a - Règles relatives a la reprise des négociations :

Il y a aussi une reprise des négociations. Ainsi, la sentence arbitrale relative à l'affaire Lac Lanoux, dit ceci: «la situation mondiale ayant ensuite arrêté les négociations sur le Lac Lanoux, celles-ci ne furent reprises qu'en 1949» ⁽²⁾

(1) CIJ, Rec., 1997, P. 34, Par. 38.

Dans la même affaire, et à propos d'un traité en vigueur entre la Hongrie et la Slovaquie qui a été violé par les deux parties, le juge Bedjaoui dit:

«J'en viens ainsi à la nécessité pour les Parties *de négocier à nouveau et de le faire de bonne foi*. La renégociation doit être vue comme une obligation stricte, tout comme l'est le comportement de bonne foi qu'elle implique. Cette obligation découle non seulement du traité lui-même, mais aussi du droit international général tel qu'il s'est développé dans les domaines des fleuves internationaux et de l'environnement» (Ibid, op.ind., Bedjaoui, P. 140).

(2) Texte in RGDIP, 1958, P. 88.

La CIJ, dans l'affaire dispute (El Salvador/Honduras) emploie l'expression «nouvelles négociations» ⁽¹⁾.

Alors que dans l'affaire frontière terrestre et maritime, la cour emploie le terme «reprendre». En fait, elle dit:

«Les négociations sur ces questions, interrompue après 1975, ne reprirent entre les deux Etats que seize ans plus tard» ⁽²⁾.

Ainsi, la renégociation signifie que les parties procèdent *ex novo* à entamer des pourparlers pour régler une question déterminée.

Cette forme de négociation se rencontre, dans la pratique, lorsque pour une raison ou une autre, les parties concernées ou l'une d'entre elles décident d'interrompre leurs pourparlers: Par exemple, les parties négocient, puis l'une recourt à des contre-mesures, celles-ci poussent l'autre partie à ne plus négocier, puis les négociations reprennent. Ou bien, les négociations commencent, puis une partie saisit une cour judiciaire ou arbitrale, l'autre décide de ne plus continuer à négocier et avant la décision judiciaire ou arbitrale, les parties décident de reprendre les négociations.

Ainsi, la suspension des négociations laisse, dans certains cas, comme un ulcère en la peau, qui, avec le temps s'égratigne et s'ensanglante elle-même. En pareils cas, les parties peuvent décider de revenir aux négociations.

(1) CIJ, Rec., 1992, Affaire dispute (El Salvador/ Honduras), P. 382, Par. 34.

(2) CIJ, Rec., 1998, Frontière terrestre et maritime, P. 302, Par. 54.

b - Différence entre la «renégociation» et la «reprise des négociations» :

Cette différence, à nos yeux, est très claire:

Reprendre la négociation doit être réservé au cas où une négociation aurait été interrompue, puis on la reprend. Autant dire que, en l'occurrence, la négociation n'a pas encore abouti.

Alors que renégocier signifie que, pour la même matière, il y a eu une issue, positive ou négative, puis les parties décident de rouvrir des contacts pour, e.g., réactualiser ou moderniser l'accord en vigueur, l'amender ou conclure un nouvel accord portant sur la même matière. Evidemment, dans certaines circonstances, les parties en cause ne sont pas liées par l'ancien adage: «Si tu ne réussis pas la première foi, essaie et essaie encore» (anglais: «if first you do not succeed, try, try again»)

F - Les protonégociations:

Il s'agit, là, de mesures réciproques entreprises dans les relations entre deux ou plusieurs Etats pour, semble-t-il, adapter ou harmoniser lesdites relations ⁽¹⁾.

(1) Ainsi, une opinion parle des protonégociations, ayant un «déroulement continu et intense et représentant la source principale de l'harmonisation du comportement des Etats sur le plan international.

Ces protonégociations consistent dans des actions et réactions exprimées par des actes unilatéraux des Etats. Ces actes ont la valeur d'un avertissement d'un signal, qui est interprété par l'autre Etat et qui peut réagir d'une façon menant à un accord tacite, ayant pour but de mettre fin à ce qui aurait pu constituer le commencement d'un différend. Cet accord se réalise sans rencontre entre les représentants des Etats en cause».

SECTION V

DU POINT DE VUE «*FORUM CONVENIENS*»

Le choix du «forum» des négociations est, bien entendu, tributaire de la volonté des parties concernées. D'une manière générale, les négociations peuvent se faire sous l'une des deux formes suivantes, à savoir:

§ I- Ou bien, dans le cadre du cours normal des relations entre Etats, i.e., on vient de le rappeler, par la voie diplomatique ordinaire. Cette forme de négociations est, normalement, entamée dans le cadre des négociations bilatérales ou entre un groupe limité d'Etats.

Et l'on ajoute:

«L'acception très générale des protonégociations peut être illustrée, par ailleurs, par l'idée qui s'est cristallisée au cours des négociations de désarmement et qui a eu déjà une application dans la pratique. Il est question de l'«exemple mutuel», c'est-à-dire l'adoption d'une manière

unilatérale de certaines mesures de désarmement — telles que la réduction des budgets militaires ou d'un certain nombre d'unités militaires stationnées dans un territoire étranger-ce qui entraînerait une réduction équivalente de la part de l'Etat B.

Il y a un intérêt pratique de serrer de plus près la notion de protonégociations, qui sont évidemment une réalité de la vie internationale, des relations entre Etats, en vue d'instruire ceux qui travaillent dans ce domaine dans l'art d'utiliser et de manipuler les signaux dans le dialogue diplomatique pour réaliser des accords mutuels. Mais ces accords sont moins stables, moins clairs que ceux obtenus par les négociations. En outre, le champ des protonégociations est limité à des questions courantes des relations internationales d'une signification plus réduite» (G. Geamanu: Théorie et pratique des négociations internationales, op.cit., P. 402-403).

Or, une certaine organisation est souhaitable même dans le cadre des négociations limitées ou bilatérales. A cet égard, l'on estime:

«Même les négociations bilatérales, quand l'objet du traité à conclure est complexe, supposent une organisation (lieu de réunions, groupes de travail, problèmes de rédaction et de traduction; avec des participants nombreux, ces problèmes se doublent de questions politiques importantes qui font tout l'intérêt des conférences internationales. Ces questions portent principalement sur la participation à la conférence, l'objet exact de ses travaux, les modes de votation»⁽¹⁾.

§ II- Ou bien, par le biais des négociations collectives ou multilatérale.⁽²⁾

Bien entendu, la négociation collective renforce l'unité des groupes représentés, elle lie leurs sorts respectifs et leurs capacités d'action collective. En l'occurrence, une harmonisation des positions est indispensable, pour aboutir.

Prima facie, cette forme des négociations internationales concerne essentiellement le cas où il y aurait

(1) P. Reuter: Introduction au droit des traités, A. Colin, Paris, 1972, P. 73-74.

(2) Voir aussi:

- F. O. Hampson: Multilateral negotiations-lessons from arms control, trade and the environment, The Johns Hopkins University press, Baltimore and London, 1995, 421 P.

- J. D Clavel: De la négociation diplomatique multilatérale, Bruylant-LGDJ, Bruxelles, Paris, 1999, 119.P.

- «Evaluation des résultats des négociations commerciales multilatérales», TD/B/778/Rev.1, Rapport du secrétaire générale de la CNUCED, 1982, 127 P.

une question qui affecte les intérêts de plusieurs sujets de droit international. En l'espèce, la CIJ souligne:

«Lorsqu'il s'agit d'une question affectant les intérêts mutuels de nombreux Etats, il n'y a aucune raison pour que chacun d'eux se conforme au formalisme et aux faux-semblants d'une négociation directe avec l'Etat auquel ils s'opposent s'ils ont déjà pleinement participé aux négociations collectives avec cet Etat adverse»⁽¹⁾.

La négociation collective ou multilatérale peut, à son tour, prendre l'une des deux formes suivantes à savoir:

a - Soit, à travers la convocation des conférences ad hoc pour régler les questions en litige⁽²⁾. On peut citer, e.g, les

(1) CIJ, Recueil, 1962, p. 346.

(2) Il est à rappeler que le traitement d'une matière au sein d'une conférence internationale peut faire surgir plusieurs difficultés. A cet égard, l'Autriche dit:

«There is, however, another cause for delay which merits consideration because it is of a different nature. When proposals and/or amendments concerning a particular point are numerous and contradictory and the conference wants to avoid the ordeal of a protracted debate and voting process, it quite often appeals to the sponsors or interested parties "to get together" and to present a consolidated proposal. It is not rare in such a situation that valuable time is lost because nobody takes the initiative to organize the necessary negotiations.

Since such negotiations are "private", the rules of procedure do not apply. When presiding officers or the Secretariat intervene by providing assistance, they do so on their own initiative and one has to reckon with the fact that presiding officers are primarily chosen on account of geographical or political consideration and not for the personal leadership they are able to provide. In some conferences it has been found convenient to use the drafting committee as a forum. But all these devices are improvised and fortuitous.

Consideration might, therefore, be given to the idea of providing for this sort of situation in the rules of procedure. One might think of a special negotiating committee, as exists in the General Conference of

négociations entre les quatre Grands à la conférence de Paris après la première guerre mondiale, la conférence de Genève, de 1954 et 1962 sur l'Indochine et le Laos, la conférence de Paris de 1972-1973 pour la question du Viet-Nam, les conférences de Genève et de Madrid (1991) sur le proche orient ... etc.

Dans les conférences internationales on engage normalement des négociations collectives ⁽¹⁾. Pour les questions épineuses on fait appel, en principe, au consensus⁽²⁾, pour éviter un vote formel, où l'on essaie

UNESCO or as was established in the recent United Nations Conference on the Establishment of the United Nations Industrial Development Organization as a Specialized Agency (A/Conf.90/8, rule 44). But it would probably be simpler to empower and instruct the presiding officer to convene in such circumstances without delay a meeting of the interested parties» (Review of the multilateral treaty-making process, op.cit., P. 118, réponse de l'Autriche).

(1) Le juge Jessup dit:

«Of course negotiation at or by conference is not new in the history of diplomacy» (ICJ, Rep., 1962, Sep.op.Jessup, P. 433-434).

(2) Ainsi, l'on remarque:

«La pratique a développé la procédure originale du *consensus*. Elle se rapproche d'une unanimité tacite, dans la mesure où le *consensus* exige qu'aucun participant ou aucun groupe ne manifeste une opposition formelle à l'égard du texte en négociation, ni même ne demande le passage au vote. On doit toutefois distinguer entre le *consensus sine qua non*, indispensable pour l'adoption du texte, et le *consensus* si possible, à défaut duquel le texte peut être adopté à la majorité qualifiée.

En outre, une adoption sans vote ne signifie pas toujours *consensus*. Elle peut en effet intervenir lorsqu'il est évident que la majorité requise existe et que la minorité ne souhaite pas se compter ou s'extérioriser, sans se rallier pour autant à la décision. Une telle formule, adoption sans vote en l'absence de consensus, a été utilisée lors de la Conférence de prorogation du Traité sur la non prolifération des armes nucléaires en 1995» (J. Combacau et S. sur:Droit international public, op.cit., P. 115-116).

d'élaborer des compromis ⁽¹⁾. L'adoption du texte se fait par la lecture du texte par le président, à défaut d'opposition. Or, lesdits compromis sont le fruit des négociations en coulisse entre les principaux groupes présents ou les principaux protagonistes ⁽²⁾.

b - Soit, avec l'intervention d'une organisation internationale:

A ce propos, les liens entre les organisations internationales contemporaines et les négociations internationales peuvent être décrits comme suit:

1 - Le recours à la méthode de la diplomatie parlementaire. En fait, les organisations internationales sont, par excellence et *per definitionem*, un lieu de rencontre, de discussions et de consultations pour ce qui concerne les problèmes internationaux.

Selon le Juge Jessup, la diplomatie parlementaire signifie:

«La négociation des solutions aux problèmes internationaux dans le cadre et par les voies d'une institution organisée agissant selon des règles de procédure établies, comme l'Assemblée générale des Nations Unies. L'Assemblée générale et même l'ensemble du système des Nations Unies, avec ses missions permanentes et ses comités spéciaux, font

-
- (1) On dit que le succès d'une conférence dépend «des compromis qui auront été négociés entre de larges groupes d'Etats» P. Reuter et J. Combacau: *Institutions et relations internationales*, op.cit., P. 198.
 - (2) De même les modalités de la négociation, dans une conférence multilatérale peuvent être faites en commission et en groupe de travail (Voir Ph. Bretton et M. Folliot: *Négociations internationales*, op.cit., P. 38-44).

aujourd'hui partie des moyens normaux de la diplomatie, c'est-à-dire de la négociation»⁽¹⁾.

Ainsi, les négociations internationales peuvent être institutionnalisées, surtout dans le cadre des conférences ⁽²⁾ ou des organisations internationales. Celles-ci constituent, en quelque sorte, un «*forum conveniens*» des pourparlers entre les sujets du droit international, surtout les Etats membres, pour régler les problèmes urgents de la communauté internationale ⁽³⁾. C'est ainsi, e.g., que la charte des NU confère :

(1) CIJ, Rec., 1962, op.ind. Jessup, P. 434.

L'on dit que l'expression «diplomatie parlementaire» a été élaborée par Dean Rusk, ancien secrétaire d'Etat des Etats-Unis qui a défini la diplomatie parlementaire comme un type de *négociation multilatérale* qui implique au moins quatre facteurs :

- une organisation permanente ayant des intérêts plus larges que des problèmes spécifiques ou une conférence internationale ayant un ordre du jour spécifique ;
- un débat public régulier qui est lié avec l'opinion publique par les *mass media* ;
- des règles de procédure qui gouvernent les débats ;
- des conclusions se matérialisant d'habitude dans des résolutions.

(G. Geamanu : Théorie et pratique des négociations internationales, op.cit, P. 390).

(2) Une conférence internationale peut être limitée aux organisations internationales. A ce propos, la CDI dit :

«La Commission a dû résoudre la question de savoir si l'on pouvait concevoir une conférence qui ne réunirait que des organisations internationales. L'hypothèse, pour être exceptionnelle, ne saurait être exclue, et l'on pourrait imaginer, par exemple, que, par la voie d'une conférence internationale, des organisations internationales cherchent à résoudre certains problèmes, ou au moins à harmoniser certaines solutions concernant la fonction publique internationale.» (Ann. CDI, 1982, II, 2^{ème} partie, P. 28).

(3) En fait, les organisations internationales:

«Provide a venue or a framework for the harmonization and cooperation between member states, in order to arrive at certain

- à l'Assemblée générale la compétence d'étudier les principes du désarmement (article 11).

- au conseil de sécurité d'élaborer des plans en vue d'établir un système de réglementation des armements.

Or, cela se fait normalement à travers des discussions et des négociations dans ces deux organes, en vue d'aboutir à des solutions appropriées.

Dans ce contexte, e.g., à propos de l'article 7 du Mandat ⁽¹⁾ qui conférait à tout membre de la Société des Nations le droit de saisir la Cour d'un différend relatif à l'interprétation des dispositions du Mandat, si le différend ne pouvait être réglé par des négociations, la CIJ a conclu que la confrontation prolongée des thèses divergentes au sein de l'Assemblée Générale de l'ONU devait être considérée comme des négociations et, partant, que le différend n'était pas susceptible d'être réglé par celles-ci ⁽²⁾.

common goals, through contacts, consultation and intercommunication. As such they are the meeting place or the center of diplomatic contacts where states discuss problems of general interest. They are also a place to explore and exchange views» (Cf, Ahmed Abou-el-wafa: A manual on the law of international organizations, Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo, 2005-1425, P. 30-31).

(1) L'article 7 était ainsi conçu:

«Le Mandataire accepte que tout différend, quel qu'il soit, qui viendrait à s'élever entre lui et un autre Membre de la Société des Nations relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat, et qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations, soit soumis à la cour permanente de justice internationale».

(2) CIJ, Rec., 1962, P. 345. La cour a même dit:

Et la Cour d'ajouter :

«Depuis quarante ou cinquante ans la diplomatie pratiquée au sein des conférences ou diplomatie parlementaire s'est fait reconnaître comme l'un des moyens établis de conduire des négociations internationales. Lorsque des questions en litige intéressent à la fois un groupe d'Etats, de part ou d'autre, au sein d'un corps organisé, la diplomatie parlementaire ou diplomatie par conférence s'est souvent avérée la voie de négociation la plus pratique» ⁽¹⁾.

De même lors de l'affaire relative à des «actions armées frontalières et transfrontalières», la CIJ a constaté que la recherche «d'un processus de négociation multilatérale préconisé par le groupe de contadora a échoué» ⁽²⁾.

«Qu'il n'est plus raisonnablement permis d'espérer que de nouvelles négociations puissent aboutir à un règlement» (Ibid, P. 345).

- (1) CIJ, Rec., 1962, P.346. A noter que cette manière de voir a été critiquée par le juge Sir G. Fitzmaurice dans son opinion dissidente qui estime que les négociations au sein de l'organisation internationale

«sont, nécessairement, d'un caractère trop général et trop vague pour constituer des négociations entre les parties mêmes qui se présentent ensuite devant la Cour au sujet d'un différend déterminé les séparant en tant qu'Etats» (Ibid, P. 562).

Alors qu'une autre opinion remarque que la cour a ainsi utilisé une «méthode d'interprétation dynamique de la clause compromissoire» (Rosenne : La cour internationale de justice en 1962, RGDIP, 1963, P.813).

- (2) CIJ, Rec., 1988, P. 89, para. 76. De plus, le juge N. Singh remarque : «La deuxième objection des Etats-Unis est que, d'après l'article XXIV, paragraphe 2, il est indispensable que le différend n'ait pas pu être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique. En d'autres termes, le recours à la diplomatie pour régler le différend serait une condition essentielle à remplir avant de porter l'affaire devant la Cour. De même, les parties devraient ne pas avoir pu se mettre d'accord sur un règlement par d'autres moyens pacifiques. Ces deux conditions semblent cependant remplies, car

2 - Une organisation internationale ou l'un de ses organes peut convoquer une conférence pour évaluer les répercussions des négociations internationales relativement à une matière donnée. Ainsi, e.g., en octobre 1994, la commission économique pour l'Afrique a organisé, en Tunisie, en collaboration avec le GATT, la CNUCED et l'OUA, une conférence internationale pour évaluer l'incidence des négociations d'Uruguay sur les économies africaines. L'objectif de ladite conférence était de déterminer les besoins des pays africains sur le plan technique afin de leur permettre de s'adapter aux conditions nouvelles créées par les négociations commerciales multilatérales ⁽¹⁾.

3 - Plusieurs problèmes ont fait l'objet des négociations dans le cadre des organes des organisations internationales. Il suffit de rappeler les exemples suivants:

* Des négociations de paix peuvent être engagées sous les auspices d'une organisation internationale ⁽²⁾. Ainsi, l'on

tout paraît avoir été fait pour régler le différend par la voie diplomatique, dans la mesure où le Nicaragua a porté celui-ci devant le Conseil de sécurité. De plus, le différend a été soumis au groupe de Contadora, qui est essentiellement un effort diplomatique pour résoudre les problèmes de cette partie du monde. En bref, il n'est pas exact d'affirmer que le différend n'a pas été soumis aux instances diplomatiques en vue d'un règlement. Le Conseil de sécurité des Nations Unies est un organe qui s'occupe essentiellement de la solution diplomatique des différends» (CIJ, Rec., 1984, activités militaires et paramilitaires, op.ind. N. Singh, P. 445).

(1) B. B. Ghali: Relever les nouveaux défis, rapport annuel sur l'activité de l'organisation 1995, NU, New York, 1995, P.166.

(2) Voir, e.g., les négociations de paix concernant Guatemala, Libéria, Tadjikistan et Angola, in B. B. Ghali: relever les nouveaux défis,

parle de l'attachement «aux vertus de la négociation bilatérale facilitée par une médiation multiforme offerte par l'organisation (i.e. l'OUA) ou en son nom» ⁽¹⁾.

* Dans le cadre de l'ONU, la négociation des traités multilatéraux concernant les droits de l'homme est faite dans: la commission des droits de l'homme et ses organes subsidiaires, le conseil économique et social, l'Assemblée générale, les conférences internationales, les groupes de travail des experts, les comités ad hoc des représentants gouvernementaux et par la coopération entre la troisième commission et la sixième commission ⁽²⁾.

* Pour ce qui concerne les négociations Nord-Sud, des assises ou enceintes internationales existent ou existaient, à savoir l'Assemblée générale des NU, la CNUCED, la conférence sur la coopération économique internationale et le GATT ⁽³⁾.

* Certaines organisations internationales, surtout celles dites supranationales ou d'intégration, peuvent affecter la marge de manœuvre de leurs Etats membres relativement aux

Rapport annuel sur l'activité de l'organisation, op.cit. 1995, No 692-699, 725-739, 804-814, 835-846.

- (1) M. Bedjaoui: Le règlement pacifique des différends africains, AFDI, 1972, P. 93.
- (2) Review of the Multilateral treaty-making process, op.cit., P. 208.
Pour le treaty-making processus des traités multilatéraux concernant le désarmement, il y a un «interplay between the deliberative and negotiating bodies» (Ibid, P. 227).
- (3) A. M. Mureau: L'Europe communautaire dans la négociation Nord-Sud, PUF, Paris, 1984, P. 108-162. Actuellement, l'OMC est une «enceinte unique des négociations commerciales multilatérales» (D. Carreau et P. Juillard: Droit international économique, Dalloz, Paris, 2005, p. 62).

négociations. Ainsi, l'article 113 du traité de la communauté européenne dit :

«La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux, l'uniformisation des mesures de libération, la politique d'exportation ainsi que des mesures de libération, la politique d'exportation ainsi que des mesures de défense commerciale dont celle à prendre en cas de dumping et de subvention».

L'article 116 de même ajoute:

«Pour toutes les questions qui revêtent un intérêt particulier pour le marché commun, les Etats membres ne mèneront plus, à partir de la fin de la période de transition qu'une action commune dans le cadre des organisations internationales de caractère économique».

4 - Les actes constitutifs d'un certain nombre d'organisations internationales renferment des dispositions concernant, inter alia, la négociation comme moyen de règlement pacifique des différends internationaux. A ce propos, la charte de l'OEA est l'un des rares actes constitutifs qui parlent des moyens de règlement pacifique «*in extenso*».

Ainsi, l'un des principes prévus par l'article 3 est que : «Les différends de caractère international qui surgissent entre deux ou plusieurs Etats Américains doivent être réglés par des moyens pacifiques».

De plus, l'article 23 dit:

«Tous les différends internationaux qui surgiront entre les Etats Américains seront soumis aux procédures pacifiques indiquées dans cette charte avant d'être portés à la connaissance du conseil sécurité de l'organisation des Nations Unies».

D'ailleurs, l'article 24 est ainsi conçu:

«Ces procédures pacifiques sont les suivantes: la négociation directe, les bons offices, la médiation, l'enquête, la conciliation, la procédure judiciaire, l'arbitrage et celles sur lesquelles les parties tomberont d'accord spécialement à n'importe quel moment».

Enfin, l'article 25 souligne:

«Lorsque entre deux ou plusieurs Etats Américains survient un différend qui, de l'avis de l'un d'eux, ne peut être résolu par les voies diplomatiques ordinaires, les parties devront convenir de n'importe quelle autre procédure pacifique leur permettant d'arriver à une solution».

De même, on l'a auparavant rappelé, l'article 33 de la charte des NU incite les Etats à régler leurs différends par des voies pacifiques, y compris le recours aux négociations⁽¹⁾.

De tout ce qui précède, l'on peut affirmer que la collectivisation des négociations internationales est à présent chose acquise ⁽²⁾. Au sein ou sous les auspices des

(1) Vide supra.

(2) Or, cela n'est pas sans soulever de problèmes épineux. Ainsi, l'on dit: «Different views were expressed on whether the preliminary formulation of the text of a treaty as a whole or part of a text (e.g.,

organisations internationales, telles que l'ONU, la CE, la LEA, l'UNESCO, la FAO, on procède toujours à des négociations, parfois acharnées, sur telle ou telle matière.

the final clauses) should be entrusted to a representative body or to an expert group. Those representatives who emphasized the role of States and were concerned with the political sensitivity of treaties, preferred a body of government representatives; others felt that an expert group or the Secretariat might be more suited at the initial stage for preparing drafts, which should then be referred to a representative body. Still others felt that the choice depended on the subject-matter of a treaty and the circumstances involved; experts were best for preparing treaties dealing with legal and technical matters, whereas governmental representatives were necessary for formulating treaties having economic or political consequences.

Many representatives found it difficult to support the idea of taking a more structured approach to treaty-making in the United Nations either by having fixed, uniform rules of procedure or by specifying periods of time within which negotiation must be completed. Such structured approaches as the ones of the International Labour Organisation or the Hague Conference on Private International Law were regarded as mainly suitable for the negotiation of treaties dealing with technical issues. The nature of the work of the United Nations and the variety of subjects which may be involved rendered a structured approach impracticable. The need for flexibility both in procedure and approach was therefore stressed» (Review of the multilateral treaty-making process, op.cit, P. 76).

DEUXIÈME PARTIE L'ISSUE DES NÉGOCIATIONS INTERNATIONALES

Toute négociation internationale débouche sur une issue quelconque ⁽¹⁾: Celle-ci concerne deux points essentiels, i.e., le résultat des négociations (Chapitre I) et les traités internationaux comme conséquence de toute négociation qui est une réussite (Chapitre II).

(1) En fait la négociation a pour but de «concilier, de rechercher des transactions, de préparer des traités, de conclure des arrangements politiques» J. Salmon : Manuel de droit diplomatique, Bruylant, Bruxelles, 1994, P. 115.

A rappeler que, à propos des négociations commerciales internationales l'approche applicable est celle de l'équilibre des concessions. Ainsi, l'on dit: "l'économie générale du GATT en matière de négociations commerciales multilatérales dans sa version 1947 comme de celle de 1994 va incontestablement dans le sens d'un *équilibre des concessions* que les parties contractantes vont s'accorder mutuellement. Il en va de même en cas de *retraits de concessions* par une partie contractante qui pourra, au nom d'une *réciprocité égalitaire négative*, entraîner d'autres retraits «de concessions substantiellement équivalents» (art. XXVIII (3) b)). L'Accord général sur le commerce des services – GATS – de 1994 suit la même approche et donne comme objectifs aux négociations «d'assurer un équilibre global des droits et des obligations» (art. XIX (1)). (D. Carreau et P. Juillard: Droit international économique, op. cit., p. 92).

CHAPITRE

LE RÉSULTAT DES NÉGOCIATIONS INTERNATIONALES

Parler du résultat des négociations, c'est parler de son dénouement.

Normalement, les négociations se soldent, soit par un échec, soit par une réussite (totale ou partielle). Or, avant d'examiner ces deux possibilités, il convient d'examiner tout d'abord les facteurs régissant le résultat des négociations internationales.

SECTION I

LES FACTEURS RÉGISSANT LE RÉSULTAT DES NÉGOCIATIONS INTERNATIONALES

Il est des éléments qui gouvernent le résultat des négociations internationales, les plus importants d'entre eux sont les suivants:

§ I- L'engagement des négociations n'implique pas nécessairement la conclusion d'un accord :

A vrai dire, la négociation est un «procédé juridiquement non liant». A ce propos, la CPJI affirme:

«En réalité, il est permis de considérer que l'engagement des deux Gouvernements, conformément à la résolution du conseil, n'est pas seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords. Cette manière de

voir semble du reste avoir été aussi celle du Conseil lors de ses réunions subséquentes. Mais l'engagement de négocier n'implique pas celui de s'entendre» ⁽¹⁾.

De même, dans la sentence du 26 Janvier 1972 rendue par le tribunal d'arbitrage de l'Accord sur les dettes extérieures allemandes, le tribunal dit, à propos du *pactum de negociando* conclu entre les parties, que:

«Les deux parties devront s'efforcer, en vertu des préceptes de la bonne foi, de parvenir à un compromis les satisfaisant mutuellement, même sous l'abandon de positions inflexiblement défendues à ce jour... Le consentement à négocier n'implique pas nécessairement ... l'obligation de parvenir à un accord, mais il implique des efforts sérieux dans le but d' y parvenir» ⁽²⁾.

Evidemment, la règle selon laquelle l'engagement des négociations n'implique pas nécessairement la conclusion d'un accord s'explique par le principe de la liberté contractuelle et la règle de l'autonomie de la volonté qui, tous, prévoient que les parties concernées sont libre de s'entendre ou de ne pas s'entendre.

La négociation constitue donc, du moins en surface, une présomption *juris tantum* pour ce qui concerne la conclusion d'un accord concernant la question en cause. Autant dire, qu'elle n'est pas toujours une présomption *juris et de jure*,

(1) *Trafic ferroviaire Lituanie-Pologne*. C. P. J. I., Série A/B, no 42, P. 116.

(2) Cf. G. Guyomar: *Tribunal d'arbitrage de l'accord sur les dettes extérieures Allemandes*, AFDI, 1973, P. 535.

car tout dépend, en dernier ressort, de la volonté des parties intéressées.

Il y a, en fait, une certaine similitude entre la négociation et l'amour: *ab initio*, tout est parfait, et c'est seulement avec le temps, à l'usage et *in fine* que l'on saura si le jour suivant sera plein de larmes ou de sourires.

A ce propos, la CPJI dit:

«L'appréciation de l'importance et des chances de réussite d'une négociation diplomatique est essentiellement relative» ⁽¹⁾.

De plus, la CIJ affirme:

«Il n'appartient pas à la cour de déterminer quel sera le résultat final des négociations à mener par les parties. Ce sont les parties elles-mêmes qui doivent trouver d'un commun accord une solution qui tienne compte des objectifs du traité-qui doivent être atteints de façon conjointe et intégrée-de même que des normes du droit international» ⁽²⁾.

Partant, au cours des négociations chaque partie garde son pouvoir discrétionnaire et sa liberté: présenter des propositions et des contre-propositions, accepter, refuser, rompre, suspendre, en rappeler à l'opinion publique, aux organes politiques concernés ou aux organisations internationales intéressées... etc.

(1) CPJI, concessions Mavromatis en Palestine, ser. A, No 2, P. 13. De même, l'on fait valoir que:

«Le résultat de la négociation n'est pas toujours prévisible» (J. D. Renaud: La négociation et la règle, in «La négociation», Pouvoirs, No 15, 1980, P. 54).

(2) CIJ, Rec., 1997, P. 78, para. 141.

§ II- Les parties intéressées ne sont pas liées par les «propositions normatives» facultatives, incluses dans une résolution émanant d'une organisation internationale:

Au cas où les propositions avancées auraient été incluses dans une résolution adoptée par une organisation internationale, les parties en cause ne perdent pas leur libre arbitre.

C'est ainsi, dans sa résolution concernant «L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative», l'IDI dit ceci:

«Une résolution peut poser les bases de négociations destinées à aboutir à un traité multilatéral d'intérêt général en indiquant les matières à régler dans celui-ci et en formulant les politiques qu'il devrait suivre. Elle peut aussi formuler des recommandations sur le contenu du traité envisagé.

Une résolution telle que visée à l'alinéa précédent ne lie pas les Etats dans l'élaboration du traité» (1).

§ III- Le résultat de la négociation doit respecter le *jus cogens* :

Etant une voie de règlement pacifique des différends internationaux, la négociation peut aboutir à un résultat qui tient dûment compte des positions équilibrées des parties en cause ou, *per contra*, qui essaie sinon d'imposer, du moins

(1) Ann. IDI, Session du Caire, 1987.

d'exercer des pressions pour arriver à une issue largement favorable pour une partie au différend. Or, la négociation doit être à sens unique au cas où le problème à traiter serait le résultat d'une violation d'une règle impérative du droit international (i.e. une règle de *jus cogens*) comme, e.g., le cas d'agression, d'annexion illégale d'un territoire, ... etc. Dans pareil cas, nous croyons que la négociation doit aboutir à la *restitutio in integrum* ou la restitution du *statu quo ante*.

§ IV- La négociation n'est pas une fin en soi :

La négociation n'est pas une fin en soi, elle est un moyen pour arriver à une fin, i.e., l'accord ou le règlement de la question en cause. Partant, la négociation pour la négociation n'est pas une négociation *stricto sensu*, car, ici, on est en présence d'une recherche de la négociation elle-même. A ce propos, l'on peut citer ce qu'a dit E.Zola:

«Savoir où l'on veut aller, c'est très bien; mais il faut encore montrer qu'on y va» (1).

Il existe une adéquation de la méthode (la négociation) à l'objet (n'importe quel différend ou question) afin d'arriver à un but (résoudre le différend ou la question en cause: la négociation étant porteuse d'un accord virtuel). Or, en tout

(1) P. Ripert : Dictionnaire des citations de langue française, op.cit, P. 114. D'ailleurs, l'on estime:

«Pour qu'une véritable procédure de négociation s'instaure entre représentants de parties en conflit, il convient que deux conditions soient présentes: la reconnaissance réciproque des parties adverses comme interlocuteurs autonomes et la motivation au sein de chaque partie à parvenir à un accord. Si ces deux conditions ne sont pas réunies, il n'y a qu'une pseudo-négociation» (H. Touzard: Psychosociologie de la négociation-état des recherches, in «La négociation», Pouvoirs, No15, 1980, P. 110-111).

Etat de cause, la *ratio decidendi* des négociations appartient aux parties ⁽¹⁾.

§ V- La règle selon laquelle «la solidarité va au delà du marchandage» :

Dans certains cas de négociations la règle suivant laquelle la «solidarité va au-delà du marchandage» ⁽²⁾ doit être présent à l'esprit.

§ VI- Effet de l'élaboration d'un texte :

La négociation présuppose la préparation d'un texte qui peut servir de référence de preuve et de point de départ pour le processus de négociations.

En fait, le négociateur prudent «s'efforce toujours d'élaborer lui-même et de présenter les projets qu'il souhaite

(1) L'on affirme que: «La pratique de la négociation nous enseigne encore que celle-ci peut réussir ou échouer pour un nombre considérable de raisons, qui ne relèvent pas uniquement de la divergence d'intérêts entre les parties, mais également de la faiblesse des acteurs ou des groupes en présence; de celle du cadre institutionnel qui sous-entend la négociation, de la procédure et des difficultés de communication qui caractérisent beaucoup de négociations» (I. Diallo: Introduction à l'étude et à la pratique de la négociation, op.cit., P. 113).

(2) Ainsi, l'on dit: «Les négociations devraient toujours quand cela est possible, s'efforcer d'aboutir à des résultats avantageux pour tout le monde, plutôt que d'arracher pied à pied d'incertaines «concessions» ... dans les négociations Nord-Sud, on ne peut pas toujours attendre d'avantages réciproques immédiats ou à court terme et l'équité demandera parfois la non-réciprocité» (Nord-Sud: Un programme de survie, rapport de la commission indépendante sur les problèmes de développement international, sous la présidence de Willy Brandt, Gallimard, Paris, 1980, P. 463).

voir adopter: à défaut du texte exact, la logique de sa démonstration influencera son interlocuteur» (1).

§ VII- L'engagement des négociations n'affecte évidemment pas le statu quo ou les positions respectives des parties. Ainsi, lors de l'affaire de la mer Egée, la Grèce a dit ceci : «Il existe à l'évidence un différend persistant entre les parties sur cette question. Ce différend n'est pas affecté par des négociations quelconques qui peuvent être menées entre les parties ou qui seraient exigées par le droit international ou par le résolution du conseil de sécurité» (2)

§ VIII- L'importance de l'enjeu :

Enfin, le résultat des négociations internationales dépend, évidemment, de l'importance de l'enjeu et de la nature des relations entre les parties intéressées.

(1) A. Plantey: La négociation internationale au XXIe siècle, op.cit, P. 197.

(2) Cf, CIJ, affaire du plateau continental de la mer Egée, Mémoires, P. 196.

SECTION II

L'ÉCHEC DES NÉGOCIATIONS

L'échec des négociations ⁽¹⁾ signifie qu'on tombe dans le je-ne-sais quoi, le je-ne-sais où et le je-ne-sais quand. En l'espèce, comme on dit en chirurgie, le règlement du différend n'est pas opérable. Dans ce cas là, les parties peuvent suspendre le processus de négociations et rendre public un communiqué reflétant l'issue ainsi parvenue, en précisant que les négociations n'ont abouti à aucun résultat concluant. Autant dire, qu'en l'espèce, la négociation est considérée comme un passé sans avenir.

L'échec des négociations entre les parties soulève, juridiquement parlant, deux points essentiels, à savoir : la manifestation de l'échec et les règles applicables en cas d'échec des négociations.

(1) A noter que dans le jugement de la CIJ concernant l'affaire délimitation maritime et questions territoriales, on utilise l'expression anglaise «the breakdown of the negotiations» ou l'expression «the failure of negotiations» comme synonyme de l'expression française l'échec des négociations» (CIJ, Rec., 1995, PP. 10, 14, 25, Pars. 13, 22, 47).

Dans l'affaire Timor oriental, la cour a employé l'expression : les négociations «n'ont pas abouti» («Negotiations did not come to fruition»), voir CIJ, Rec., 1995, P. 98, par. 18.

D'ailleurs, dans l'affaire «Projet Gabcikovo-Nagymaros», la cour dit : «des premiers ministres des deux pays se rencontrèrent ... sans que leurs entretiens n'aboutissent à des résultats tangibles» (CIJ, Rec., 1997, P. 32, Par.33) ou que la rencontre était «sans succès» (to no avail), Ibid, P. 33, Par. 36.

Elle dit aussi que les négociations «s'avèrent infructueuses» (proved fruitless), loc.cit, par. 37 ; Ou encore : «Ces réunions ne permirent d'aboutir à aucun accord» (CIJ, Rec., 1998, Frontière terrestre et maritime, P. 302, Par. 54).

§ I- Manifestation De L'Échec : L'Arrivée à Une Impasse OU à Un Point Mort :

Nous allons rappeler, ici, deux points, à savoir : la règle générale et les cas qui témoignent d'un échec des négociations.

A) La règle générale :

Des négociations peuvent se dérouler entre les parties à un différend sans toutefois déboucher sur un accord ou une solution acceptable, i.e., elles se révèlent infructueuses. En fait, lorsque tous les efforts déployés pour trouver une solution acceptable ont abouti à un échec, à un point mort ou à «une impasse», les négociations seront impossibles. Autrement dit, cela est évident lorsqu'aucune négociation n'est possible et que toute nouvelle négociation serait inefficace pour trancher le différend ou la question en cause⁽¹⁾.

C'est ainsi que, dans l'affaire *Interhandel*, la CIJ dit que:

«Des échanges de vue ont bien donné lieu à des négociations, mais que celles-ci sont rapidement arrivées à une impasse»⁽²⁾.

(1) Ainsi, l'on dit: «Les pourparlers seront tenus pour suffisamment poussés du moment où leur échec est révélateur d'une impasse» (Ch. De Visscher : *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de justice*, op.cit., P. 83).

(2) CIJ, Rec., 1959, P. 13. D'ailleurs, le juge Oda dit: «Lorsqu'une question doit être résolue par voie d'accord et que l'accord ne peut s'effectuer en raison d'une divergence de vues sur tel ou tel élément pertinent régissant la négociation, l'absence d'accord-en présumant qu'il y ait eu bonne foi – ne sera pas dû à

Or, comme l'a dit le juge Jessup:

«Il n'existe certainement pas de test chimique absolu (no absolute litmus test) qui permettrait à un tribunal de dire, dans toutes les situations, à quel moment exact la négociation devient impossible» (1).

B) Les circonstances qui témoignent d'un échec des négociations:

* Il y a des circonstances dans lesquelles les négociations deviennent impossible et juridiquement inutiles; elles constituent les principaux obstacles à la progression vers un accord. Ces circonstances sont, inter alia, les suivantes (2):

L'existence de buts imposés, la présence d'un niveau d'aspiration trop élevé, la prise de décisions prématurées, la mauvaise foi, ... etc. Evidemment, pareils obstacles entravent la marche de la négociation vers ses buts.

* L'existence d'un désaccord total entre les parties concernées ; on en trouve un bon exemple dans les affaires relatives au *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud;*

une divergence dans l'interprétation du droit international mais à une divergence dans les conceptions d'équité qui sont défendues par chaque partie» (CIJ, Rec., 1993, Délimitation maritime, op.ind. Oda, P. 111).

Moreover, L'on estime que:

«Negotiations, of course, do not always succeed, since they do depend on a certain degree of mutual goodwill, flexibility and sensitivity» M. Shaw: International Law, op.cit., P. 721.

(1) CIJ, Rec., 1962, P. 435.

(2) Des facteurs externes peuvent même donner lieu à une impasse (voir, e.g., F. Benaroya et J. P. Cling: Crise du développement et impasse des négociations commerciales multilatérales, Revue française d'économie, vol. XVI, 2001, P. 73 ss).

Libéria c. Afrique du Sud), où la Cour a fait observer ce qui suit:

«Il est sans pertinence et inutile de rechercher quelles thèses différentes et opposées ont conduit les négociations des Nations Unies dans une impasse, étant donné qu'au stade actuel il ne s'agit que de trancher la question de compétence. Le fait que dans le passé les négociations collectives aient abouti à une impasse et le fait que les écritures et les plaidoiries des Parties dans la présente procédure aient clairement confirmé que cette impasse demeure obligent à conclure qu'il n'est pas raisonnablement permis d'espérer que de nouvelles négociations puissent aboutir à un règlement» (1).

La Cour, dans les mêmes affaires, s'est refusée à adopter une attitude purement formaliste sur cette question lorsqu'elle a fait observer:

«Ce qui importe... ce n'est pas tant la forme des négociations que l'attitude et les thèses des Parties sur les aspects fondamentaux de la question en litige. Tant que l'on demeure inébranlable de part et d'autre...» (2).

De surcroît, les «Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger» adoptés par la BIRD en 1992, parlent de l'échec des négociations: «En cas de désaccord persistant» (3).

(1) CIJ, Rec., 1962, P.345.

(2) Ibid, P. 346.

(3) Cf, texte in P. M. Dupuy: Les grand textes de droit international public, op.cit., P. 527.

De plus dans l'affaire *du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, on s'en souviendra, la Cour avait retenu un article du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires conclu en 1955 entre les Etats-Unis et l'Iran comme base de compétence. Mais l'arrêt contient les précisions suivantes:

«Il a déjà été souligné que, lorsque les Etats-Unis ont déposé leur requête du 29 novembre 1979, leurs tentatives de négociations avec l'Iran au sujet de l'invasion de leur ambassade et de la détention de leurs ressortissants en otages avaient abouti à une impasse, le Gouvernement de l'Iran ayant refusé toute discussion. Il existait donc à cette date non seulement un différend mais, sans aucun doute, «un différend ... qui ne [pouvait] pas être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique» au sens de l'article XXI, paragraphe 2, du traité de 1955; et cet différend portait notamment sur les matières faisant l'objet des demandes présentées par les Etats-Unis en vertu de ce traité» (1).

* L'écoulement du temps (2).

* Le manque de bonne volonté ou d'objectivité: En fait, l'on estime que l'importance de l'action de négociier «dépend de la somme de bonne volonté et, en même temps, d'objectivité de la part de l'une ou l'autre des parties. La carence de l'un de ces éléments ou encore de l'esprit de

(1) *C.I.J. Recueil 1980*, p. 27, par. 51.

(2) *Vide Supra*

modération amène, automatiquement, au point mort; et c'est la raison pour laquelle, souvent, la négociation échoue» (1).

§ II - Règles Applicables En Cas D'Échec Des Négociations:

Même en cas d'échec des négociations relatives à un différend ou une question donnée, il existe des règles applicables. Lesdites règles sont les suivantes:

A - Persistance du principe de règlement pacifique des différends internationaux:

Prima facie, chaque partie reste-même en cas d'échec des négociations-liée par les règles et principes du droit international, à la tête desquels le principe du règlement pacifique du différend ou de la question qui faisait l'objet des négociations (2). Partant, si tout est bloqué, les parties doivent aller trop vite pour trouver une solution par un autre procédé pacifique. Il ne faut pas laisser le vide s'installer. Le

(1) Ahi (M.): Les négociations diplomatiques préalables à la soumission d'un différend à une instance internationale, op.cit., P. 53. D'ailleurs, l'on fait valoir ce qui suit:

«Si les négociations n'aboutissent pas, c'est que chacune des parties veut autre chose que l'autre» (Conf. des NU sur le droit des traités, Doc. Off., 1 ère sess., 1968, le repr. de la Belgique, P. 110).

(2) Ainsi, il est bien établi que:

«In the event of failure to reach a solution by any peaceful means, the dispute will, inevitably, remain unresolved. In such a case, parties to a dispute shall refrain from any action that may aggravate the pending situation or may endanger international peace and security. In other words, if there is a great number of disputes which have remained unsettled in recent years, this state of things cannot be considered as a weapon in the hands of stronger states to impose their will upon the weaker. This would, prima facie, be prejudicial to international mutual understanding» (Ahmed abou-el-wafa: Public international law, op. cit., p. 544).

conflit ou le problème doit être toujours en main, i.e., il doit être maîtrisable.

Autrement dit, les parties doivent continuer de rechercher une solution pacifique, car, à défaut de solution, le différend incontestablement persistera et risquera même de s'envenimer et de s'amplifier.

A ce propos, la CDI affirme que lorsque les négociations entre les Etats concernés tournent court, il y a même en pareil cas, certaines «obligations à la charge des Etats concernés, et le refus d'une partie d'engager des consultations et des négociations ne confère pas une totale liberté d'action à l'autre partie» ⁽¹⁾.

En fait, si les parties n'ont pu résoudre la question par voie de négociation, elles doivent en chercher la solution pacifique ailleurs, en recourant, e.g., à la CIJ ⁽²⁾, à la conciliation⁽³⁾ ou en demandant l'intervention des tiers ⁽⁴⁾.

(1) Ann. CDI, 1999, vol. 2, 2^{ème} partie, P. 40.

(2) Ainsi, e.g., le traité sur l'Antarctique (1959) prévoit que tout différend qui n'aura pu être réglé par voie de négociation, d'enquête ... etc., devra «être porté, avec l'assentiment dans chaque cas de toutes les parties en cause, devant la cour internationale de justice»

(3) On peut citer, e.g., l'article 13/5 de la convention-cadre des NU sur les changements climatiques (du 9 mai 1992) qui dit:
«Si, à l'expiration d'un délai de 12 mois à compter de la date à laquelle une partie a notifié à une autre partie l'existence d'un différend entre elles, les parties concernées ne sont pas parvenues à régler leur différend ..., le différend, à la demande de l'une quelconque des parties au différend, est soumis à la conciliation»

(4) En l'occurrence, l'article 33 par. 2 de la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eaux internationaux à des fins autres que la navigation (1997) prévoit:

«Si les parties intéressées ne peuvent parvenir à un accord par voie de la négociation demandée par l'une d'entre elles, elles peuvent

B - Force obligatoire des propositions avancées, par les parties, lors des négociations ayant échoués:

A cet égard, il y a une règle et une exception.

a - La règle générale:

Il faut noter que tout ce qui est avancé sur la table de négociations par l'une des parties à celles-ci ne la lie pas pour l'avenir si les négociations avaient finalement échoué.

A dire vrai, il est bien établi que:

«In case negotiations failed, no proposal formulated during the process of negotiation may be considered as affecting or prejudicing, in any manner, the rights, contentions, situations, attitudes or obligations of either party»⁽¹⁾.

solliciter conjointement les bons offices d'une tierce partie – ou lui demander d'intervenir à des fins de médiation ou de conciliation».

Et le par. 3 dudit article ajoute que lorsque les parties n'ont pu résoudre leur différend par la négociation ou par tout autre moyen, le différend:

«Est soumis, à la demande de l'une quelconque d'entre elles, à une procédure d'enquête impartiale».

D'ailleurs, l'article 27 de la convention sur la diversité biologique (1992) prévoit que si les parties concernées ne peuvent pas parvenir à un accord (concernant un différend touchant l'interprétation ou l'application de la convention) par voie de négociations, elles peuvent conjointement:

«Faire appel aux bons offices ou à la médiation d'une tierce partie».

(1) Ahmed Abou-el-wafa: Public international law, op.cit., P. 553.

Il est à rappeler que les travaux préparatoires pourraient présenter, pour l'organisation internationale, des aspects particuliers. En fait, l'engagement de celle-ci «met généralement en cause l'intervention de plusieurs organes, et des travaux et des discussions publiques qui sont de nature à apporter, au titre des «travaux préparatoires», des éléments dont l'importance ne peut être sous-estimée» (Commentaire de la CDI, Ann. CDI, 1982, vol. II, 2 e partie, P. 42).

Partant, aucune proposition ou admission proposée, formulée au acceptée ou cours des négociations par l'une des parties, ne peut être considérée, en cas, d'échec des négociations, comme préjugeant ou affectant d'une manière quelconque les droits ou les positions de l'une ou l'autre des parties.

Ainsi, parlant des arguments présentés par les parties, la CPJI dit ceci:

«La cour, étant d'avis que ces arguments, qui sont tirés de dispositions indépendantes et de négociations diplomatiques, ne sauraient modifier la conclusion à laquelle elle est arrivée sur la base de l'interprétation directe du texte applicable en l'espèce, ne croit pas nécessaire de les prendre en considération» (1).

D'ailleurs, la Cour permanente souligne:

«La Cour, avant d'aborder l'exposé des motifs pour lesquels elle doit rejeter l'exception préliminaire soulevée par la Pologne contre sa compétence pour connaître de ces conclusions, constate qu'aux fins de cet exposé, comme aux fins de son futur jugement sur le fond, elle ne saurait faire Etat des déclarations, admissions ou propositions qu'ont pu faire les Parties au cours des négociations directes qui ont eu lieu entre elles, déclarations d'ailleurs faites sous toutes réserves au cas où les points en discussion viendraient à faire l'objet d'une procédure judiciaire. Car les négociations en

(1) CPJI, Ser. A, No. 23, P. 30

question, de l'aveu même des représentants des Parties devant la Cour, n'ont pas abouti à un accord entre elles»⁽¹⁾.

De plus, la CPJI clairement affirme :

«La cour ne saurait faire Etat des déclarations, admissions ou propositions qu'ont pu faire les parties au cours des négociations directes qui ont eu lieu entre elles, lorsque ces négociations n'ont pas abouti à un accord complet»⁽²⁾.

De surcroît, la sentence arbitrale Lac Lanoux fait valoir ce qui suit :

«D'une manière plus générale, lorsqu'une question donne lieu à de longues controverses et à des négociations diplomatiques plusieurs fois amorcées, suspendues et

(1) Usine de Chorzów (compétence). C. P. J. I., Série A, no 9, P. 19.

(2) CPJI, usine de Chorzów, Série A, No. 17, P. 51. Voir aussi l'opinion dissidente du juge Armand-Ugon, CIJ, Rec., 1959, P. 247.

De surcroît, dans l'affaire Lac Lanoux, le tribunal remarque que : «Les propositions françaises lors de la négociation ne sont, que «des expressions isolées ou des attitudes ambiguës qui n'altèrent pas les positions juridiques prises par les Etats [...]. Il est normal qu'en prenant en considération les intérêts adverses, une partie ne se montre pas intransigeante sur tous ses droits ; c'est la seule manière pour elle de faire prendre en considération certains de ses propres intérêts [...]. Si ces engagements devaient lier [cette] Partie inconditionnellement jusqu'à la conclusion d'un accord, [elle] perdrait, en les signant la faculté même de négocier ; cela ne saurait être présumé» (RSA, vol. XII, P. 311).

Enfin, le juge Ranjeva fait valoir ce qui suit :

«En tout Etat de cause, dans les circonstances de l'espèce, la Cour n'avait pas à débattre de la portée en droit des déclarations faites par un Etat à la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer» (CIJ, Rec., 1993, délimitation maritime, déclaration Ranjeva, P. 88).

reprises, il y a lieu, pour interpréter la portée de documents diplomatiques, de tenir compte des principes suivants:

Comme il l'a été reconnu par la jurisprudence internationale, tant par la Cour Permanente d'Arbitrage, dans l'affaire des Pêcheries de l'Atlantique Nord (1910), que par la Cour Internationale de Justice, dans l'affaire des Pêcheries (1951) et dans celle des ressortissants des Etats-Unis au Maroc (1952), il ne faut pas s'attacher à des expressions isolées ou à des attitudes ambiguës qui n'altèrent pas les positions juridiques prises par les Etats. Toute négociation tend à revêtir un caractère global, elle porte à la fois sur des droits, les uns reconnus et les autres contestés, et sur des intérêts; il est normal qu'en prenant en considération les intérêts adverses, une Partie ne se montre pas intransigeante sur tous ses droits; c'est la seule manière, pour elle de faire prendre en considération certains de ses propres intérêts» (1).

A ce qui précède, l'on peut citer ce qu'a dit la chambre constituée pour connaître de l'affaire du différend frontalier (El Salvador/Honduras, Nicaragua (intervenants)) qui s'est référée à :

«La pratique courante et louable — qui de fait est inhérente aux négociations — selon laquelle les parties à un différend, ayant chacune présenté ses positions de principe, définissant ainsi la portée du différend, en viennent à suggérer des concessions réciproques, dans la limite ainsi définie, en vue de parvenir d'un commun accord à un

(1) Texte in RGDIP, 1958, P. 111.

règlement. Si aucun accord n'est conclu, aucune des deux parties ne peut être tenue de faire les concessions ainsi suggérées»⁽¹⁾.

En un mot, ce que l'on avance sur la table de négociations n'a, *per se*, une «valeur juridique obligatoire»⁽²⁾ que lorsque les parties arrivent à un accord sur ce qui a été avancé. En fait, il se peut que ce qu'on avance autour du «tapis vert» indique un Etat d'esprit, mais il n'exprime pas un engagement de droit⁽³⁾.

(1) CIJ, Rec., 1992, P. 406, par. 73 ; Ibid, 1994, P. 126, par. 40 (Délimitation maritime et questions territoriales). De même, l'on fait remarquer :

«Le problème se retrouve dans de nombreuses affaires contentieuses, car il est fréquent et normal que les diplomates, dans leurs tentatives prolongées pendant trente ou quarante ans, s'écartent momentanément des lignes juridiques strictes de la position que leur Gouvernement a adoptée; si ces concessions ou admissions étaient prises comme la reconnaissance définitive de la thèse adverse, la négociation perdrait toute utilité, car les négociateurs n'auraient plus rien à se dire, pas en avant pouvait être pris pour l'admission d'une défaite. Il faut, au contraire, présumer que, dans une négociation diplomatique les deux Parties réservent entièrement leurs positions de droit, telles qu'elles étaient prises au début de l'affaire et qu'elles ne pourront être tenues pour modifiées que par le résultat de la négociation, dûment consigné» (A. G. : Commentaire sous l'affaire Lac Lanoux, op.cit., P. 122-123).

(2) Ahmed Abou-el-wafa: Commentaire sous la jurisprudence de la CIJ en 1995, R. Egypt. D. I., 1995, P. 296 (en arabe). Et comme l'a dit M. Keita :

«It was not customary for mere negotiations to give rise to legal obligations» (UN Conf. on the law of treaties, first session, off. Rec., 1968, P.99).

(3) A ce propos, la CIJ dit:

«La commission tripartite s'est réunie pour la dernière fois en décembre 1988, sans que les Parties soient parvenues à un accord sur la définition des «questions en litige» ni sur les «formalités requises pour que le différend soit soumis à la Cour». Par ailleurs, les procès-verbaux des réunions de la commission étaient des

Partant, l'on peut dire «*verba volant, scripta manent*» (les paroles s'envolent, les écrits restent).

b - L'exception :

L'application de la règle ci-dessus suppose qu'on est effectivement en présence de proposition ou de contre-proposition, de concession ou de contre-concession qui constituent d'expressions isolées ou de positions contradictoires ou fluides. Partant, s'il s'agit d'une admission des faits, d'une situation ou d'un acte donné, l'Etat peut être lié.

Ainsi, dans l'affaire des Minquiers et des Ecréhous, la CIJ dit :

«L'examen des échanges diplomatiques entre les deux gouvernements à partir du début du XIX^{ème} siècle confirme cette opinion. Par une vote du 12 Juin 1820 au foreign office, déjà citée plus haut, l'ambassadeur de France à Londres a transmis une lettre du 14 Septembre 1819 du ministre français de la Marine au ministre français des Affaires Etrangères où les Minquiers sont indiqués comme «possédés par l'Angleterre», et sur l'une des cartes annexées, le groupe des Minquiers est indiqué comme étant Anglais. Le Gouvernement français soutient que cette admission ne saurait lui être opposée, car elle fut faite au cours de négociations qui n'ont pas abouti à un accord. Toutefois, il ne s'agit pas d'une proposition ou d'une concession faite au

documents diplomatiques consignait l'Etat d'avancement des négociations, qui ne possédaient pas de valeur juridique contraignante» (CIJ, Rec., 1995, délimitation maritime et questions territoriales, P. 16, Par. 29).

cours de négociations, mais de l'énoncé de faits transmis au Foreign Office par l'ambassadeur de France, qui n'a exprimé aucune réserve à ce sujet. Cette déclaration doit donc être considérée comme la preuve des vues officielles françaises à l'époque» (1).

De plus, l'arrêt concernant le différend entre El Salvador et Honduras, rendu par une chambre de la CIJ, après avoir fait allusion à la jurisprudence bien établie de la CIJ et celle de la CPJI (2), dit que cette jurisprudence :

«Vise toutefois la pratique courante et louable — qui de fait est inhérente aux négociations — selon laquelle les parties à un différend, ayant chacune présenté ses positions de principe, définissant ainsi la portée du différend, en viennent à suggérer des concessions réciproques, dans la limite ainsi définie, en vue de parvenir d'un commun accord à un règlement. Si aucun accord n'est conclu, aucune des deux parties ne peut être tenue de faire les concessions ainsi suggérées. La situation est tout à fait différente dans la présente instance. Comme on le verra, en 1881 et en 1884, la portée du différend était simplement de déterminer où se trouvait la limite entre les terres de Citalá et celles d'Ocotepeque. Il était admis de part et d'autre que cette

(1) CIJ, Rec, 1953, P. 71-72.

(2) Selon laquelle il n'est pas loisible de:

«faire Etat des déclarations, admissions ou propositions qu'ont pu faire les Parties au cours des négociations directes qui ont eu lieu entre elles, déclarations d'ailleurs faites sous toutes réserves au cas où les points en discussion viendraient à faire l'objet d'une procédure judiciaire», lorsque les négociations en question n'ont pas abouti à un accord entre les Parties» (*Usine de Chorzów, compétence*, C.P.J.I. série A no 9, p. 19; voir aussi *Usine de Chorzów (demande en indemnité)*, fond, C.P.J.I. série A n° 17, p. 51, 62-63).

limite était aussi la frontière internationale. La Chambre ne saurait tenir compte des concessions qui auraient pu être faites au cours des négociations au sujet de la *position* de la limite; mais elle peut à bon droit tenir compte de l'opinion que partageaient les Parties en 1881 et en 1884 quant à la base et la portée de leur différend» (1).

C - L'échec des négociations ne permet pas à une partie d'exercer des pressions sur l'autre :

En fait, le simple défaut d'accord, l'absence d'entente ou d'affection entre Etats ne saurait encore être considéré, *per se*, comme une arme, permettant à un Etat d'imposer son

(1) CIJ, Rec., 1992, différend El Salvador/Honduras, P. 406, par. 73.

Plus loin, la chambre affirme aussi le même raisonnement dans les termes suivants:

« A cet égard, El Salvador a invoqué la règle selon laquelle «des propositions et déclarations faites au cours ou au début de négociations qui n'ont pas abouti n'entrent pas en ligne de compte pour déterminer les droits des Parties». Comme la Chambre l'a déjà fait remarquer (paragraphe 73 ci-dessus), il ne faut pas donner une interprétation trop extensive de cette règle, qui a surtout pour but de faire en sorte que des droits ne subissent aucune atteinte du fait de propositions de compromis destinées à aboutir à un règlement négocié, mais qui restent infructueuses. La note de 1861 dont il s'agit ici rentre dans une catégorie tout à fait différente. C'était une déclaration du Gouvernement d'El Salvador qui exprimait son opinion sur une question de fait (voir *Minquiers et Ecréhous, C.I.J. Recueil 1953, p. 71*), ce sur la base de quoi il estimait opportun d'engager certaines négociations. La Chambre a la faculté d'attacher une certaine importance à un tel élément de preuve pour établir comment on voyait la situation quarante ans après l'indépendance et avant que le différend entre les communautés indiennes ne se fût transformé en un différend international ou ne lui eût donné naissance» (Ibid, P. 485, par. 204)

point de vue à l'autre Etat ou à le conduire à adopter une conduite donnée dans leurs relations *inter se* ⁽¹⁾.

Ainsi, rien n'oblige l'une des parties à souscrire à des propositions ou contre-propositions qu'elle estime inacceptables ou préjudiciables ou contraires à ses intérêts⁽²⁾.

A ce propos, dans l'affaire Tacna-Arica, le président Coolidge dit :

«As the Parties did not in the treaty prescribe the conditions of the plebiscite and left these to the subject of a future agreement, it is manifest that with respect to the negotiations looking to such an agreement they retained the rights of sovereign States acting in good faith (...) Neither Party waived the right (...) to oppose conditions proposed by the other Party which it deemed to be inadvisable» ⁽³⁾.

D - L'échec des négociations ne constitue pas, *per se*, un fait internationalement illicite :

A dire vrai, l'échec des négociations entre deux ou plusieurs Etats ne signifie nécessairement pas que la partie, qui en est responsable, a commis un fait internationalement

(1) Ahmed Abou-el-wafa: Le problème de la rupture des relations entre les sujets du droit international, op.cit., P. 43.

(2) En l'espèce, l'on fait valoir ce qui suit:

«Cependant, il est impossible d'obliger un Etat à faire des concessions qui lui permettraient d'approcher le point de vue de son adversaire et de parvenir de cette manière à un accord» (Ph. Pazartzis : Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre Etats, op.cit., P. 69).

(3) R. S. A., vol. II, P. 329.

illicite ⁽¹⁾, engagent ainsi sa responsabilité internationale ⁽²⁾.
Il en est de même, en règle, pour le refus de négocier ⁽³⁾.

Ainsi, le refus ou le retrait des négociations en cours ne constitue pas, en soi, un fait internationalement illicite. Cela est dû au fait que, selon une règle bien établie de la pratique, de la jurisprudence et de la doctrine, un Etat peut mettre fin, unilatéralement, à des négociations s'il considère que ces dernières ne conduisent pas à un résultat positif, i.e., à un accord. En fait, «un Etat est libre de mettre fin à des

(1) Une question proche peut être soulevée devant un tribunal international. Ainsi, dans le compromis d'arbitrage concernant le Lac Lanoux, la France et l'Espagne ont posé au tribunal arbitral la question suivante :

«Le Gouvernement français est-il fondé à soutenir qu'en exécutant, sans accord préalable entre les deux gouvernements, les travaux d'utilisation des eaux du Lac Lanoux dans les conditions prévues au projet et aux propositions françaises visées au préambule du présent compromis, il ne commettrait pas une infraction aux dispositions du traité de Bayonne du 26 mai 1866 et de l'Acte additionnel de la même date ?» (Texte in RGDIP, 1958, P. 80).

(2) L'on remarque même que:

«Si, au cours des négociations, il apparaît à l'un des Etats participant aux négociations qu'il est impossible d'arriver à un accord, le principe de la bonne foi exige que cet Etat se retire des négociations» Conf. des NU sur le droit des traités, Doc. off., 1 ère Sess., 1968, P. 108 (le repr. des Pays-Bas).

(3) Cependant, l'on dit: «Ce moyen de règlement des différends tend donc à prendre une place privilégiée et l'on peut se demander si le refus de négocier ne constituera pas à l'avenir un fait illicite» (Ph. Cahier : Cours général de droit international public, RCADI, t. 195, 1985, P. 337). Dans l'affaire relative au mandat d'arrêt le Congo a fait valoir que la diffusion dudit mandat «a fondamentalement porté atteinte à ses droits souverains en ce qu'elle a considérablement limité le libre et plein exercice, par son ministre des affaires étrangères, des fonctions de négociation internationale et de représentation» (ICJ, Rec., 2002, par. 64).

négociations» ⁽¹⁾, il est libre «de continuer ou de ne pas continuer les négociations» ⁽²⁾.

D'ailleurs, l'expert-consultant de la conférence des NU sur le droit des traités fait valoir ce qui suit :

«Au cours des négociations, chacune des parties en cause s'attend à un minimum de bonne foi de la part de l'autre. Un Etat reste libre de rompre les négociations, seuls les actes de mauvaise foi sont proscrits» ⁽³⁾. Et il ajoute qu'il est difficile :

«D'envisager l'existence d'une responsabilité lorsque l'Etat ... rompt les négociations»⁽⁴⁾.

Il est à souligner que le refus d'une partie d'entamer des négociations, peut amener l'autre partie à saisir la CIJ. Il suffit de rappeler, ici, deux exemples :

Ainsi, lors du différend concernant le personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, l'Iran a catégoriquement refusé d'engager des négociations avec les Etats-Unis. Pour ce, le gouvernement Américain a porté l'affaire devant la CIJ.

De même, pendant l'affaire concernant la convention de Montréal 1971, le Royaume-Uni a refusé sans équivoque la demande de négociation et d'arbitrage formulée par la Libye⁽⁵⁾. Celle-ci, on le sait, a porté l'affaire devant la CIJ.

(1) Conf. des NU sur le droit des traités, 1ère Sess. 1968, le repr. de la Hongrie, P. 111.

(2) Ibid, le repr. de l'Iraq, P. 112.

(3) Ibid, l'expert-consultant (Sir H. Waldock), P. 113.

(4) Loc. Cit.

(5) Voir aussi l'opinion du juge Ajibola, CIJ, Rec., 1992, P. 83.

Or, si le refus ou le retrait des négociations ne constitue pas, *per se*, un fait internationalement illicite ou n'est pas, en soi, une infraction à une obligation internationale, qui n'existe pas, il n'en demeure pas moins que la partie concernée, par son attitude, doit témoigner :

* du respect du principe de la bonne foi ; et

* du respect de la règle selon laquelle toute partie doit respecter et faire respecter les règles du droit international, surtout celles du *jus cogens*.

Par conséquent, en certains cas, e.g., en cas de mauvaise foi, l'échec des négociations résultant de la conduite d'une partie, peut être sanctionné.

A ce propos, la sentence arbitrale Lac Lanoux dit ceci :

«En effet, pour apprécier, dans son essence, la nécessité d'un accord préalable, il faut se placer dans l'hypothèse dans laquelle les Etats intéressés ne peuvent arriver à un accord. Dans ce cas, il faut admettre que l'Etat normalement compétent a perdu le droit d'agir seul, par suite de l'opposition inconditionnée et discrétionnaire d'un autre Etat. C'est admettre un «droit d'assentiment», un «droit de veto», qui paralyse, à la discrétion d'un Etat, l'exercice de la compétence territoriale d'un autre Etat.

C'est pourquoi la pratique internationale recourt de préférence à des solutions moins extrêmes, en se bornant à obliger les Etats à rechercher, par des tractations préalables, les termes d'un accord, sans subordonner à la conclusion de cet accord l'exercice de leurs compétences. On a ainsi parlé, quoique souvent d'une manière impropre, de «d'obligation

de négocier un accord». En réalité, les engagements ainsi pris par les Etats prennent des formes très diverses et ont une portée qui varie selon la manière dont ils sont définis et selon les procédures destinées à leur mise en œuvre; mais la réalité des obligations ainsi souscrites ne saurait être contestée et peut être sanctionnée, par exemple, en cas de rupture injustifié des entretiens, de délais anormaux, de mépris des procédures prévues, de refus systématiques de prendre en considération les propositions ou les intérêts adverses, plus généralement en cas d'infraction aux règles de la bonne foi (affaire de Tacna-Arica, *Recueil des sentences arbitrales*, t. II, p. 92 et suivantes; affaire du trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne, Cour Permanente de Justice Internationale, A/B 42, pp. 108 et ss.)⁽¹⁾.

(1) Texte in RGDIP, 1958, P. 106. D'ailleurs, l'on affirme que:

«Dans la question de l'épuisement des négociations diplomatiques, le problème de la mesure de l'utilité est toujours délicat. Du refus de négocier jusqu'à l'abus du droit de négocier les nuances sont nombreuses; les critères de la sentence du Lanoux seront précieux pour déterminer, dans chaque affaire, la bonne foi réelle de chaque partenaire. La notion du «prix ... à payer» montre que le Tribunal considère que toute négociation doit réaliser un équilibre et qu'une Partie pourra justement refuser des concessions à l'autre Partie, si celle-ci ne «paye» pas le prix. Un refus de céder à des demandes, même fondées sur des intérêts légitimes, ne serait donc pas condamnable, si ces demandes étaient faites sans aucune contrepartie. On perçoit les applications de ces principes fondés, comme ceux que contient la sentence relative au droit hydro-électrique, sur une conception générale du droit très humaine, très désireuse d'équité entendue comme la définition d'un équilibre entre des besoins humains constatés avec «bonne foi» A. G : Commentaire sous l'affaire Lac Lanoux, op.cit., P. 123.

E - L'échec des négociations n'est pas toujours nécessaire pour établir la compétence d'un tribunal international pour trancher le litige :

Cela a été souligné par le tribunal arbitral suisse C. R. F. A. (1958) :

«Conformément à l'Article 28, paragraphe (2) de l'Accord sur les Dettes [extérieures allemandes du 27 février 1953] il faut que le litige n'ait pu être réglé par les parties par voie de négociations. [...] Le Tribunal d'Arbitrage n'est pourtant pas d'avis qu'avant de pouvoir établir sa compétence dans un litige entre deux ou plusieurs des Parties à l'Accord, les négociations diplomatiques doivent toujours avoir atteint le point auquel les parties en litige déclarent expressément qu'elles ne sont pas parvenues à régler le litige par voie de négociations. Il suffit au contraire qu'il puisse être déduit des circonstances qu'une poursuite de l'échange de lettres sur le plan diplomatique ne permettra pas le règlement du litige. Tel est le cas dans la présente affaire» ⁽¹⁾.

Il est bien évident que ce raisonnement s'accorde avec la règle de la concomitance de la négociation et une autre méthode de règlement pacifique des différends internationaux ⁽²⁾.

F - L'échec des négociations n'empêche pas l'Etat d'exercer ses droits légitimes, pourvu qu'il tienne dûment compte des droits des autres :

(1) ILR, vol. XXV, 1958-I, P. 28-29.

(2) Vide Supra.

Cela est évident. Il va même sans dire. En fait, si l'échec des négociations a pour conséquence d'empêcher l'Etat concerné d'exercer ses propres droits, cela signifiera que les autres Etats ont, en l'espèce, un droit de «veto». Or, cette règle a une seule limite : en usant son droit tout Etat ne doit pas empiéter sur les droits des autres.

Cette règle a été brillamment illustrée par la sentence arbitrale Lac Lanoux. Dans cette affaire, le tribunal arbitral dit :

«En effet, pour apprécier, dans son essence, la nécessité d'un accord préalable, il faut se placer dans l'hypothèse dans laquelle les Etats intéressés ne peuvent arriver à un accord. Dans ce cas, il faut admettre que l'Etat normalement compétent a perdu le droit d'agir seul, par suite de l'opposition inconditionnée et discrétionnaire d'un autre Etat. C'est admettre un «droit d'assentiment», un «droit de veto», qui paralyse, à la discrétion d'un Etat, l'exercice de la compétence territoriale d'un autre Etat»⁽¹⁾.

Et le tribunal d'ajouter :

«Mais la pratique internationale ne permet pas, jusqu'à présent, de dépasser cette conclusion: la règle suivant laquelle les Etats ne peuvent utiliser la force hydraulique des cours d'eau internationaux qu'à la condition d'un accord préalable entre les Etats intéressés ne peut être établie ni à titre de coutume, ni encore moins à titre de principe général du droit. Très caractéristique, à cet égard, est l'histoire de l'élaboration de la convention multilatérale de Genève du 9

(1) RSA, vol. XII, P. 306-308.

décembre 1923, relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs Etats. Le projet initial était fondé sur le caractère obligatoire et préalable des accords destinés à mettre en valeur les forces hydrauliques des cours d'eau internationaux. Mais cette formule fut repoussée et la convention, dans sa forme finale, dispose (article premier) qu'elle «ne modifie en aucune manière la liberté pour tout Etat, dans le cadre du droit international, d'exécuter sur son territoire tous travaux d'aménagement des forces hydrauliques qu'il désire»; seule est prévue, entre Etats signataires intéressés, une obligation de se prêter à une étude en commun d'un programme d'aménagement; l'exécution de ce programme ne s'impose d'ailleurs qu'aux Etats qui s'y sont formellement engagés»⁽¹⁾.

De plus, le tribunal arbitral s'est référé aux «principes les plus généraux du droit international» conformément auxquels: «il appartient à chaque Etat d'apprécier, raisonnablement et de bonne foi, les situations et les règles qui le mettent en cause; son appréciation peut se trouver en contradiction avec celle d'un autre Etat; dans ce cas, apparaît un différend que les parties cherchent normalement à résoudre par la négociation, ou bien en se soumettant à l'autorité d'un tiers; mais l'une d'elles n'est jamais obligée de suspendre, du fait du différend, l'exercice de sa compétence, sauf engagement de sa part; en exerçant sa compétence; elle prend le risque de voir sa responsabilité internationale mise en cause s'il est établi qu'elle n'a pas agi dans la limite de ses droits»⁽²⁾.

(1) Loc. cit.

(2) Ibid, P. 310

Le tribunal a ajouté que, poussée à l'extrême, la thèse de la nécessité d'un accord préalable «Impliquerait ou bien la paralysie générale de l'exercice des compétences étatiques en présence d'un différend, ou bien la soumission de tous les différends, quels qu'ils soient, à l'autorité d'un tiers; la pratique internationale ne consacre ni l'une ni l'autre de ces conséquences». (1).

Enfin, le tribunal dit:

«Par ailleurs, pour qu'une négociation se déroule dans un climat favorable, il faut que les parties consentent à suspendre, pendant la négociation, le plein exercice de leurs droits. Il est normal qu'elles prennent des engagements à cet effet. Si ces engagements devaient les lier inconditionnellement jusqu'à la conclusion d'un accord, elles perdraient, en les signant, la faculté même de négocier; cela ne saurait être présumé.

Il est nécessaire de garder ces considérations présentes à l'esprit, lorsqu'il s'agit de tirer des conclusions juridiques de la correspondance diplomatique.» (2).

D'ailleurs, l'article 11 des projets d'articles sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, est ainsi conçu:

«1 - Les Etats intéressés engagent des consultations, à la demande de l'un quelconque d'entre eux, en vue de parvenir à des solutions acceptables concernant les mesures à adopter

(1) Loc. Cit.

(2) Ibid, P. 311

pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en réduire le risque au minimum.

2 - Les Etats recherchent des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 12.

3 - Si les consultations visées au paragraphe 1 ne permettent pas d'aboutir à une solution concertée, l'Etat d'origine tient néanmoins compte des intérêts des Etats susceptibles d'être affectés s'il décide d'autoriser la poursuite de l'activité, sans préjudice des droits de tout Etat susceptible d'être affecté».

Dans son commentaire, la CDI remarque:

«La Commission a essayé de maintenir dans l'article 11 un équilibre entre deux considérations également importantes. Premièrement, l'article vise les activités qui ne sont pas interdites par le droit international et qui, généralement, revêtent une importance pour le développement économique de l'Etat d'origine. Mais, deuxièmement, il serait injuste à l'égard d'autres Etats de permettre que ces activités soient conduites sans qu'ils soient consultés et sans que les mesures préventives appropriées soient prises. C'est pourquoi l'article ne prévoit ni une simple formalité que l'Etat d'origine doit accomplir sans vraiment avoir l'intention de parvenir à une solution acceptable pour les autres Etats, ni un droit de veto au bénéfice des Etats susceptibles d'être affectés. Pour maintenir un équilibre, l'article s'appuie sur les modalités et la finalité des consultations engagées par les parties. Celles-ci doivent engager des consultations de bonne foi et tenir compte des

intérêts légitimes de chacune d'elles. Elles se consultent pour arriver à une solution acceptable concernant les mesures à adopter pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en réduire le risque au minimum»⁽¹⁾.

Et la CDI de souligner:

«Le paragraphe 3 traite de la possibilité que, en dépit de tous les efforts des parties, celles-ci ne parviennent pas à un accord sur des mesures préventives acceptables. Comme il est expliqué au paragraphe 3) ci-dessus, cet article établit un équilibre entre deux considérations, dont l'une consiste à refuser le droit de veto aux Etats susceptibles d'être affectés. La Commission rappelle à ce sujet la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du Lac Lanoux, où le tribunal a fait observer que, dans certaines situations, il se pouvait que la partie susceptible d'être affectée en arrive, en violation du principe de la bonne foi, à paralyser d'authentiques efforts de négociation. Pour tenir compte de cette possibilité, l'article prévoit que l'Etat d'origine est autorisé à aller de l'avant dans l'exercice de l'activité considérée, faute de quoi les Etats susceptibles d'être affectés se trouveraient en fait dotés d'un droit de veto. L'Etat d'origine, tout en étant autorisé à lancer l'activité envisagée, demeure tenu de prendre en considération les intérêts des Etats susceptibles d'être affectés. Du fait des consultations, il connaît les préoccupations de ces derniers et se trouve même dans une meilleure position pour les prendre sérieusement en considération dans la conduite de l'activité en cause.

(1) Rapport de la CDI, A. G., Doc. Off., Supp. No 10, (A/53/10), 1998, P. 58.

La dernière partie du paragraphe 3 protège également les intérêts des Etats susceptibles d'être affectés. Cette disposition est censée avoir une large portée et englober tous droits dont lesdits Etats pourraient se prévaloir en vertu d'une règle quelconque du droit international, des principes généraux du droit, du droit interne, etc» (1).

En bref, un Etat peut, malgré l'échec des négociations, exercer ses droits, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits des autres Etats. Autrement, il en sera responsable. A ce propos, la CIJ dit que les parties «demeurent en tout Etat de cause responsable des actes portant atteinte aux droits d'autres Etats qui leur seraient imputables» (2).

§ II- La Réussite Des Négociations:

Prima facie, la négociation tend à réaliser un accord à l'amiable. Sortir de la négociation avec quelque chose de tangible, est l' *ultima ratio* de toute négociation digne de ce nom.

Même un accord peut être obtenu en dernière minute, cristallisant le dénominateur commun le plus bas d'une matière généralement âprement négociée. Partant, résoudre le différend ou la question concernée, c'est regarder ensemble dans la même direction et s'entendre sur un accord, signé *manu propria* par tous ceux qui y participent (3).

(1) Ibid, P. 60-61.

(2) CIJ, Rec., affaire relative à la licite de l'emploi de la Force (Serbie-et-Montenegro C.Belgique, 2004, par. 128.

(3) L'on estime que la négociation «n'a quelque chance d'aboutir que si elle repose sur un minimum de consensus entre les parties» (M. Merle: De la négociation, op. cit., P. 27).

Pour déboucher sur ou arriver à une solution viable, à travers les négociations qui sont une réussite, trois éléments sont nécessaires, à savoir:

A) D'une part, chaque partie doit être libre de décider elle-même ce qu'elle entend avancer sur la table des négociations. En fait, si négociateur nécessairement implique, dans certains cas, faire certaines concessions, cela doit émaner de chaque partie ayant le pouvoir de décider elle-même, sans aucune subordination, menace ou contrainte sur ce qu'elle accepte ou non de concéder.

B) D'autre part, la solution doit être équitable. Bien entendu, une négociation comporte certaines concessions. Or, elle doit aussi réaliser une certaine compensation des pertes et des gains. En fait, essayer de prendre tout et, en même temps, ne donner rien (i.e., de prendre la part du lion), risquerait de donner l'impression de l'existence d'une injustice, ce qui pourrait aboutir, dans de nouvelles négociations, à un sentiment de revanche, conséquence inéluctable de la défaite précédente. Ainsi, les solutions inéquitablement imposées seront difficiles à appliquer. En réalité, elles ne résisteront pas à l'épreuve du temps et peuvent même engendrer de nouveaux litiges ⁽¹⁾.

C) Enfin, l'adoption de toutes les mesures nécessaires: En fait, en cas d'accord, les mesures voulues doivent être prises, pour appliquer *in concreto* ce qui a été arrêté *in fine* en cas de réussite des négociations. Les accords issus des négociations ne sont pas «chiffons de papiers» (Scraps of

(1) Vide Supra.

paper), mais plutôt des positions à suivre. Cela est une application fidèle du principe *ex consensu advenit vinculum*, de la règle *Pacta sunt servanda*, de l'axiome *Solus consent est obligat* et du proverbe: on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les langues.

On peut citer, e.g., la loi N° 161 (1998) adoptée en Egypte. D'après l'article premier, le ministère du commerce et de l'approvisionnement est compétent pour prendre les méthodes, mesures et décisions nécessaires pour protéger l'économie nationale «dans le cadre de ce qui est précisé par l'acte final des résultats de l'Uruguay Round relativement aux négociations commerciales multilatérales» ⁽¹⁾.

Evidemment, la réussite des négociations pousse les parties à rédiger et conclure un accord. L'entrée en vigueur de ce dernier lie les parties ⁽²⁾.

Or, cela nous amène à examiner les négociations internationales et les traités internationaux.

(1) Journal officiel, No. 24 bis (A), 11/6/1998 (en Arabe).

(2) Dans sa résolution «Textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et texte qui en sont dépourvus» (Session de Cambridge 1983), l'IDI dit:
 «Constituent des textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations entre leurs auteurs, quelle que soit leur forme:
 a) les textes exprimant un accord entre leurs auteurs pour définir, modifier ou révoquer des engagements juridiques;
 b) les textes exprimant un accord entre leurs auteurs pour produire d'autres effets de droit, quelle qu'en soit la nature: création d'un cadre juridique pour l'action future des parties; établissement d'un organe ou d'un mécanisme institutionnel susceptible d'agir sur le plan du droit; reconnaissance d'une situation ou d'une prétention juridique déterminée;
 reconnaissance de l'autorité juridique de principes ou de règles de droit international, etc.» (voir Ann. IDI, 1983, vol. II).

CHAPITRE II

LES NÉGOCIATIONS ET LES TRAITÉS INTERNATIONAUX

Il ne fait aucun doute que le traité constitue actuellement l'instrument relationnel type. C'est un acte qui permet aux parties contractantes de déterminer ainsi que de préciser la portée, l'étendue et les effets de leurs relations conventionnelles. Il s'agit donc de l'instrument clé du développement juridique international. En fait, l'accord «est la base des relations internationales et le tissu le plus solide du droit international»⁽¹⁾.

Il est évident que (et cela est valable pour n'importe quel traité): «the process of negotiation permeates all the procedures relating to the formulation of a multilateral treaty»⁽²⁾.

La négociation a, donc une place à part dans le cadre du droit des traités internationaux: Elle est un *instrumentum sine qua non* aboutissant à la conclusion et à la formation de tout accord⁽³⁾.

Par conséquent, l'accord est l'*ex jure conventionis* de toute négociation internationale positive. Autant dire que,

(1) M. Bedjaoui: Pour un nouvel ordre économique international, UNESCO, Paris, 1979, P. 140.

(2) Review of the multilateral treaty-making process, op.cit., P. 27. Cependant, l'on peut affirmer que: «It is not possible to lay down a single method for negotiating treaties» (Ibid, P. 114, written statement of Argentina).

(3) L'on estime que la négociation se caractérise par l'affirmation d'un «vouloir faire collectif» (Y. Delahaye: Sémiotique de la négociation internationale, in «la négociation», Pouvoirs, No 15, 1980, P. 104).

dans toute négociation réussie tout «*negotium*» est toujours inclus dans un «*instrumentum*», i.e., dans un accord écrit et signé *manu propria* par les parties concernées (1).

Or, l'examen des relations entre les négociations et les traités nous amène à parler de la négociation en tant que phase dans la conclusion des traités internationaux et les problèmes qui y sont liés.

(1) Dans un acte juridique ou dans un contrat on fait toujours une distinction entre «*de negotium*» (le mot veut dire «affaire») qui concerne la question de fond que vise cet accord, et l'«*instrumentum*» qui est un écrit authentique ou sous-seing privé contenant la substance de l'acte juridique ou du contrat envisagé par son ou ses auteurs (Voir Locutions latines juridiques, Armand Colin, Paris, 2004, P. 35, 49).

D'ailleurs, l'on ne peut pas ignorer la parenté entre la négociation et le négoce: le négoce se réfère à une activité qui met aux prises deux ou plusieurs partenaires en vue du règlement d'une affaire. La discussion peut porter sur l'échange de produits ou l'acquisition d'un bien: On parlera alors de transaction commerciale. Mais le concept de négoce peut s'étendre, par hypothèse, à n'importe quel type de transaction portant sur n'importe quel objet (M. Merle: De la négociation, in «La négociation», Pouvoirs, No 15, 1980, P. 6-7).

SECTION I

LA NÉGOCIATION COMME PHASE DANS LA CONCLUSION ET L'APPLICATION DES TRAITÉS INTERNATIONAUX

Du fait que le but ultime de toute négociation est d'arriver à un accord entre les Etats négociateurs, elle joue donc un rôle saillant dans le cadre du droit des traités.

La négociation est presque omniprésente dans plusieurs phases nécessaires pour la conclusion et même l'application des traités internationaux.

Cela est évident de l'exposé des points suivants:

§ I- La Négociation Est La Phase Initiale Dans Le Processus De La Conclusion Des Traités Internationaux:

Nous allons parler, tout d'abord, du principe général, puis de la question de la participation aux négociations.

A - Le principe général:

Traditionnellement, le mécanisme de l'élaboration d'un traité comprend: La négociation, la rédaction, l'authentification du texte du traité, l'expression du consentement à être lié par le traité et l'enregistrement. La négociation constitue, donc, un *instrumentum sin qua non* pour la formation et la conclusion des traités internationaux.

B - La participation des Etats aux négociations concernant les traités internationaux:

Etant donné le libre arbitre laissé aux Etats pour choisir les négociations comme moyen de règlement pacifique des

différends internationaux et en application du principe du libre choix des moyens de régler lesdits différends, un Etat n'a pas l'«obligation» d'y faire appel. Or, l'Etat a-t-il le «droit» de participer à des négociations données? ⁽¹⁾ La réponse semble être par la négative, compte tenu du caractère volontaire des négociations et, partant, l'impossibilité pour un Etat de s'imposer à des Etats qui ne veulent pas négocier avec lui.

Or, toute règle a des exceptions. A ce propos, deux exceptions sont à signaler, à savoir :

a - En fait, pour les traités multilatéraux «ouverts» ⁽²⁾ qui règlementent des questions qui intéressent la communauté internationale tout entière, la participation de tous les Etats aux négociations concernant lesdits traités s'impose ou est nécessaire et souhaitable, étant donné qu'ils renferment des règles du droit international applicable à toute la communauté internationale ⁽³⁾.

(1) Vide Supra: Le droit de négocier.

(2) Un traité multilatéral est, en principe, un accord relatif à des normes générales de droit international ou concernant des questions d'intérêt général pour la communauté internationale dans son ensemble.

(3) Cependant, ledit droit a été méconnu, pendant une longue période, pour les Etats qui n'étaient pas membres, des NU ou des institutions spécialisées ou parties au statut de la CIJ, pour les conventions codifiant les règles du droit international. Ce qui a suscité la critique de plusieurs Etats, surtout les pays socialistes qui ont émis, à ce propos, des réserves ou des déclarations (Voir des exemples de celles-ci, in: Multilatéral treaties deposited with the secretary general, UN, New York, ST/LEG/SER.E/3, 1984).

L'on peut citer la réserve faite par la Hongrie, concernant la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qui dit ceci:

Or, la question de la participation aux négociations relatives aux traités multilatéraux ou le droit des Etats ayant participé à la négociation de déterminer les Etats qui peuvent y devenir partie, n'a pas fait l'unanimité au sein même de la CDI ⁽¹⁾.

«Multilateral treaties of a universal character should, in conformity with the principles of sovereign equality of states, be open for accession by all states without any discrimination whatever» (Cf, Human rights: Status of international instruments, UN, New York, 1987, ST/HR/5, P. 107).

(1) Dans son commentaire sous le projet d'article 12, la CDI dit:

«La commission était partagée au sujet de la règle à proposer pour les traités multilatéraux généraux. Certains membres estimaient qu'il fallait considérer ces traités comme ouverts à la participation de «tous les Etats», en dépit de toute disposition conventionnelle spécifiant les catégories d'Etats ayant le droit de devenir parties. D'autres membres, sans être partisans d'écarter aussi complètement le principe de la liberté des Etats de déterminer par les clauses du traité lui-même avec quels Etats ils entendent établir des relations conventionnelles, estimaient qu'il serait justifiable et désirable de préciser, sous la forme d'une règle supplétive, que, sauf disposition contraire du traité, les traités multilatéraux généraux sont ouverts à «tous les Etats». D'autres membres, tout en partageant l'opinion que ces traités doivent être ouverts, en principe, à tous les Etats, ne pensaient pas qu'une règle supplétive sous cette forme serait justifiée eu égard à la pratique actuelle, qui consiste à insérer dans les traités multilatéraux généraux une formule les ouvrant à tous les Etats Membres des Nations Unies et membres des institutions spécialisées, à toutes les parties au Statut de la Cour internationale de Justice et à tout autre Etat qui est invité par l'Assemblée générale à y devenir partie. A la majorité des voix, la Commission a adopté un texte déclarant qu'un traité multilatéral général devait être ouvert à la participation de «tous les Etats», à moins qu'une solution différente ne soit prévue par le traité ou par les règles établies d'une organisation internationale. En bref, le texte de 1962 reconnaissait la liberté des Etats participant à la négociation de déterminer par les dispositions du traité à quelles catégories d'Etats il serait ouvert; l'absence de toute disposition de ce genre équivalait à la reconnaissance du droit qu'ont «tous les Etats» d'y devenir parties.» (Cf, Conf. des NU sur le droit des traités, 1ère et 2ème Sessions, Doc. Off., P. 21).

b - Lorsque l'Etat a un intérêt directement touché par la négociation. En l'espèce, on l'a déjà, dit, la résolution 53/101 (1998) adoptée par l'Assemblée générale des NU prévoit :

«Les Etats doivent tenir dûment compte du fait qu'il importe de faire participer, de manière appropriée, aux négociations internationales les Etats dont les intérêts sont directement touchés par les questions en jeu».

§ II- La Négociation Et La Rédaction Du Texte Du Traité:

Cette question soulève trois points, à savoir :

A - La règle générale:

Evidemment, si les négociations progressent vers un accord, on procède à la rédaction du texte du traité. En fait, pour conclure formellement leurs travaux, les négociations, avec l'aide des spécialistes et experts qui les accompagnent, procèdent à la rédaction du texte de l'accord. Celle-ci fait partie intégrante, en cas de réussite, de toute négociation bilatérale ou multilatérale.

La rédaction d'un traité se fait, normalement, en trois parties essentielles, à savoir: Un préambule qui distingue le cadre général du document (le but du traité, les parties, les représentants de celles-ci...etc.), le *corpus* ou la structure et la substance même de l'accord (celui-ci est, généralement, divisé en articles, en parties, chapitres ou paragraphes, ou en subdivisions) et les clauses finales (e.g., l'entrée en vigueur, les réserves, la durée, la modification et l'amendement, l'application provisoire, la langue qui fait foi...etc.).

Après la rédaction, deux possibilités sont envisageables:

- Ou bien, la signature, le paraphe ou la signature *ad referendum* de l'accord par chacun des responsables de la négociation ou par le chef de chaque délégation nationale.

- Ou bien, surtout pour les conventions conclues au sein ou sous les auspices d'une conférence ou d'une organisation internationale, par l'adoption du texte de l'accord (normalement annexe à une résolution de l'organe compétent de ladite organisation) et, ensuite, ouverture de la signature par les parties concernées ⁽¹⁾.

B - Les précautions à observer lors de la rédaction du traité:

Les négociateurs doivent faire attention, lors de la rédaction du texte de l'accord, à certaines précautions ⁽²⁾. En

(1) Cf, Ahmed Abou-el-wafa: Recherches sur les traités conclus par les organisations internationales *inter se* ou avec des Etats, op.cit., P. 37 et s.

(2) A ce propos, l'on estime que:

«Il existe plusieurs artifices linguistiques pour formaliser, par écrit, le compromis atteint : le négociateur habile saura profiter de cet ultime stade des négociations pour mieux promouvoir sa position, même si les négociations sont pratiquement achevées. C'est à certaines subtilités dans la construction d'un texte et dans le choix de la terminologie que les initiés reconnaissent la provenance de telles ou telles formulations et peuvent évaluer la portée du compromis réalisé.

Si subtile qu'elle soit, la sémantique ne pourra pas camoufler l'interaction entre le fond et la forme; le langage dépasse le sens strict des mots et des phrases et révèle un Etat d'esprit ainsi que les dispositions réelles de ceux qui les produisent : Ce qui n'est pas écrit ou prononcé peut même devenir plus important que ce qui est écrit» (J. D. Clavel: De la négociation diplomatique multilatérale, op.cit., P. 98).

D'ailleurs, il est bien établi que: «greater attention must be devoted to the legal aspects of treaty-making, while allowing the necessary

fait: *tarde venientibus ossa* (à ceux qui ne sont pas vigilants, il ne reste que les os). Un bon accord dépend, souvent, des précautions prises au départ: *ab initio* et non pas seulement *in fine*. En l'occurrence, il convient de rappeler les deux règles suivantes :

a - Les négociateurs doivent garder toujours à l'esprit, et faire, surtout, une attention particulière à la ponctuation⁽¹⁾.

b - Au cours des négociations sur la rédaction des textes des traités, les négociateurs doivent faire attention aux ambiguïtés qui peuvent y être incluses. Pareilles ambiguïtés sont choses courantes dans la rédaction des documents internationaux⁽²⁾.

time for them to be properly negotiated, strengthening the participation of technical and legal bodies, avoiding excessive use of consensus and also avoiding wordings of dubious interpretation. This does not mean seeking legal perfectionism beyond the realm of political reality, for that would result in the elaboration of magnificent texts of treaties which would never come into force: instead, the right balance must be found between political requirements and possibilities and the need for precise legal wording» (Review of the multilateral treaty-making process, op.cit., P. 52, la réponse de l'Espagne).

(1) En réalité «dans le droit comme dans la logique ou la linguistique, l'unité de sens d'un texte se dégage, entre autres et pour l'essentiel, de la phrase». D'ailleurs, les rédacteurs de tout instrument international «auraient le plus grand tort de négliger les problèmes de ponctuation» (D. Bardonnnet: *Marginalia: A propos de la ponctuation dans le processus interprétatif en droit international*, Mélanges en l'honneur de N. Valticos, Pedone, Paris, 1999, P. 37, 64-65).

(2) Ainsi, l'on souligne: «Some ambiguity on wording and non-resolution sticking point may be advantageous during the end game when an agreement is being drafted» (Durckman: *Four cases of conflict management-lessons learned, in «perspectives on*

On parle même de «d'ambiguïté constructive» et du «careful sidestepping» d'une question donnée pour aboutir à une solution acceptable ⁽¹⁾. Cela est normalement applicable pour «sauver la face» d'une ou des parties participant à la négociation ⁽²⁾.

Prima facie, pareille ambiguïté risquerait de perpétuer le problème. Même, cela peut être conçu comme une construction en suspens, qui s'écroule sitôt terminée parce qu'elle a été bâtie sur le sable d'une assise verbale ou d'une dissimulation préméditée.

Partant, un bon accord, dont découlent des droits et des obligations, ne saurait laisser de place à des interprétations divergentes. Celle-ci sont, inter alia, dûes au fait que ceux qui participent aux négociations n'ont pas l'expérience et la compétence nécessaires d'un négociateur digne de ce nom ⁽³⁾.

negotiations», ed. By D. B. Bendahmane and J. W. McDonald, op.cit., P. 287).

(1) Zartman and Berman: The practical negotiator, op.cit., P. 182-183.

(2) L'on incite à adopter:

«a face-saving formula to break a deadlock: you interpret it your way and we will interpret it our way» (G. Kennedy: Pocket negotiator, op.cit., P.7).

Per contra, l'on dit que «la bonne foi oblige les parties à réagir en certaines circonstances. Les négociateurs d'un traité ne peuvent se contenter de situations ambiguës; il n'ont pas le droit de se réfugier dans l'abstention ou l'équivoque pour ensuite se prévaloir de l'incertitude du texte adopté. On reconnaît là une application du principe qui anime les théories de l'acquiescement, de la forclusion ou de l'estoppel» (J. P. Cott: La bonne foi et la conclusion des traités, op.cit., P. 146).

(3) Ainsi, l'on remarque que:

«La négociation souffre de la participation de certains hommes politiques qui s'accordent souvent sur des textes mal conçus et mal rédigés, imparfaits ou discordants, suivis d'une accumulation de

C - La règle *contra proferentem*:

Les négociateurs doivent savoir toujours que, dans certains cas, les clauses ambiguës peuvent être interprétées contre la partie qui les a rédigées. Cela se justifie par le fait que les parties concernées doivent toujours se comporter d'une manière loyale et s'abstenir de dissimuler des clauses ou des obligations additionnelles sous une rédaction incertaine ou imprécise, ainsi que par la règle *ex injuria non jus oritur*.

A ce propos, la CPJI fait valoir ce qui suit:

«En outre, c'est une règle bien connue d'interprétation des actes que, là où l'on constate une ambiguïté, il faut les prendre *contra proferentem*. Dans le cas présent, le gouvernement brésilien ayant, par l'entremise de son représentant, assumé la responsabilité pour le prospectus que ce représentant a "vu et approuvé", de même qu'il a signé les titres, il semble juste de les interpréter, en cas de doute, *contra proferentem* et de leur attribuer le sens qu'ils ont naturellement pour les personnes qui prennent les titres au vu du prospectus»⁽¹⁾.

Prima facie, l'application de la règle ci-dessus présuppose que l'on soit en présence d'une seule intention, i.e., celle de la partie qui a rédigé le texte en cause. Partant, si le texte proposé a fait l'objet de négociations, on serait en

déclarations et d'interprétations» (A. Plantey: La négociation internationale au XXIe siècle, op.cit., P. 196).

(1) CPJI, Série A/B, No. 20-21, affaire des emprunts brésiliens, P. 114.

présence d'une intention commune qui, seule, doit être recherchée ⁽¹⁾.

(1) Ainsi, dans l'affaire relative aux pensions des administrateurs du territoire de la Sarre, l'arbitre Fazy s'est expliqué comme suit:

«On ne peut appliquer la règle selon laquelle, en cas de doute, le texte du traité doit être interprété contre la partie qui l'a rédigé que lorsque, ainsi qu'il est arrivé dans le cas du Traité de Versailles, l'une des parties remet à l'autre partie un texte prêt à la signature. L'Accord de Baden-Baden a fait l'objet de négociations prolongées, précisément au sujet des retraites des fonctionnaires. Les parties sont arrivées graduellement à un accord mutuel. Dans un cas de cet ordre, la question de savoir quelle est la partie qui a rédigé le texte définitif est sans pertinence du point de vue de la règle d'interprétation précitée» (Cité par J. P. Cott: La bonne foi et la conclusion des traités, op.cit., P. 145-146)

De même, lors de l'affaire concernant la sentence arbitrale, un passage du mémoire présenté par la Guinée-Bissau au Tribunal se lit comme suit:

«Les représentants du Sénégal finirent par partager ce point de vue et c'est donc une double démarche qui est demandée au Tribunal: se prononcer d'abord sur la validité de l'échange de notes franco-portugais du 26 avril 1960 pour décider de la frontière en mer entre la Guinée-Bissau et le Sénégal. Et si cette validité n'est pas reconnue dire alors quel est le tracé de la ligne délimitant les territoires maritimes entre les deux Etats en se fondant sur les normes pertinentes du droit international positif.» (Mémoire présenté par la Guinée-Bissau au cours de la procédure arbitrale, p. 35; cité par le Sénégal dans son contre-mémoire dans le cadre de la procédure arbitrale, p. 34.)

Le juge Ni dit ceci:

passage montre clairement que c'est la Guinée-Bissau qui a proposé de demander au Tribunal de se prononcer sur la validité de l'échange de lettres de 1960 et, au cas où cette validité ne serait pas reconnue, de tracer la ligne délimitant la frontière maritime entre les deux Etats. Et le Sénégal s'est rangé à cette manière de voir. Telle fut donc la conclusion des négociations entre les deux Etats, qui avaient pleinement conscience de ce dont ils convenaient.

Certes, ce passage était suivi de la phrase suivante: «En tout Etat de cause, à l'issue de l'arbitrage, la délimitation maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal sera acquise». Mais, par délimitation maritime, on ne pouvait entendre que les espaces maritimes qui existaient à l'époque de la conclusion de l'accord de 1960, puisque

§ III- Les Personnes Habilitées à Représenter L'Etat Au Cours Des Négociations Concernant Des Traités Internationaux (Le Problème Des Pleins Pouvoirs ⁽¹⁾):

c'était précisément cet accord de 1960 qui était controversé. Si les Parties étaient convenues qu'il fallait procéder à une délimitation *ex novo* de toute la frontière en mer quel que fût le résultat de l'examen de la validité de l'échange de lettres de 1960 entre la France et le Portugal, elles l'auraient dit dans le compromis. Et comme il s'agit là d'un point non seulement pertinent mais d'une importance majeure, elles n'auraient pas négligé de le faire. Les négociations se sont étendues sur huit années. Comment imaginer qu'un point aussi fondamental et aussi important aurait pu être négligé? Il n'y a aucune preuve que pendant leurs négociations il se soit élevé quelque différend entre les deux Parties sur ce point» (CIJ, Rec., 1991, P. 102-103).

- (1) A noter que dans son projet d'articles adopté en 1982, la CDI a réservé l'expression «pleins pouvoirs» aux documents produits par les représentants des États, et le terme «pouvoirs» à ceux produits par les représentants des organisations internationales. Pour justifier cette démarche, la CDI dit:

«Il a semblé peu indiqué d'employer l'expression «pleins pouvoirs» pour une organisation internationale dont la capacité de s'engager internationalement n'est jamais sans limite» (Ann. CDI, 1982, II, 2e partie, P. 19). De plus l'expression «pleins pouvoirs», appliquée à l'organisation internationale, pourrait paraître ambiguë. (Reuter, Ann. CDI, 1973, I, P. 240).

Or, la conférence des NU sur les traités conclus par les organisations internationales n'a pas suivi cette suggestion et la convention de Vienne de 1986 prévoit l'expression «pleins pouvoirs» et pour l'Etat et pour l'organisation internationale.

En fait, selon l'UNESCO, les pleins pouvoirs des représentants des États «sont rarement «pleins» au sens exact du terme. D'autre part, les «pouvoirs» dont dispose la personne qui représente une organisation internationale sont généralement adéquats pour le but en vue duquel ils ont été accordés. C'est pourquoi il serait préférable que l'expression «pleins pouvoirs» soit retenue dans les deux cas. Il s'agit là d'une expression consacrée, qui a sa place dans la vie internationale» (Conf. des NU sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, A/Conf. 129/5, P. 92).

En principe, une personne représentant un sujet du droit international doit apporter la preuve documentaire de sa compétence pour représenter ce sujet pour un acte relatif à la conclusion d'un traité. A vrai dire, les contractants ont le légitime souci de s'assurer que le représentant avec lequel ils vont conclure l'accord a bien reçu compétence du sujet de droit international concerné pour parler en son nom. D'où le recours au mécanisme de pleins pouvoirs dans la pratique contractuelle, en tant que facteur d'ordre et de sécurité dans les relations juridiques internationales ⁽¹⁾.

D'après l'article 2 par. 1 alinéa c de la convention de Vienne de 1969 concernant le droit des traités, l'expression «pleins pouvoirs» s'entend d' «un document émanant de l'autorité compétente d'un Etat et désignant une personne pour représenter l'Etat pour la négociation, l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité, pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un traité ou pour accomplir tout autre acte à l'égard du traité» ⁽²⁾.

Or, l'on sait que la convention de 1969 sur le droit des traités fait — à propos du problème des pleins pouvoirs — une sorte de décalage entre la procédure de conclusion (art. 7) et la procédure d'élimination ou de suspension (art. 67) d'un traité.

(1) Fréquemment, les pleins pouvoirs sont, en règle, établis pour une négociation précise et communiqués à l'autre partenaire (ou au comité compétent dans une conférence internationale) à cette occasion.

(2) Ahmed Abou-el-wafa: Recherches sur les traités conclus par les organisations internationales *inter se* ou avec des Etats, op.cit., P. 114.

C'est ainsi que pour ce qui concerne la procédure de conclusion d'un traité, l'art. 7 de ladite convention prévoit que certains agents représentent les Etats à raison de leurs fonctions d'une manière telle qu'ils sont dispensés de produire des pleins pouvoirs, i.e., dans un cas de ce genre les autres contractants sont en droit de considérer que l'intéressé a qualité pour représenter son Etat sans exiger de preuve: Il s'agit de trois exceptions concernant le chef d'Etat ou de gouvernement ainsi que les ministres des affaires étrangères pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité ⁽¹⁾; les chefs de mission diplomatique pour l'adoption du texte d'un traité entre l'Etat accréditaire et l'Etat accréditant et, enfin, les représentants accrédités des Etats à une conférence internationale ou auprès d'une organisation internationale ou d'un de ses organes pour l'adoption du texte d'un traité dans cette conférence, cette organisation ou cet organe ⁽²⁾.

(1) Lors de l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, ce dernier a prétendu que l'article 2 par. 7 de la convention de Vienne sur le droit des traités « *vise uniquement la manière d'établir la fonction d'une personne en qualité de représentant d'un Etat, et non l'étendue de ses pouvoirs lorsqu'elle exerce cette fonction de représentation*». La CIJ n'a pu souscrire à ladite thèse car, dans son commentaire, la CDI indiquait expressément que: les chefs d'Etat...sont considérés comme habiles à représenter leur Etat pour accomplir tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité (CIJ, Rec., 2002, Par. 265).

(2) Dans son commentaire, la CDI dit: « *Cette catégorie remplace l'alinéa b du paragraphe 2 du texte de 1962, qui réservait aux chefs de mission permanente auprès des organisations internationales un traitement semblable à celui des chefs de mission diplomatique, ce qui conduisait à les considérer d'office comme les représentants de leur Etat pour les traités élaborés sous les auspices de cette organisation ou conclus entre leur Etat et l'organisation. A la lumière des observations des gouvernements et d'un examen plus approfondi de la pratique, la Commission est arrivée à la conclusion*

Pour les autres agents ils n'engagent l'Etat—toujours d'après l'art 7 — que s'ils produisent de pleins pouvoirs ou "s'il ressort de la pratique des Etats intéressés ou d'autres circonstances qu'ils avaient l'intention de considérer cette personne comme représentant l'Etat à ces fins et de ne pas réquerir la présentation des pleins pouvoirs"⁽¹⁾.

Alors que s'agissant de la procédure d'élimination ou de suspension du traité, ladite convention est plus exigeante. En effet, l'art. 67 prévoit que «si l'instrument n'est pas signé par le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, le représentant de l'Etat qui fait la communication peut être invité à produire ses pleins

qu'elle n'était pas fondée à attribuer aux chefs des missions permanentes un pouvoir aussi général de représenter les Etats dans la conclusion des traités. En même temps, la Commission a conclu que la règle de 1962 était trop étroite en ce qu'elle se référait uniquement aux chefs des missions permanentes, alors que d'autres personnes peuvent être accréditées auprès d'un organe d'une organisation internationale, ou auprès d'une conférence internationale, pour la rédaction du texte d'un traité» (Conf. des NU sur le droit des traités, 1ère et 2ème sessions, op.cit., P. 14).

- (1) La CDI dit que: «Cette règle indique clairement que la production des pleins pouvoirs constitue, pour le représentant d'un autre Etat, la garantie fondamentale du droit qu'a le représentant d'un autre Etat de représenter celui-ci pour accomplir l'acte particulier dont il s'agit; elle indique aussi qu'il appartient aux Etats de décider s'ils peuvent, sans danger, ne pas exiger la production des pleins pouvoirs. Autrefois, on exigeait presque toujours la production des pleins pouvoirs; elle reste d'un usage courant dans la conclusion des traités d'un caractère plus formel. Cependant, à l'époque actuelle; un grand nombre de traités sont conclus en forme simplifiée et, dans la plupart des cas, la production des pleins pouvoirs n'est pas requise» (Conf. Des NU sur le droit des traités, Doc. Off. 1ère et 2ème, op. cit, P. 13).

pouvoirs» ⁽¹⁾. Cette sévérité accrue, et notamment la disparition de la dispense de la production des pleins pouvoirs en fonction de la pratique ou d'autres circonstances, se comprend aisément. En effet, la gravité de la situation que réglemente l'art. 67 (i.e. l'élimination ou la suspension du traité) exige le recours à un instrument marqué par une certaine solennité et cela afin de dissiper toute incertitude inhérente à la pratique (ou à d'autres circonstances) qui sont, sans doute, des données ambiguës.

A rappeler que la convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales a élargi le cercle des personnes qui peuvent représenter leur Etat, en vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, en ajoutant la catégorie suivante:

Les chefs de missions permanente auprès d'une organisation internationale, pour l'adoption du texte d'un traité entre les Etats accréditants et cette organisation ⁽²⁾.

En fait, l'article 12 est ainsi conçu :

(1) De même, d'après l'article 67 de la convention de Vienne de 1986, le représentant de l'organisation internationale qui fait la communication peut être invité à produire des pleins pouvoirs.

(2) Dans son commentaire, la CDI dit:

«Les chefs de mission permanente auprès d'une organisation internationale sont, de plein droit en vertu de leurs fonctions, compétents pour l'adoption du texte d'un traité entre des Etats accréditants et l'organisation. Ils peuvent également être compétents mais seulement en vertu de la pratique ou d'autres circonstances pour la signature ou pour la signature *ad referendum* du texte d'un traité entre des Etats accréditants et cette organisation» (Ann. CDI, 1982, II, 2ème partie, P. 26).

Alors que d'après l'article 7 de la convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre celles-ci, une personne est considérée comme représentant une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de cette organisation à être liée par un traité:

* Si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés ⁽¹⁾; ou

* S'il ressort des circonstances qu'il était de l'intention des Etats et des organisations internationales concernées de considérer cette personne comme représentant l'organisation à ces fins, conformément aux règles de ladite organisation, sans présentation de pleins pouvoirs ⁽²⁾.

(1) En fait, concernant la question selon laquelle: «Est-il normal de poser la règle que le représentant d'une organisation est astreint, comme celui d'un Etat, à établir par un document approprié qu'il a compétence pour représenter une organisation déterminée aux fins d'accomplir certains actes relatifs à la conclusion d'un traité (adoption et authentification du texte, consentement à être lié par un traité, etc.) ?», la CDI a répondu affirmativement, car il n'y a aucune raison, bien au contraire, de ne pas soumettre les organisations internationales à un principe déjà fermement et généralement établi pour le cas des traités entre Etats» (Ann. CDI, 1982, II, 2ème partie, P. 26).

(2) La CDI fait remarquer: «C'est un fait que, dans les traités constitutifs de beaucoup d'organisations parmi les plus importantes, aucune disposition ne précise à quel organe appartient la compétence pour engager l'organisation. En fait, la «pratique» y a pourvu, par des solutions nuancées qui admettent que dans beaucoup de cas le chef du secrétariat de l'organisation (quel que soit son titre) est compétent pour exprimer le consentement de l'organisation sans avoir à en référer à un autre organe. Cette solution découle des nécessités de la vie internationale» (Ibid, P. 27).

Il est bien évident que si le négociateur n'a pas le pouvoir de représenter l'Etat ou l'organisation internationale, soit ès qualité, soit en vertu des pleins pouvoirs, l'Etat ou l'organisation ne sera pas lié par ses actes, à moins que lesdits actes ne soient confirmés ultérieurement par l'Etat ou l'organisation.

C'est en ce sens que l'article 8 de la convention de Vienne de 1969 dit ⁽¹⁾:

«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» ⁽²⁾.

§ IV- L'Adoption Du Texte D'un Traité Négocié:

Il est bien établi que l'article 9 de la convention de Vienne de 1969 distingue, pour ce qui concerne l'adoption ⁽³⁾ du texte d'un traité, entre deux hypothèses, à savoir:

(1) Voir aussi, dans le même sens, l'article 8 de la convention de Vienne de 1986.

(2) Dans son commentaire, la CDI estime que:

«Lorsqu'un représentant n'est pas habilité à conclure un traité, il paraît évident en principe que l'Etat doit être en droit de répudier l'acte accompli par ledit représentant, comme le prévoient les dispositions de l'article. Mais il semble tout aussi évident que, malgré le défaut initial d'habilitation du représentant, l'Etat peut ultérieurement souscrire à l'acte accompli et établir ainsi son consentement à être lié par le traité. Il sera aussi réputé l'avoir fait implicitement s'il invoque les dispositions du traité, ou s'il agit de manière telle qu'il paraisse considérer l'acte de son représentant comme acquis» (Conf. des NU sur le droit des traités 1ère et 2ème Sessions, op.cit., P. 14)

(3) La CDI affirme que le terme «adopter» désigne le fait pour les Etats de:

a - D'une part, la règle générale est qu'un traité est adopté par le consentement de tous les Etats participant à son élaboration. Partant, ici, le système de vote applicable est celui de l'unanimité. Prima facie, cette hypothèse concerne un traité bilatéral ou un traité élaboré par un petit nombre d'Etats.

b - D'autre part, l'exception est qu'un traité adopté par une conférence internationale s'effectue à la majorité des deux tiers des Etats présents et votants, à moins que ces Etats ne décident, à la même majorité, d'appliquer une règle différente ⁽¹⁾. Le système de vote applicable est, donc, celui de la majorité à moins que les Etats n'en décident autrement⁽¹⁾.

«Fixer la forme et le contenu du traité envisagé. A ce stade, les Etats 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'Etat 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)» (Conf. des NU sur le droit des traités, 1ère et 2ème sess., Doc. Off., P. 15).

- (1) La CDI dit: « Autrefois, l'adoption du texte d'un traité exigeait presque toujours l'accord de tous les Etats participant aux négociations et l'on peut dire que l'unanimité était la règle générale. Toutefois, le développement de la pratique consistant à élaborer les traités lors de grandes conférences internationales ou au sein d'organisations internationales a eu pour résultat de favoriser un usage si fréquent de la procédure de vote à la majorité que, de l'avis de la Commission, il serait peu réaliste de poser comme règle générale que l'adoption des textes des traités élaborés lors des conférences ou au sein d'organisations internationales doit se faire à l'unanimité. L'unanimité demeure cependant la règle générale lorsqu'il s'agit de traités bilatéraux ou de traités conclus entre un petit nombre d'Etats. Mais, pour les autres traités multilatéraux, il convient d'énoncer une règle générale différente, bien que les Etats

§ V- L'Expression Du Consentement à Être Lié Par Un Traité Lors Des Négociations :

Il est bien établi que les traités internationaux peuvent être conclus par tous les moyens dont les parties sont convenues, quelle que soit la nature, la forme ou la dénomination de ceux-ci ⁽²⁾.

L'Etat (ou l'organisation internationale) peut exprimer son consentement à être lié par un traité sous plusieurs formes, dont, *inter alia*, la ratification (Pour l'organisation internationale «d'acte de confirmation formelle»), l'adhésion, la signature ⁽³⁾, l'acceptation, l'approbation, l'échange d'instruments constitutifs d'un traité ...etc. ⁽⁴⁾.

Evidemment, l'Etat (ou l'organisation internationale) peut déclarer son intention à être lié par le traité dès la phase de négociations ⁽⁵⁾, en précisant la forme convenue à ce propos.

intéressés restent évidemment libre d'appliquer s'ils le désirent, la règle de l'unanimité dans des cas particuliers» (Loc.Cit.).

- (1) Voir aussi dans le même sens l'article 9 de la convention de Vienne de 1986.
- (2) Ahmed Abou-el-wafa: Recherches sur les traités conclus par les organisations internationales *inter se* ou avec des Etats, op.cit., P. 351.
- (3) Il est à rappeler que, pour ce qui concerne la signature, la CDI dit que l'expression «organisation ayant participé à la négociation» doit «être interprétée compte tenu du fait que le consentement d'une organisation à être liée par la signature ne peut être donné que conformément aux règles pertinentes de l'organisation». (Ann. CDI, 1982, vol.II, 2e partie, P. 30).
- (4) Voir les articles 11-16 des conventions de Vienne de 1969 et 1986 concernant le droit des traités.
- (5) Il faut noter que l'article 2 de la convention de Vienne de 1969 ainsi que celui de la convention de 1986 distinguent les expressions «Etat contractant», «partie», «Etat tiers» et «Etat ayant participé à la

C'est ainsi que les articles 12, 14 et 15 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 prévoient que le consentement d'un Etat à être lié par un traité s'exprime par la signature, la ratification, l'acceptation, l'approbation, ou l'adhésion :

«Lorsqu'il est par ailleurs établi que les Etats ayant participé à la négociation étaient convenue que la signature (la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion) aurait cet effet»⁽¹⁾.

Dans son commentaire sous le texte ci-dessus, la CDI dit que dans pareils cas :

«Il ne s'agit que d'utiliser les éléments de preuve pour démontrer l'intention des parties»⁽²⁾.

négociation» ou «organisation ayant participé à la négociation». Cette dernière s'entend d'un Etat ou d'une organisation internationale ayant participé à l'élaboration et à l'adoption du texte du traité.

(1) Voir aussi, en même sens, les articles 12, 14 et 15 de la convention de Vienne de 1986 concernant les traités conclus par les organisations internationales.

(2) Conf. des NU sur le droit des traités, 1ère et 2ème Sess., Doc. off., P. 17..

SECTION II

PROBLÈMES LIÉS À LA NÉGOCIATION COMME PHASE DANS LA CONCLUSION DES TRAITÉS INTERNATIONAUX

Il y a certains problèmes qui sont liés à la négociation comme phase dans la conclusion des traités internationaux.

Ces problèmes sont les suivants :

§ I- Les Négociations, Eléments Des Travaux Préparatoires, Constituent un Facteur Extrinsèque De l'Interprétation Des Traités :

Nous allons rappeler, d'abord, les règles générales et, ensuite, l'utilisation des négociations pour prouver les intentions réelles des Parties :

A) Les règles générales:

Il est fréquent que l'application d'un traité international appelle quelque interprétation. Celle-ci est une opération qui consiste à préciser le sens d'un acte juridique donné, à en préciser la portée et à en éclaircir les points ambigus ou obscurs.

Les tribunaux internationaux, judiciaires ou arbitraux, font appel à des moyens extrinsèques, particulièrement aux travaux préparatoires, pour vérifier ou éclaircir le sens d'un texte obscur.

En l'espèce, l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 prévoit que :

«Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu»⁽¹⁾.

D'ailleurs, la CPJI remarque :

«Comme la Cour est d'avis que l'article 3 est en lui-même suffisamment clair pour permettre de déterminer la nature de la «décision à prendre» par le Conseil aux termes de cet article, la question ne se pose pas de savoir si, en se fondant sur des considérations tirées des travaux préparatoires du Traité de Lausanne, on arriverait aux mêmes conclusions que celles qui viennent d'être formulées.

Cependant, il peut être utile d'examiner, également à la lumière des négociations de Lausanne, l'article 3 et l'interprétation que la Cour vient d'en donner, car le Gouvernement turc a invoqué à l'appui de sa thèse contraire certains faits appartenant aux négociations en question»⁽²⁾.

Prima facie, le recours à ce qui s'est passé au cours des négociations, i.e., aux travaux préparatoires, n'est pas indispensable si le texte est clair. Ainsi, la CIJ dit :

«...il n'y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair»⁽³⁾.

(1) Voir aussi l'article 32 de la convention de Vienne de 1986 concernant les traités conclus par les organisations internationales.

(2) Article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne (Frontière Turquie/Irak). C. P. J. I., Série B, no 12, P. 22.

(3) CIJ, Rec., 1948, P. 63.

Or, un problème surgit à propos de l'opposabilité des travaux préparatoires des traités multilatéraux, en ce qui concerne les Etats n'ayant pas pris part aux négociations⁽¹⁾.

B) Les négociations internationales en tant que moyens de preuve des intentions réelles des parties intéressées :

Cela est vrai en cas de réussite ou d'échec des négociations. En fait, les procès-verbaux, les comptes rendus des négociations internationales sont d'importance vitale pour la preuve des intentions réelles des parties en cause.

-
- (1) En fait, la CPJI s'est abstenue de tenir compte des travaux préparatoires de certaines dispositions du Traité de Versailles parce que trois des Etats plaidant devant la cour n'avaient pas participé à la conférence qui l'a adopté. La cour a refusé *expressis verbis* de faire une distinction entre documents publiés et documents non publiés.

Dans son commentaire, la CDI n'a pas accepté cette position de la CPJI. Elle dit :

«Commission s'est toutefois demandé si cette décision correspondait à la pratique réelle en matière de recours aux travaux préparatoires en ce qui concerne les traités multilatéraux ouverts à l'adhésion d'Etats qui n'ont pas participé à la conférence au cours de laquelle le traité a été rédigé. En outre, le principe que traduit cette décision ne paraissait pas aussi rigoureux qu'on pourrait le croire à en juger par la formule que la Cour a employée dans cette affaire. Un Etat qui adhère à un traité à la rédaction duquel il n'a pas pris part est parfaitement en droit de demander à voir les travaux préparatoires, s'il le désire, avant de donner son adhésion. Il a semblé, de même, que la règle proposée serait d'une application difficile dans la pratique, compte tenu du grand nombre et de l'importance des traités multilatéraux ouverts à l'adhésion de tous les Etats. Ces considérations valent pour les travaux préparatoires qui, sans avoir été publiés, sont néanmoins accessibles, aussi bien que pour ceux qui ont été publiés; lorsqu'il s'agit de traités bilatéraux ou de traités «fermés» conclus entre un petit nombre d'Etats, les travaux préparatoires non publiés sont habituellement dans les mains de toute les parties» (Conf. des NU sur le droit des traités, 1ère et 2ème Sessions, Doc. off., P. 47).

Partant, si l'engagement des négociations est fait à des fins «exploratoires», aucune intention ne peut en être dégagée⁽¹⁾.

La relation entre la négociation et l'intention des parties peut être exposée de la manière suivante :

a - La négociation peut être considérée comme révélatrice de l'intention des parties :

Ainsi dans l'affaire concernant la compétence pêcheries, la CIJ dit :

«Le déroulement des négociations révèle donc les intentions des parties».

Le texte anglais de l'arrêt, qui fait foi, emploie l'expression «The history of the negotiations»⁽²⁾.

De même, dans la même affaire, la cour dit :

«Il ressort des comptes rendus de ces négociations qui ont été établis et portés à la connaissance de la Cour par le demandeur ainsi que de certains documents échangés entre les deux gouvernements que, dès le 5 octobre 1960, il apparaissait clairement que le Royaume-Uni accepterait en principe le droit de l'Islande d'étendre sa zone de compétence exclusive sur les pêcheries jusqu'à 12 milles à l'expiration d'une période transitoire»⁽³⁾.

(1) Ainsi, dans l'affaire de la compétence en matière des pêcheries, la République Fédérale d'Allemagne «s'est déclarée prête à entamer de nouveaux entretiens exploratoires sans préjudice de sa position juridique» (CIJ, Rec., 1974, P. 186, Par. 28).

(2) CIJ, Rec., 1973, P. 13, par. 21

(3) Ibid, P. 10, par. 18. Et la cour de souligner :

«...l'historique des négociations conduit à écarter cette interprétation. Cet historique renforce la thèse selon laquelle la

D'ailleurs, lors de l'affaire relative au différend entre El Salvador et Honduras, la cour fait observer :

«Au cours de toutes les négociations antérieures, les Parties avaient été en désaccord quant à l'emplacement de la frontière dans ce secteur et le Honduras n'avait rien admis sur ce point, mais les négociations furent menées sur la base du postulat, admis de part et d'autre, que c'était la limite entre les *ejidos* de Citalá et de Ocotepeque qui définissait la frontière» ⁽¹⁾.

Cour est compétente en l'espèce et fait ressortir que l'intention véritable des parties était de donner au Gouvernement du Royaume-Uni des assurances réelles qui constituaient une condition *sine qua non* et non pas simplement une condition dissociable de l'ensemble de l'accord, et consistaient dans le droit de contester devant la Cour la validité de tout nouvel élargissement de la compétence de l'Islande en matière de pêcheries» (Ibid, P. 13, pars. 22-23).

D'ailleurs la Grèce dit: «L'attitude du Gouvernement grec au cours des négociations doit être appréciée dans son contexte diplomatique et juridique. Elle procède de l'intention d'aboutir à une solution amiable, transactionnelle» (CIJ, affaire du plateau continental de la mer Egée, Mémoires, P. 271).

(1) CIJ, Rec., 1992, Différend El Salvador/Honduras, p. 405, par. 72. La Cour aussi remarque:

«L'aspect important des négociations de 1881 est, comme la Chambre l'a relevé plus haut, l'identité de vues des Parties en ce qui concerne le fondement et la portée de leur différend. Leur souci était de définir la ligne séparant les terres comprises dans le titre de Citalá de 1776 et celles comprises dans le titre d'Ocotepeque, étant entendu que cette ligne correspondait à une délimitation «des territoires des deux Républiques». Rien n'indique, dans les procès-verbaux des négociations de 1881, que le Honduras ait soutenu que la ligne de démarcation entre les terres de Tepanguisir, appartenant à Citalá, et celles appartenant à Ocotepeque n'était qu'une ligne de partage des terres, toutes situées au Honduras, de deux communautés, dont l'une était au Salvador. D'après les documents présentés à la Chambre, c'est dans le cadre des négociations qui se déroulèrent entre les deux gouvernements à Antigua (Guatemala) en

Plus loin, la cour dit :

«...Rien, dans le compte rendu des négociations de 1861 et 1869, ne suggère qu'il y ait eu un désaccord fondamental entre les Parties au sujet de cette ligne, dont l'acceptation était néanmoins liée à la question différente de savoir si le Negro-Quiagara formait ou non la limite provinciale» ⁽¹⁾.

b- La négociation n'ajoute pas d'éléments *ex novo* à l'accord final des parties (et partant à leurs intentions communes) si le texte est clair :

Cela est dû à une raison simple : Si les parties en cause avaient voulu ajouter un nouvel élément, elles l'auraient ajouté *expressis verbis* dans le texte de l'accord.

C'est en ce sens que, parlant d'une communication signée du ministre des relations extérieures de Guatemala dans laquelle est énoncé que son Gouvernement : «est prêt à entamer des négociations avec le Gouvernement de ladite Principauté (i.e. Liechtenstein) afin d'arriver à une solution amiable par voie de règlement direct, d'arbitrage ou de règlement judiciaire», la CIJ dit :

1972, ainsi que cela est consigné à la date du 11 juin 1972, que le Honduras a revendiqué pour la première fois la ligne frontière correspondant à l'interprétation qu'il donne aujourd'hui de l'effet juridique du titre de Citalá de 1776.» (Ibid, P. 407, par. 76).

(1) Ibid, P. 515, par. 263. Aussi, l'on dit qu'il ressort : «aussi bien de l'histoire des négociations de cet instrument telle qu'elle a été rapportée par la Cour ou encore des conclusions des Parties lors de la procédure devant le Tribunal, que la volonté commune des Parties était de parvenir à la détermination d'une frontière maritime unique et que telle était la mission essentielle confiée au Tribunal» (CIJ, Rec., 1991, Sentence arbitrale, op. diss. Thierry, P. 183).

«Ce serait entraver l'ouverture des négociations en vue de régler un différend international ou de conclure un compromis d'arbitrage, ce serait gêner l'emploi des méthodes de règlement recommandées par l'article 33 de la charte des Nations Unies, que d'interpréter l'offre d'y recourir, le consentement à y prendre part ou le fait d'y participer comme impliquant renonciation à tel moyen de défense qu'une partie croit avoir ou comme impliquant acceptation de telle prétention de l'autre partie *alors que cela n'a pas été exprimé ou ne résulte pas d'une façon incontestable de l'attitude adoptée*» ⁽¹⁾.

Du surcroît, la CIJ affirme qu'elle :

«N'estime pas pouvoir tirer des travaux préparatoires tels qu'ils lui ont été présentés — c'est-à-dire réduits aux divers projets susmentionnés — d'éléments complémentaires déterminants pour l'interprétation du texte agréé; quelles qu'aient pu être les motivations de chacune des Parties, la Cour ne peut que s'en tenir aux termes mêmes du procès-verbal traduisant leur commune intention et à l'interprétation qu'elle en a déjà donnée» ⁽²⁾.

(1) CIJ, Rec., 1955, aff. Nottebohm, P. 19-20 (les italiques sont de nous).

(2) CIJ, Rec., 1995, délimitation maritime et questions territoriales, P. 22.

D'ailleurs, dans L'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique Nord*, le tribunal déclare:

«Now, considering that the Treaty used the general term "bays" without qualification, the Tribunal is of opinion that these words of the Treaty must be interpreted in a general sense as applying to every bay on the coast in question that might be reasonably supposed to have been considered as a bay by the negotiators of the Treaty under the general conditions then prevailing, unless the

c - Une cour international peut appuyer son raisonnement sur ce qui s'est passé lors des négociations, donnant ainsi à celles-ci une «corroborative weight» :

A ce propos, une chambre de la CIJ dit, lors du différend El Salvador/Honduras, que :

«On peut attribuer la même valeur de confirmation au comportement des parties lors des négociations qui ont eu lieu au XIX^e siècle» (le texte anglais, qui fait foi, est plus explicite. Il est ainsi conçu: «Similar corroborative weight may be attached to the conduct of the parties in negotiations in the 19th century» ⁽¹⁾).

De plus, lors de l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, le Cameroun s'est référé aux négociations maritimes avec le Nigéria pour prouver sa souveraineté sur la presqu'île de Bakassi. Or, le Nigéria n'a reconnu aucune force obligatoire aux accords de délimitation.

La CIJ, après avoir exposé les arguments des deux parties a fait sienne la thèse du Cameroun ⁽²⁾.

United States can adduce satisfactory proof that any restrictions or qualifications of the general use of the term were or should have been present to their minds» (RSA, vol. XI, P. 195).

(1) CIJ, Rec., 1992, P. 550, par. 317.

(2) CIJ, Rec., 2002, pars 210-214. Dans le même ordre d'idées, le juge Read souligne :

«La même situation se présente dans le cas d'autres Etats riverains. Les Parties n'ont pas cité de cas où un Etat riverain aurait saisi un navire étranger, justifié et maintenu cette saisie sur le plan international en se fondant sur de longues lignes de base qui s'écartaient de la direction et des sinuosités de la côte. Il a été de pratique universelle — au cours des négociations diplomatiques,

Enfin, lors de l'affaire relative à certains biens (Liechtenstein C. Allemagne, la CIJ s'est référée à la position adoptée par l'Allemagne dans le cadre des «consultations bilatérales» pour prouver l'existence d'un différend juridique opposant les parties ⁽¹⁾).

Il est à rappeler que le contexte général des négociations joue, en l'occurrence, un rôle important.

Ainsi, lors de l'affaire relative aux ressortissants des Etats-Unis au Maroc, la CIJ a dit :

«Pendant cette période, la France et les Etats-Unis ont négocié sur un certain nombre de questions, y compris la renonciation aux droits capitulaires. On trouve dans la correspondance diplomatique des expressions isolées qui, prises hors de leur contexte, peuvent être considérées comme la reconnaissance des prétentions des Etats-Unis d'exercer la

devant les cours de prises ou les tribunaux nationaux (dans la mesure où ceux-ci appliquaient le droit international) et devant les tribunaux internationaux — de se fonder sur un calcul des eaux territoriales à partir de la terre la plus proche (ou des eaux intérieures)». CIJ, Rec., 1951, op.diss. Read, P. 191-192. Le même juge

ajoute :
«Le rapport de 1912 fut transmis, et adopté par le ministère norvégien des Affaires étrangères comme une déclaration des principes du droit international à l'appui de la thèse norvégienne. Mais il en fut fait ainsi au cours des négociations tendant à établir un *modus vivendi*. De par sa nature même, un *modus vivendi* implique que les deux parties à la controverse réservent et maintiennent leurs positions juridiques respectives. Même si rien n'avait été dit, il eût été nécessaire de présumer l'intention des deux parties de ne rien reconnaître et de maintenir intactes leurs positions juridiques. Toutefois, en l'espèce, les négociations eurent lieu sur la base d'une stipulation prévoyant de laisser «intacte la question de principe»» (Ibid, P. 203).

(1) CIJ, Rec., 2005, par. 25.

juridiction consulaire et autres droits capitulaires. Mais d'autre part, la cour ne peut ignorer la teneur générale de la correspondance qui démontre qu'à tout moment la France et les Etats-Unis cherchaient une solution fondée sur un accord réciproque et que ni l'une ni l'autre des parties n'envisageait l'abandon de sa position juridique» ⁽¹⁾.

Prima facie, la bonne foi entre en ligne de compte pour l'interprétation des traités internationaux : «les parties sont présumées avoir négocié de bonne foi et l'interprète doit retenir le sens conforme à cette présomption» ⁽²⁾.

d - Pour dégager l'intention des parties, leurs actes doivent être, au cours des négociations, concordants et suffisamment clairs :

Ce la a été brillamment dit par le tribunal arbitral dans l'affaire «Lac Lanoux» (1957) :

«D'une manière plus générale, lorsqu'une question donne lieu à de longues controverses et à des négociations diplomatiques plusieurs fois amorcées, suspendues et reprises, il y a lieu, pour interpréter la portée des documents diplomatiques, de tenir compte des principes suivants:

Comme il l'a été reconnu par la jurisprudence internationale, tant par la Cour permanente d'Arbitrage, dans l'affaire des Pêcheries de l'Atlantique Nord (1910), que par la Cour internationale de Justice, dans l'affaire des Pêcheries (1951) et dans celle des ressortissants des Etats-Unis au Maroc (1952), il ne faut pas s'attacher à des

(1) CIJ, Rec., 1952, P. 200-201.

(2) J. P. Cott: La bonne foi et la conclusion des traités, op.cit., P. 143.

expressions isolées ou à des attitudes ambiguës qui n'altèrent pas les positions juridiques prises par les Etats. Toute négociation tend à revêtir un caractère global, elle porte à la fois sur des droits, les uns reconnus et les autres contestés, et sur des intérêts; il est normal qu'en prenant en considération les intérêts adverses, une Partie ne se montre pas intransigeante sur tous ses droits; c'est la seule manière, pour elle, de faire prendre en considération certains de ses propres intérêts.

Par ailleurs, pour qu'une négociation se déroule dans un climat favorable, il faut que les Parties consentent à suspendre, pendant la négociation, le plein exercice de leurs droits. Il est normal qu'elles prennent des engagements à cet effet. Si ces engagements devaient les lier inconditionnellement jusqu'à la conclusion d'un accord, elles perdraient, en les signant, la faculté même de négocier; cela ne saurait être présumé.

Il est nécessaire de garder ces considérations présentes à l'esprit, lorsqu'il s'agit de tirer des conclusions juridiques de la correspondance diplomatique» (1).

(1) RSA, vol. XII, P. 311. D'ailleurs, le juge Basdevant dit:

«Sur le premier point, on doit déterminer l'effet de la lettre du ministre français de la Marine, du 14 septembre 1819, dont copie, accompagnée d'une carte, a été remise, le 12 juin 1820, par l'ambassadeur de France au Foreign Office; mention y est faite des «îles...des Minquiers possédées par l'Angleterre». Prise à la lettre, cette mention trancherait le débat pour les Minquiers, mais Il ne me semble pas qu'on puisse lui reconnaître une telle autorité. Cette lettre n'a été transmise que pour fournir des éclaircissements, à l'occasion d'une négociation portant sur la protection des huîtrières, non sur la souveraineté; elle émane d'un ministre qui n'a pas qualité pour prononcer sur une question de souveraineté territoriale et elle

De plus, dans l'affaire relative à l'Interprétation de *l'accord aérien du 27 mars 1946*, les parties différaient quant au sens du terme «Moyen-Orient», utilisé pour décrire une route aérienne. Le tribunal, s'appuyant sur la position concordante du gouvernement américain, dit ceci :

«Les autorités américaines ont par contre contribué par des communications concordantes faites à trois reprises, à susciter du côté du gouvernement français une idée bien arrêtée du tracé général et spécifique de la route qu'on lui proposait et sur laquelle on lui demandait d'accorder des droits. Ce faisant, elles ont permis que les négociateurs de l'autre Partie contractante se persuadent que, dans ce qu'on leur proposait et qu'on leur demandait, le terme «Near East» n'était pas employé dans la plus large de ses différentes acceptions possibles, mais pour désigner une région délimitée, malgré son ampleur, suivant les indications cartographiques spontanément fournies. Le gouvernement américain doit donc accepter, de l'avis du Tribunal, qu'une telle conduite au cours des négociations préalables lui soit

révèle même, chez son auteur, certains oublis graves; à Londres, elle fut jugée de si peu de poids que Canning, rédigeant ses instructions en vue des négociations qui suivirent et se plaçant sur le terrain du droit exclusif de pêche d'un Etat dans ses eaux territoriales et de la réciprocité, tout en admettant une zone de pêche réservée autour des îles Chausey qu'il tenait pour «inhabitées», n'a rien prévu ni pour les Minquiers ni pour les Ecréhous. Le propos du ministre de la Marine ne paraît donc pas constituer une admission dont on puisse faire Etat aujourd'hui. Il serait tout aussi exagéré d'entendre le silence de Canning comme impliquant qu'il reconnaissait ces flots comme échappant à la souveraineté britannique. D'un côté comme de l'autre, les hommes d'Etat responsables ne se posaient pas alors cette question». (Affaire des Minquiers et des Ecréhous (Opinion individuelle de M. Basdevant). C.I. J. Recueil 1953, pp. 80-81.)

opposée au moment de l'interprétation de l'Accord qui en a été le résultat». (1).

e - Les négociations internationales peuvent contribuer à la formation des éléments matériel et psychologique (*opinio jure sive necessitatis*) de la coutume internationale :

Cela est évident. En fait, la pratique des Etats, même au cours des négociations, peut jouer un rôle non négligeable pour la création d'une règle coutumière.

A cet égard, le juge Read dit :

«Le droit international coutumier est la généralisation de la pratique des Etats. On ne saurait démontrer cette pratique en citant les cas dans lesquels les Etats riverains ont formulé d'amples revendications mais ne les ont pas maintenues sous la forme d'une affirmation réelle de leur souveraineté à l'encontre des navires étrangers qui, sans autorisation, pénétraient dans cette zone. Il est possible que de telles revendications soient importantes comme points de départ; si elles ne sont pas contestées, elles peuvent se transformer, avec le temps, en titres historiques.

La seule preuve convaincante de la pratique des Etats est fournie par les saisies, l'Etat riverain affirmant sa souveraineté sur les eaux dont il s'agit en arrêtant les navires étrangers et en maintenant son point de vue au cours de négociations diplomatiques et d'arbitrages internationaux»(2).

(1) Sentence du 22 décembre 1963, texte in RGDIP, 1965, P. 242.

(2) CIJ, Rec., 1951, op. diss. Read, P. 191.

De tout ce qui précède, l'on peut dire que les négociations internationales ont, dans certains cas, une valeur juridique incontestée. C'est pourquoi, nous ne pouvons pas accepter la thèse suivante :

«La jurisprudence refuse de prendre en considération toute plainte qui l'obligerait à formuler un jugement de valeur sur le comportement des Etats lors de la négociation»⁽¹⁾.

§ II- L'Abandon Ou La Suspension D'un Traité Malgré L'engagement Des Négociations :

En vertu de la règle *Pacta sunt servanda* et du principe *ex consensu advenit vinculum*, un traité international doit être respecté et exécuté de bonne foi. Partant, une partie ne peut pas le suspendre ni l'abandonner. Cela est vrai, surtout, au cas où des négociations seraient engagées pour la modification ou l'amendement dudit traité.

Ainsi, critiquant la position adoptée par la Hongrie qui a suspendu et abandonné les travaux d'un projet, la CIJ :

«Qui plus est, des négociations étaient en cours, qui auraient pu aboutir à une révision du projet et au report de certaines de ses échéances, sans qu'il fût besoin de l'abandonner. La Cour en infère que le respect par la Hongrie, en 1989, de ses obligations aux termes du traité de 1977 n'aurait pu aboutir à une situation que l'adage *summum jus summa injuria* caractérise parfaitement»⁽²⁾.

(1) L. Marion: le *pactum de contrahendo*, RGDI, 1974, P. 392-393.

(2) CIJ, Rec., 1997, P. 45, par. 57.

Et la cour de conclure :

«La Hongrie et la Slovaquie doivent négocier de bonne foi en tenant compte de la situation existante et doivent prendre toutes mesures à l'effet d'assurer la réalisation des objectifs du traité du 16 septembre 1977, selon des modalités dont elles conviennent..... Sauf si les parties en conviennent autrement, un régime opérationnel conjoint doit être établi conformément au traité du 16 Septembre 1977»⁽¹⁾.

§ III- La Négociation Des Traités En Cas D'absence Ou De Rupture Des Relations Diplomatiques :

Cette question soulève deux problèmes essentiels, à savoir :

A) Nous avons déjà indiqué que les négociations internationales peuvent être entamées, *inter alia*, par la mission diplomatique. Evidemment, en cas de rupture ou d'absence des relations diplomatiques, cette fonction de la mission diplomatique serait impossible⁽²⁾.

(1) Loc. Cit.

(2) Ainsi, à propos des fonctions de la mission diplomatique, nous avons dit:

«Prima facie la rupture des relations diplomatiques, étant un acte qui met fin à la mission ainsi que son personnel, ces fonctions ne peuvent plus être achevées dans le cadre du droit diplomatique bilatérale, au moyen de la mission diplomatique permanente : la rupture signifie l'impossibilité *de jure* et *de facto* de réaliser ces fonctions par la mission diplomatique ; et ce n'est qu'au moyen d'autres procédés de contacts ou de relations entre les deux Etats intéressés (e.g. l'envoi d'une mission spéciale ou d'un envoyé itinérant) que lesdites fonctions ou, tout au moins, certaines d'entre elles peuvent être atteintes» (Ahmed Abou-el-wafa : Le problème de la rupture des relations entre les sujets de droit international, R. Eryp. D. I., 1999, P. 86).

D'ailleurs, on souligne :

B) La rupture ou l'absence des relations diplomatiques n'empêche pas la conclusion des traités entre les Etats en cause et, à plus forte raison, l'engagement des négociations nécessaires à cette fin. En fait :

«Relations conventionnelles et relations diplomatiques et consulaires ne sont liées d'aucun lien juridique de principe»⁽¹⁾.

C'est pourquoi l'article 74 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités prévoit :

«La rupture des relations diplomatiques ou des relations consulaires ou l'absence de telles relations entre deux ou plusieurs Etats ne fait pas obstacle à la conclusion de traités entre lesdits Etats. La conclusion d'un traité n'a pas en soi d'effet en ce qui concerne les relations diplomatiques ou les relations consulaires»⁽²⁾.

«Les négociations directes entre les parties au différend sont toujours possibles lorsque les Etats en présence ont des relations diplomatiques. Elles deviennent plus difficiles lorsque les relations diplomatiques n'existent pas car il faut l'acceptation de représentants spéciaux des Etats pour mener les négociations ... ou passer par l'intermédiaire des Etats auxquels a été confiée la garde des intérêts des Etats en présence. Tel a été le cas pour les différends qui ont surgi entre Cuba et les Etats-Unis» (Bastid : Cours de droit international public, les cours de droit, Paris, 1976-1977, P. 1080).

(1) Rapport de la CDI à l'A.G., Doc. off., 1980, Supp. No.10 (A/35/10), P. 227.

(2) On a éprouvé quelques doutes à propos du terme "ou l'absence" parce qu'il peut mêler "la question politique de la reconnaissance à la question juridique de la conclusion des traités" cf, conf, des NU sur le droit des traités, 2e session, P. 136 (le représentant de la Syrie) ; des doutes semblables ont été exprimés par les représentant de l'Egypte, de l'Algérie et de Kenya (voir U.N. conf, On the law of treaties, first session, op.cit., P. 480).

Ce texte s'explique, à nos yeux, par les raisons suivantes:

Primo, alors que la rupture des relations diplomatiques a toujours une signification politique et affecte seulement les relations politiques entre les deux gouvernements en cause, la conclusion des traités est un acte juridique qui lie les deux Etats. Partant, dire que la conclusion d'un traité n'affecte pas les relations diplomatiques (ou consulaires) entre ceux-ci est une chose acceptable, du fait de la différence de nature qui existe entre ces deux actes.

Secundo, le fait de permettre l'établissement des relations juridiques malgré la rupture permettra de conclure des traités qui sont nécessaires même à la subsistance des Etats (traités commerciaux, traités économiques...etc.) (1).

Tertio, il ne fait aucun doute que, conserver les canaux juridiques normaux entre les deux Etats concernés, au moyen de la conclusion des traités, peut contribuer à réduire les tensions qui existent entre eux et ouvrira la voie à une nouvelle entente qui pourrait aboutir à la normalisation et la reprise de leurs relations diplomatiques (ou consulaires).

Il est à rappeler qu'en cas de rupture des relations diplomatiques, l'intervention des tiers pourrait être

(1) Il suffit de rappeler ici que "...In practice, States would more often than not refrain from concluding treaties when relations between them were strained" (U.N. conf. On the law of treaties, first session, P. 384, le repr. de la Malysie) , et que "...Important agreements would be frustrated if severance were to be a barrier to the conclusion of treaties" (Loc. cit. le repr. de Perou).

indispensable pour rapprocher les positions des parties concernées⁽¹⁾.

§ IV- Les Mesures Ou Contre-Mesures Prises Au Cours Des Négociations :

A dire vrai, dans certains cas, l'engagement des négociations nécessite l'abstention de prendre des actes qui sont susceptibles d'aggraver la situation ou de saper la négociation elle-même.

Ainsi, la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (1997) prévoit ce qui suit : des consultations et négociations concernant les mesures projetées sur un cours d'eau international peuvent être entamées entre les Etats du cours d'eau. Si des effets négatifs significatifs pourraient résulter de la mise en œuvre des mesures projetées, l'Etat du cours d'eau en donne notification pour les autres Etats du cours d'eau, ces derniers communiquent à l'Etat auteur de la notification leurs conclusions.

(1) A ce propos, l'ancien président de la CIJ dit:

«Tant que le dialogue est interrompu entre les deux parties, on doit à mon avis faire appel à l'initiative de tiers. Il faut encourager les Etats concernés à rechercher une solution afin d'éviter entre eux toute nouvelle détérioration de la situation. Pour combler le gouffre qui les sépare, pour dissiper la tension et la méfiance, la seule voie est celle d'une action patiente et judicieuse par la médiation, la conciliation ou les bons offices. Le rôle du Secrétaire général des Nations Unies est peut-être ici l'élément clé» (CIJ, Rec., Personnel diplomatique et consulaire, 1980, op.ind. Lachs, P. 49).

Or, l'article 17 par. 1, à ce propos, souligne :

«Au cours des consultations et des négociations, l'Etat auteur de la notification s'abstient, si l'Etat auquel la notification a été adressée le lui demande au moment où il fait sa communication, de mettre en œuvre ou de permettre que soient mises en œuvre les mesures projetées pendant une période de six mois, sauf s'il en est autrement convenu».

Ainsi, l'on peut être tenté de dire que lorsqu'un différend ou une négociation est en cours, une partie ne doit rien faire *pendente lite* qui puisse causer un tort irréparable aux droits revendiqués ⁽¹⁾.

A ce propos, dans sa résolution de 1934 concernant le régime des représailles en temps de paix (Session de Paris), l'I.D.I souligne (art.5) :

(1) Dans son arrêt relatif à la compétence pêcheries, la CIJ dit:

«Le 17 août 1972 la Cour a rendu une ordonnance en indication de mesures conservatoires où elle indiquait notamment qu'en attendant l'arrêt définitif en l'affaire l'Islande devait s'abstenir de toute mesure visant à appliquer le règlement du 14 juillet 1972 aux navires immatriculés dans la République fédérale et pêchant au-delà de la zone de pêche de 12 milles et que la République fédérale devait limiter à 119 000 tonnes les prises annuelles de ses navires dans la zone maritime islandaise. Le fait que la République fédérale s'est conformée aux mesures visant la limitation des prises indiquées dans l'ordonnance de la Cour n'a été ni mis en doute ni contesté. En revanche, l'Islande, contrairement aux mesures indiquées par la Cour, a commencé à appliquer le nouveau règlement à l'encontre des navires de la République fédérale peu après le 1er septembre 1972, date à laquelle ce règlement est entré en vigueur. Des négociations en vue d'aboutir à un arrangement provisoire ont cependant repris entre les deux pays et se sont poursuivies par intermittence en 1972 et 1973, mais aucun accord n'est intervenu» (CIJ, Rec., 1974, P. 188, Par. 32).

«Les représailles même non armées son interdites quand le respect du droit peut être effectivement assuré par des procédures de règlement pacifique».

Or, il est bien établi que «Les négociations sont le plus souvent accompagnées de pressions» ⁽¹⁾. Celles-ci prennent toujours la forme de mesures ou contre-mesures décidées par l'Etat concerné.

Ainsi, on a affirmé qu'il n'existe pas de règle qui prohibe les contre-mesures «au cours d'une négociation» ⁽²⁾.

De même, le tribunal arbitral dans l'affaire Lac Lanoux dit :

«Il est normal qu'en prenant en considération les intérêts adverses, une partie ne se montre pas intransigeante sur tous ses droits» ⁽³⁾.

Et le tribunal ajoute :

"Par ailleurs, pour qu'une négociation se déroule dans un climat favorable, il faut que les Parties consentent à suspendre, pendant la négociation, le plein exercice de leurs droits. Il est normal qu'elles prennent des engagements à cet effet. Si ces engagements devaient les lier inconditionnellement jusqu'à la conclusion d'un accord, elles perdraient, en les signant, la faculté même de négocier; cela ne saurait être présumé.⁴ » L'on dit même que : « Mais l'existence d'un différent n'oblige pas un Etat à suspendre

(1) P. Reuter et J. Combacau: Institutions et relations internationales, op.cit., P. 215.

(2) RSA, vol. XVIII, P. 484-485, par. 91.

(3) RGIP, 1958, P. 111.

(4) Loc. Cit.

l'exercice de sa compétence ; négociier n'est pas reconnaître qu'on a tort de prétendre au droit d'agir»⁽¹⁾.

D'ailleurs, la CEDH fait valoir ceci (concernant les négociations internes) :

« La cour constate que, dans un système volontaire de négociation collective, il est fondamental qu'un syndicat reconnu par un employeur puisse prendre des mesures - y compris, si nécessaire, organiser des actions revendicatives - en vue de convaincre l'employeur d'accepter une telle négociation. »⁽²⁾

Il s'ensuit qu'un Etat peut prendre des contre-mesures à l'encontre d'un autre Etat pour amener celui-ci à s'acquitter de ses obligations envers celui-là, pourvu que les contre-mesures soient proportionnelles au préjudice subi.

Or, dans le projet d'articles concernant la «responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite», adopté par la CDI en 2001, il est prévu (article 52) qu'avant de prendre des contre-mesures, l'Etat lésé doit, inter alia:

« Notifier à l'Etat responsable toute décision de prendre des contre-mesures *et offrir de négocier avec cet Etat* »⁽³⁾.

(1) A. G. : Commentaire sous l'affaire Lac Lanoux, op.cit., P. 122

(2) Texte, in V. Berger : Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, Sirey, Dalloz, Paris, 2004, P 584.

(3) Les Italiques sont de nous. De même l'on affirme que :

« Le droit international général exigerait donc en principe que l'Etat qui prend des contre-mesures ait, plutôt qu'épuisé la négociation étant un moyen de règlement toujours et immédiatement disponible aux parties —, recouru ou tenté de recourir préalablement à la négociation. On pourrait dire que la négociation préalable est la clef

Il existe, donc, un lien étroit entre les contre-mesures et l'engagement des négociations internationales.

D'ailleurs, la prise de contre-mesures ne doit pas sérieusement aggraver le différend. C'est, dans ce sens, que l'institut de droit international dans sa résolution concernant « l'utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) » affirme :

« Durant les négociations, tout Etat devrait conformément au principe de bonne foi, s'abstenir de procéder aux travaux ou aux utilisations faisant l'objet du différend, ou de prendre toutes autres mesures susceptibles de l'aggraver ou de rendre l'entente plus difficile »⁽¹⁾.

Dans un sens proche, l'Assemblée générale des NU dit que l'un des principes des négociations internationales est celui-ci :

« Les Etats doivent s'efforcer de maintenir une atmosphère constructive durant les négociations et s'abstenir de tout comportement qui pourrait compromettre les négociations et leur progrès »⁽²⁾.

Dé plus, les parties au différend peuvent se trouver liées par une conduite quelconque. Ainsi, l'article 31 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends (1957) prévoit que dans le cas où le différend fait l'objet d'une procédure judiciaire ou arbitrale, la CIJ ou le

des contre-mesures en quête de leur légitimité. » (J. Fernandez : Contre-mesures et règlement des différends, RGDIP, 2004, P. 358)

(1) Voir l'article 7 (Session de Salzbourg, 1961)

(2) Cf. Res. 53/101 (1998), intitulé : « Principes devant guider la négociation internationale ».

tribunal arbitral peut indiquer quelles mesures provisoires doivent être prises. Ledit article dit, *in fine* que :

« Les parties en litige seront tenues de s'y conformer »⁽¹⁾.

Or, cela signifie, à nos yeux, que si les parties entament en même temps des négociations, elles doivent s'incliner - dans leurs négociations - devant la décision judiciaire ou arbitrale ainsi prise, et partant s'abstenir de prendre des contre-mesures contraires à celle - ci.

Enfin, on doit remarquer que la prise de mesures ou contre-mesures, au cours d'une négociation internationale, n'est pas subordonnée à l'accord de l'autre partie, pour vu qu'elle constitue un exercice des droits légitimes de l'Etat concerné⁽²⁾.

(1) Voir texte in C.A. Colliard et A. Manin : Droit international et histoire diplomatique, ed. Montchrestien, Paris, 1970, P 813 - 814

(2) Cela a été brillamment illustré par la sentence arbitrale Lac Lanoux. Ladite sentence dit ceci :

« La méthode de raisonnement qui apparaît dans les développements de la thèse espagnole appelle d'ailleurs une remarque plus générale. La nécessité d'un accord préalable découlerait de toutes les circonstances dans lesquelles les deux Gouvernements sont amenés à tomber d'accord: ainsi, en ce qui concerne les indemnités prévues à l'article 9 de l'Acte additionnel, ainsi même du fait des propositions françaises qui, pour le jeu de garanties qu'elles prévoient, supposeraient un accord du Gouvernement espagnol. Ce raisonnement est en contradiction avec les principes les plus généraux du droit international: il appartient à chaque Etat d'apprécier, raisonnablement et de bonne foi, les situations et les règles qui le mettent en cause; son appréciation peut se trouver en contradiction avec celle d'un autre Etat; dans ce cas, apparaît un différend que les Parties cherchent normalement à résoudre par la négociation, ou bien en se soumettant à l'autorité d'un tiers; mais

§ V- La Nullité Des Traités du Fait d'Actes Commis Lors Des Négociations Internationale

Nul doute, en parlant de la nullité des traités internationaux, les conventions de Vienne de 1969 et 1986 ont consacré les limites auxquelles doit se conformer les négociations internationales, en fonction de la nature, la portée ou l'objet et but des actes accomplis.

Or, il ne fait aucun doute que la question de la nullité, de l'extinction et de la suspension d'application des traités est un sujet très important dans la théorie générale des traités. Toutefois, il s'agit d'un sujet très vaste et dont les contours sont même incertains.

Nous allons rappeler, tout d'abord, les causes de la nullité et ensuite, les effets de celle-ci.

A - Causes de la nullité d'un traité du fait d'actes commis au cours des négociations internationales :

l'une d'elles n'est jamais obligée de suspendre, du fait du différend, l'exercice de sa compétence, sauf engagement de sa part; en exerçant sa compétence, elle prend le risque de voir sa responsabilité internationale mise en cause, s'il est établi qu'elle n'a pas agi dans la limite de ses droits. La mise en œuvre de la procédure d'arbitrage dans la présente affaire illustre parfaitement ces règles, en fonction des obligations souscrites par l'Espagne et la France dans le Traité d'arbitrage du 10 juillet 1929.

Poussée à l'extrême, la thèse espagnole impliquerait ou bien la paralysie générale de l'exercice des compétences étatiques en présence d'un différend, ou bien la soumission de tous les différends, quels qu'ils soient, à l'autorité d'un tiers; la pratique internationale ne consacre ni l'une ni l'autre de ces conséquences » (RGDIP, 1958, P. 110, par. 16)

Les causes de la nullité prévues par les deux conventions de Vienne sont, *inter alia*, les suivantes :

a - La violation des dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités (le problème des actes *ultra vires* commis au cours des négociations) :

Il ne fait aucun doute que la violation de la règle de droit est en quelque sorte un phénomène quasi normal, aussi bien dans l'ordre interne que dans l'ordre international.

En fait, tout ordre juridique doit, dans une certaine mesure, faire face à cette tension entre validité et nullité, constitutionnalité et inconstitutionnalité, régularité et irrégularité, à propos de tout acte juridique ⁽¹⁾.

Or, on se souvient qu' à propos de l'effet de la violation des restrictions constitutionnelles sur la valeur juridique d'un traité interétatique, la doctrine était divisée en trois écoles de pensée ⁽²⁾: a) une tendance dite internationaliste estimant que cette violation ne doit pas affecter la validité des traités et cela afin d'assurer la sécurité et la stabilité des relations conventionnelles; b) une tendance dite constitutionnaliste

(1) Ahmed Abou -el- wafa : Recherches sur les traités conclus par les organisations internationales, op. cit. P 155, voir aussi :

Wengler: recours judiciaires à instituer contre les décisions des organes internationaux, Rapport, Ann. IDI, 1957, P. 19—20 ; Verzijl: La validité et la nullité des actes juridiques internationaux, Revue de DI, 1935, P. 307; Guggenheim : La validité et la nullité des actes juridiques internationaux, RCADI, vol 74,P.197 ; Lauterpacht : The legal effects of illegal acts of international organizations, essays MC Nair,1965.

(2) Ahmed Abou-el-wafa: Recherches sur les traités conclus par les organisations internationales *inter se* ou avec des Etats, op.cit., P. 170 et Seqq.

considérant que, étant donné que les limitations constitutionnelles constituent une condition *sine qua non* de la validité internationale du traité, un traité conclu en violation de celles—ci est nul ou du moins annulable. En effet, l'autre partie contractante est censée connaître l'existence et la nature des limitations constitutionnelles au pouvoir de conclure des traités de l'Etat en cause. c) enfin, une tendance intermédiaire pensant qu'il faut éviter la rigidité de la théorie constitutionnaliste et la souplesse de la théorie internationaliste en les entourant de certains critères et de certaines sauvegardes ayant pour but d'éviter l'arbitraire et d'empêcher la mauvaise fois. Ainsi, on a proposé de tenir compte des notions telles que la notoriété et la violation manifeste.

La solution adoptée par l'art. 46 de la convention de 1969 est le fruit d'un compromis heureux entre ces différentes tendances. Elle part du fait que c'est à chaque Etat de veiller à ce que les garanties constitutionnelles de son propre droit interne ne soient pas violées. Une fois qu'un Etat a exprimé son consentement, il est en principe tenu à l'égard de ses cocontractants (cela rapproche donc l'art. 46 de la tendance internationaliste). Cependant, le même art.46 apporte à ce que nous venons de dire une exception en admettant la nullité d'un traité conclu en violation du droit interne d'un Etat à condition qu'il s'agisse de la violation d'une règle d'importance fondamentale et que la violation soit manifeste, i.e., "objectivement évidente pour tout Etat se comportant en la matière conformément à la pratique

habituelle et de bonne foi" (cela rapproche ainsi l'art.46 de la tendance constitutionnaliste).

Il semble que ce soient les mêmes considérations qui expliquent cette solution, i.e., établir un équilibre entre la sécurité juridique des relations conventionnelles et le respect des règles du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités, qui justifié l'adoption d'une solution pareille à propos des organisations internationales⁽¹⁾.

b - Restriction particulière du pouvoir d'exprimer le consentement d'un Etat:

Dès le début d'une négociation, chaque partie a, évidemment, le droit de faire connaître aux autres parties les restrictions qu'il apporte au pouvoir de négocier de son représentant.

A cet égard, l'article 47 de la convention de Vienne de 1969 relative au droit des traités prévoit:

«Si le pouvoir d'un représentant d'exprimer le consentement d'un Etat à être lié par un traité déterminé a fait l'objet d'une restriction particulière, le fait que ce représentant n'a pas tenu compte de celle-ci ne peut pas être invoqué comme viciant le consentement qu'il a exprimé, à moins que la restriction n'ait été notifiée, avant l'expression de ce consentement, aux autres Etats ayant participé à la négociation»⁽²⁾.

(1) Voir l'article 46 de la convention de Vienne de 1986. Voir aussi Rapport de la CDI à l'A.G., Doc A/34/10, 1979, P. 419.

(2) En même sens voir aussi l'article 47 de la convention de Vienne de 1986.

Ainsi, la notification d'une restriction particulière, aux autres Etats ou organisations ayant participé aux négociations, est indispensable avant l'expression du consentement à être lié par un traité.

Dans son commentaire, la CDI estime:

«Que, pour préserver la stabilité des négociations internationales, la règle doit être que les instructions expressees données par un Etat à son représentant ne limitent effectivement ses pouvoirs à l'égard d'autres Etats que si elles sont portées à leur connaissance de manière appropriée avant que ledit Etat ne conclut le traité. Il semble que cette règle soit généralement observée, à en juger par la rareté des cas où un Etat a cherché à désavouer l'acte accompli par son représentant en invoquant des restrictions non divulguées aux pouvoirs de celui-ci» ⁽¹⁾.

c - Les vices du consentement et les négociations internationales:

Il est bien acquis qu'en droit interne la théorie des vices du consentement occupe une place relativement importante en tant que facteur qui vicie le consentement à un contrat.

(1) Conf. des NU sur le droit des traités, 1ère et 2ème Session, op.cit., P. 68.

A rappeler que la CDI estime que, même pour les instructions données au représentant d'un Etat ou d'une organisation internationale, elles doivent être notifiées, si elles constituent des restrictions de son pouvoir d'exprimer le consentement de l'Etat ou de l'organisation, à l'autre partie avant l'expression de ce consentement. En fait: «Bien que le représentant soit lié par ces instructions, si elles restent secrètes et qu'il ne les respecte pas, leur violation est inopposable aux autres Etats ayant participé à la négociation et l'Etat reste lié» (Ann. CDI, 1982, II, 2e partie, P. 54).

Il en est de même sur le plan international, pour ce qui concerne les traités. Cependant, une mise au point est nécessaire: on ne saurait guère s'attendre à ce que ladite théorie prenne, dans le cadre du droit des traités, la même importance qu'elle a en matière des contrats du droit civil. Il suffit de rappeler que les cas dans lesquels des vices du consentement ont été évoqués sur le plan international, sont de loin beaucoup moins importants que ceux soulevés devant les tribunaux internes.

Quoi qu'il en soit, la rareté des cas évoqués ne doit pas nous amener à écarter l'application de la théorie des vices du consentement en droit international ⁽¹⁾. C'est ainsi que, pour les traités interétatiques la convention de Vienne de 1969 a consacré ladite théorie, dans ses articles 48 à 52. Pour les traités conclus par une organisation internationale, des textes presque identiques ont été adoptés par la convention de Vienne de 1986.

Prima facie, l'extension de la théorie des vices du consentement l'organisation internationale est chose acceptable. En effet, cela s'explique, essentiellement, par les raisons suivantes: Tout d'abord, on s'accorde actuellement à reconnaître, en général, la personnalité juridique aux organisations internationales; or, dès lors qu'on admet qu'une personne morale, qu'elle soit nationale ou internationale est

(1) Certains estiment que les vices du consentement sont des notions difficilement admissibles à propos des traités conclue par les organisations internationales du fait de la procédure extrêmement ouverte que suivent celles-ci pour conclure des traités (cf, Ago: Ann. CDI, 1973, I, P. 229; Sette—camara: Ann. CDI 1971, II, P. 205).

dotée d'une personnalité juridique, il faut aussi admettre qu'elle est capable d'avoir toutes sortes de comportements illégaux (dol, corruption, violence ... etc.). Ensuite, aucun système juridique ne peut considérer comme valide, des actes juridiques basés sur l'erreur, la corruption, le dol ou la contrainte. Or, cela est plus acceptable encore en matière des traités: les traités ne sont—ils pas basés sur le principe du consensualisme?. L'élément consensuel ne constitue—t—il pas l'élément le plus important de tout accord?. Enfin, cela se justifie par la nécessité de protéger les parties contractantes (qu'elles soient des Etats ou des organisation internationale) contre les vices du consentement. En réalité, la participation croissante des organisation internationale au processus de conclusion des traités signifie que les possibilités d'erreur, de dol, de corruption et de contrainte n'en sont pas exclues: une organisation internationale peut être victime de tels vices ⁽¹⁾ comme elle peut en être l'auteur.

Bien entendu, le problème des vices du consentement présente beaucoup plus d'importance pour l'Etat que pour l'organisation internationale. D'ailleurs, si la théorie des vices du consentement est extensible à l'organisation internationale, cela ne veut pas dire, toutefois, que les conditions pratiques dans lesquelles pourront être établis certains faits qui commandent le régime de l'erreur, du dol, de la corruption et de la contrainte seront exactement les mêmes pour l'organisation internationale que pour les Etats.

(1) Rappelons, au passage, que dans la convention internationale contre la prise d'otages adoptée par l'ONU, on parle (art.6) de l'organisation internationale qui "a fait l'objet de la contrainte ou de la tentative de contrainte" (Voir texte in RGDIP, 1981, P. 242).

Il suffit de rappeler que l'erreur, le dol et la corruption sont moins aisés à propos d'une organisation internationale qu'à propos d'un Etat. En réalité, du fait que l'organisation internationale agit, dans bon nombre de cas, au moyen d'un organe collectif, ceci devrait rendre ces trois vices plus difficiles au sein ou à l'égard d'une organisation internationale⁽¹⁾.

Or, c'est la réponse à la question de savoir si une organisation internationale peut recourir à la contrainte pour obliger un Etat ou une autre organisation internationale à conclure un traité, qui a suscité une large discussion au sein de la CDI. Celle-ci a fini par accepter cette possibilité. En effet, dans sa définition de l'agression (1974), l'assemblée générale de l'ONU dit que le terme Etat, "inclut, le cas échéant, le concept de «groupe d'Etats», cette dernière expression peut viser aussi l'organisation internationale. Par ailleurs, en subordonnant l'action des organismes régionaux, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales, au respect de la charte des NU, celle-ci avait admis que cette action pourrait être en fait contraire aux principes énoncés par elle⁽²⁾.

Ceci dit, nous allons parler des différents vices de consentement qui peuvent se produire au cours des négociations.

(1) Cependant, cela n'est pas exclu (Voir des exemples in Rapport de la CDI à l'A.G., Doc A/34/10, 1979, P. 422 et SS).

(2) Ibid, P. 430.

1 - L'erreur:

L'article 48 de la convention de Vienne (1969) est ainsi conçu:

«1 - Un État peut invoquer une erreur dans un traité comme viciant son consentement à être lié par le traité si l'erreur porte sur un fait ou une situation que cet État supposait exister au moment où le traité a été conclu et qui constituait une base essentielle du consentement de cet État à être lié par le traité.

2 - Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque ledit État a contribué à cette erreur par son comportement ou lorsque les circonstances ont été telles qu'il devait être averti de la possibilité d'une erreur.

3 - Une erreur ne concernant que la rédaction du texte d'un traité ne porte pas atteinte à sa validité; dans ce cas, l'article 79 s'applique»

Partant, si les conditions ci-dessus sont réunies, un traité est nul du fait d'une erreur survenue au cours des négociations ⁽¹⁾.

(1) Dans son commentaire sous le projet d'article 48 adopté en 1983, la CDI dit, à propos des organisations internationales, ceci:

«Ce qui est certain, c'est que le paragraphe 2, où se trouvent ces termes, est basé sur l'idée fondamentale qu'une organisation comme un État est responsable de sa conduite et par conséquent de ses négligences. Toutefois, la preuve de la négligence d'une organisation internationale devra être apportée dans des conditions différentes et souvent plus rigoureuses que pour un État. En effet — on en revient toujours au même point —, il n'y a pas pour les organisations internationales un organe assimilable au chef d'État ou de gouvernement ou au ministre des affaires étrangères et susceptible de représenter pleinement l'organisation dans tous ses

2 - Le dol:

Il est bien évident que le dol «tend à vicier le consentement de l'autre partie aux termes de l'accord: il détruit la base de toute confiance mutuelle entre les parties»⁽¹⁾.

Le dol s'exerce, au prime abord, au cours des négociations. En l'occurrence, l'article 49 de la convention de Vienne de 1969 dit:

«Si un Etat a été amené à conclure un traité par la conduite frauduleuse d'un autre Etat ayant participé à la négociation, il peut invoquer le dol comme viciant son consentement à être lié par le traité»

La CDI, dans son commentaire, dit que l'expression «conduite frauduleuse», «fraudulent conduct» et «*conducta fraudulenta*», s'entend comme «devant inclure toutes fausses déclarations, fausses représentations ou autres procédés

engagements conventionnels, capable par ses seuls actes de déterminer le «comportement» de l'organisation, constituant à lui seul un centre de décision qui doit être «averti» de tout ce qui concerne l'organisation. Il faudra au contraire, pour déterminer la négligence d'une organisation, considérer chaque organisation dans sa structure propre, reconstituer toutes les circonstances qui ont donné naissance à l'erreur, et décider cas par cas si, par rapport à l'organisation — et non pas seulement par rapport à l'un de ses agents ou même d'un quelconque organe —, il y a erreur ou comportement négligent. Mais après tout, si l'on considère la jurisprudence internationale relative à l'erreur d'un Etat, on peut établir que la situation n'est pas simple pour les Etats non plus, et que les circonstances de fait, comme dans toutes les questions de responsabilité, jouent un rôle déterminant pour les Etats comme pour les organisations» (Ann. CDI, 1982, II, 2ème partie, P. 55).

(1) Commentaire de la CDI, Ann. CDI, 1966, II, P. 266. Voir aussi A. Oraison: Le dol dans la conclusion des traités, RGDIP, 1971, P. 617-673.

trompeurs par lesquels un Etat est induit à donner son consentement à un traité, alors qu'il ne l'aurait pas donné autrement» (1).

3 - Corruption du représentant d'un Etat ou d'une organisation internationale:

L'article 50 de la convention de 1969 stipule:

«Si l'expression du consentement d'un Etat à être lié par un traité a été obtenue au moyen de la corruption de son représentant par l'action directe ou indirecte d'un autre Etat ayant participé à la négociation, l'Etat peut invoquer cette corruption comme viciant son consentement à être lié par le traité»

(1) A propos des organisations internationales, la CDI affirme:

«Il n'est pas douteux que l'idée même d'une conduite frauduleuse d'une organisation internationale appelle les mêmes observations que celles que l'on a présentées à propos de l'erreur. Tout d'abord, il est vraisemblable que les cas de conduite frauduleuse d'une organisation seront encore plus rares que pour les Etats. Ce serait peut-être pour des engagements économiques et financiers que l'on imaginerait le moins malaisément un dol, par exemple si une organisation avertie de certaines décisions déjà prises en matière monétaire mais non rendues publiques représentait à un Etat pressé d'obtenir un crédit — par des manoeuvres diverses — un Etat de la situation monétaire inexact pour faire accepter des engagements financiers particulièrement désavantageux. Mais il faut ajouter que les actes conventionnels des organisations sont décidés et conclus le plus souvent au niveau d'organes collectifs, et un dol est difficile à réaliser par la voie d'une délibération collective. Les dols imputables à une organisation seront donc très rares, mais il ne semble pas possible d'en exclure le principe» (Ann. CDI, 1982, 2ème partie, P. 55).

Dans son commentaire, la CDI dit:

«La corruption d'un représentant par un autre Etat participant à la négociation vicie le consentement que ce représentant prétend exprimer au nom de son Etat»

Et la CDI d'ajouter:

«Pour que des actes de corruption puissent constituer un motif d'annulation du traité, il doit être établi que ces actes sont directement ou indirectement imputables à l'autre Etat ayant participé à la négociation»⁽¹⁾.

La Contrainte:

La contrainte qui vicie le consentement à être lié par un traité peut prendre deux formes, à savoir:

La contrainte exercée sur le représentant d'un Etat ou d'une organisation internationale:

(1) A propos des organisations internationales, la CDI souligne: «On doit admettre que la corruption active ou passive est moins aisée s'il s'agit d'un organe collectif que d'un organe individuel, et cela devrait rendre la pratique de la corruption au sein des organisations internationales plus difficile. Il ne faut pas oublier toutefois que, selon l'article 50 de La Convention de Vienne (et le projet d'article 50), la corruption peut prendre bien des formes. La négociation ne peut jamais en fait être effectuée par un organe collectif : elle est toujours appuyée, en matière technique, par des expertises ou des évaluations demandées à des spécialistes, dont l'opinion est parfois décisive et pourrait être influencée par une corruption. Si les Etats et les organisations disposent assez difficilement de fonds échappant à tout contrôle, ils disposent d'autres avantages tout aussi appréciés et efficaces, notamment la nomination à des hauts emplois ou à des missions. Pour rares qu'il faut espérer que seront les cas de corruption, il n'y a aucune raison technique de les exclure, même lorsqu'ils mettent en cause une organisation internationale» (Ann. CDI, 1992, II, 2ème Partie, P. 56).

A ce propos l'article 51 de la convention de Vienne de 1969 dit:

«L'expression du consentement d'un Etat à être lié par un traité qui a été obtenu par la contrainte exercée sur son représentant au moyen d'actes ou de menaces dirigés contre lui est dépourvue de tout effet juridique»

La CDI, dans son commentaire, souligne:

«On s'accordé à reconnaître que les actes de contrainte ou les menaces visant des individus, soit dirigés contre leur personne physique, soit de nature à les atteindre personnellement, afin de les amener à signer, ratifier, accepter ou approuver un traité vicient incontestablement le consentement ainsi obtenu. L'histoire fournit un certain nombre d'exemples où la contrainte a été exercée non seulement sur des négociateurs, mais sur des membres d'assemblées législatives pour obtenir d'eux qu'ils signent ou ratifient un traité».

Et la CDI d'ajouter que l'expression «au moyen d'actes ou de menaces dirigés contre lui personnellement» désigne:

«Toute forme de contrainte matérielle ou de menace exercée sur un représentant pris en tant qu'individu et non pas en tant qu'organe de l'Etat qu'il représente» (1)

(1) Pour ce qui concerne les représentants des organisations internationales, la CDI affirme:

«Il n'est guère contestable qu'une contrainte exercée contre un individu en tant que personne peut être exercée contre le représentant d'une organisation aussi bien que contre le représentant d'un Etat; on doit seulement faire remarquer qu'en général le représentant d'un Etat dispose de pouvoirs plus larges que celui d'une organisation et que la contraire exercée sur lui

*** La contrainte exercée par la menace ou l'emploi de la force :**

Il est bien établi que le recours à la menace ou l'emploi de la force est, à présent, hors la loi. Partants, contraindre un Etat ou une organisation internationale ⁽¹⁾, au cours des négociations, à conclure un traité rend celui-ci nul.

pourra avoir des conséquences plus étendues» (Ann. CDI, 1982, II, 2eme Partie, P. 56).

(1) La CDI fait observer que:

«Toutes les organisations peuvent être amenées à conclure un traité sous la contrainte d'une force armée exercée à leur rencontre contrairement aux principes du droit international. Il suffit par exemple d'imaginer que le siège d'une organisation internationale se trouve dans un environnement de menaces et de violence armée, soit au cours d'une guerre civile soit au cours d'hostilités internationales; dans ces conditions, une organisation peut être amenée à consentir par un traité un abandon de certains de ses droits, privilèges et immunités, pour éviter le pire. Si la contrainte est exercée illicitement, par exemple dans l'hypothèse d'une agression, ce traité est nul. Des violences armées peuvent également être dirigées contre des agents ou des représentants de toute organisation en dehors du siège, et un accord conclu par l'organisation pour libérer ces personnes des effets d'une contrainte armée illicite tomberait sous le coup de la nullité prévue au projet d'article 52».

Et la CDI d'ajouter :

«Si l'on considère l'hypothèse d'un recours illicite à la contrainte armée de la part d'une organisation, il est bien évident que seules les organisations disposant des moyens d'une contrainte armée peuvent être en cause. L'hypothèse ne concerne donc qu'un nombre limité d'organisations. On relèvera cependant que le problème est suffisamment important pour qu'à plusieurs reprises l'Assemblée générale en ait tenu compte. Elle a, dans certaines résolutions concernant le recours illicite à la contrainte armée, évité de recourir au terme «organisation internationale», et a préféré un terme plus large encore, celui de «groupe d'Etats». En 1970, dans sa résolution 2625 (XXV), elle développe les conséquences du «principe relatif au

C'est pourquoi, l'article 52 de la convention de Vienne de 1969 prévoit :

«Est nul tout traité dont la Conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies».

En 1972, devant la CIJ, la lettre adressée le 29 mai 1972 au Greffier par le ministre des Affaires étrangères d'Islande s'est référée à l'affirmation suivante: «L'échange de notes de 1961 est intervenu dans des circonstances extrêmement difficiles, à un moment où la flotte britannique employait la force pour s'opposer à l'application de la limite de pêche de 12 milles que le Gouvernement islandais avait établie en 1958.

Cette affirmation peut être interprétée comme une allégation déguisée de contrainte qui aurait prétendument

devoir de ne pas intervenir dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un Etat, conformément à la Charte» dans les termes suivants: «aucun Etat ni groupe d'Etats n'a le droit d'intervenir... ». Plus tard, dans sa résolution 3314 (XXIX) [«Définition de l'agression»], elle revient à nouveau sur cette question dans une note explicative à l'article 1ère : Dans la présente Définition, le terme «Etat».

[...]

Inclut, le cas échéant, le concept de «groupe d'Etats».

Quelle que soit la manière dont on définit le «groupe d'Etats», cette expression couvre l'organisation internationale, et l'on peut donc en conclure qu'il suffit de suivre l'Assemblée générale pour admettre qu'une organisation internationale peut être considérée en théorie comme l'auteur d'un recours illicite à la contrainte armée» (Ann. CDI, 1982, II, 2ème Partie, P. 57).

rendu l'échange de notes nul dès l'origine et le Royaume-Uni l'a considérée comme telle dans son mémoire».

Repondant à cette allégation, la CIJ souligne :

«Il n y a guère de doute que, comme cela ressort implicitement de la Charte des Nations Unies et comme le reconnaît l'article 52 de la convention de Vienne sur le droit des traités, un accord dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force est nul en droit international contemporain. Il est non moins clair qu'un tribunal ne peut pas prendre en considération une accusation aussi grave sur la base d'une allégation générale et vague qu'aucune preuve ne vient étayer. Le déroulement des négociations qui ont abouti à l'échange de notes de 1961 montre que les instruments ont été librement négociés par les parties intéressées sur la base d'une parfaite égalité et d'une pleine liberté de décision. Il n'a été signalé à l'attention de la Cour aucun fait qui laisserait planer le moindre doute sur ce point»⁽¹⁾.

(1) CIJ, Rec., 1973, compétence Pêcheries, P. 14. Dans son opinion dissidente, le juge P. Nervo a critiqué ce raisonnement de la Cour, de la manière suivante :

«L'assertion selon laquelle l'échange de notes de 1961 est intervenu dans des circonstances extrêmement difficiles n'est pas contestée (paragraphe 5 de la requête de la République fédérale d'Allemagne). La Cour ne doit pas négliger ce fait et n'a pas besoin de demander des preuves écrites établissant la nature de la force qui a été utilisée, ni sous quelle forme et de quelle manière elle l'a été (article 52 de la convention de Vienne sur le droit des traités).

Une grande puissance dispose de bien des moyens pour utiliser la force et exercer une pression sur une petite nation, ne serait-ce qu'en insistant par voie diplomatique pour faire admettre et

B - Effets de la nullité :

Il est bien établi que les dispositions d'un traité nul n'ont pas de force obligatoire (art. 69 de la convention de Vienne de 1969) ⁽¹⁾. Or, il se peut que, pour des raisons parfaitement légitimes, les parties appliquent le traité, durant un certain temps, comme si celui-ci était entièrement valide. Quels effets peut-on donner à une telle application? Deux règles ici sont à souligner: d'une part, toute partie peut demander à toute autre partie d'établir autant que possible, dans leurs relations mutuelles, la situation qui aurait existé si les actes accomplis par application du traité n'avaient pas été entrepris. Il s'agit donc du rétablissement du "*Statu quo ante*". D'autre part, les actes accomplis de bonne foi avant que la nullité ait été invoquée ne sont pas rendus illicites "du seul fait de la nullité du traité"; cependant, la partie qui, par le dol, la contrainte ou la corruption a été cause de la nullité du traité ne bénéficie pas, pour des raisons évidentes, de cette solution.

accepter ses vues. Les professeurs, juristes et diplomates qui sont au fait des relations internationales et de la politique étrangère savent bien que certaines «notes» remises par le gouvernement d'une grande puissance au gouvernement d'une petite nation peuvent avoir le même objet et le même effet que l'utilisation ou la menace de la force.

Il y a des pressions morales et politiques qui ne peuvent être établies au moyen de preuves dites documentaires mais dont l'existence est en fait incontestable et qui ont, au cours de l'histoire, abouti à des traités et conventions dont on prétend qu'ils ont été conclus librement et sont soumis au principe *pacta sunt servanda*» (Ibid, P. 46-47, 91).

(1) Voir, en même sens, l'article 69 de la convention de Vienne de 1986.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Parmi les procédés de règlement pacifique des différends internationaux, la négociation occupe une position de premier plan et une existence non négligeable et même irremplaçable.

Pratique spontanée et naturelle lorsque surgit un problème touchant les relations des sujets du droit internationales, la négociation s'est toujours pratiquée dans les relations internationales depuis les temps les plus révolus. Les parties concernées y recourent par nécessité ou pour toute autre raison, pour trouver une solution à l'amiable.

On peut même dire que la négociation, en tant que voie de règlement pacifique des différends ou des problèmes existant entre les sujets de droit international est une règle qui ne compte que des exceptions. Elle doit être dans un différend comme la police dans une ville : partout et nulle part.

La négociation peut, d'ailleurs être considérée comme le noyau central d'une théorie du règlement pacifique des différends. Etant un procédé d'auto-limitation dans l'ordre international, comme ailleurs, elle est un moyen d'interpénétration entre le droit et la politique dans le domaine du règlement pacifique des problèmes internationaux.

Par ailleurs, la négociation est un procédé qui cadre ou doit cadrer avec les intérêts des parties concernées et, en dernier ressort, avec ce qui doit être légitime et juste. Partant, elle est un élément qui peut aboutir à la stabilité des

relations entre les sujets du droit international, élément hautement souhaitable par la communauté internationale ⁽¹⁾. Elle est, donc, un *bonum utile*, et doit devenir un *bonum honestum*.

Elle peut même être considérée comme un *bonum commune* (bien commun) pour régler les problèmes et différends internationaux et, par là, réaliser un certain «*salus publicca*». La négociation peut, donc, prévenir, débloquer ou désamorcer des situations potentiellement conflictuelles.

D'un point de vue pratique, l'on peut affirmer qu'une négociation internationale n'est que la constatation d'une situation et la définition d'un cadre d'action qui doit être suivi ultérieurement. C'est l'expression *a priori* d'une certaine volonté qui dépend de certaines causes *in foro interno* ou *in foro externo*, involontaires ou autres, desquelles il faut toujours avoir une parfaite et nette conscience.

Au cours des négociations on peut examiner, lorsque «quelque chose ne va pas» l'«ici et maintenant» et prévoir ce qui passera «*in futuro*». Les négociations se centrent sur un problème à traiter en commun. Les questions traitées peuvent être fort variées ; ce peut être un problème très

(1) Ainsi, l'on remarque:

«En général, les États engagent des négociations dans l'intention de concilier leurs intérêts respectifs par la voie diplomatique» (Conf. des NU sur le droit des traités, Doc. off., 1ère Sess. 1968. P. 109 (le repr. de la Turquie)). De plus, dans l'avis consultatif relatif au mur, la CIJ a souligné l'importance d'employer des efforts pour arriver, le plus rapidement possible, à une solution négociée, basée sur le droit international, des problèmes concernant le différend Israélo-palestinien et l'établissement d'un Etat Palestinien (CIJ, Rec., 2004, par. 162).

restreint ou, *per contra*, très général. La négociation peut être conçue comme une réceptacle ou une coque prête à abriter les engagements des parties en cause ⁽¹⁾.

Evidemment, la volonté des parties joue, au cours des négociations, un rôle important. Les parties, en faisant un certain effort peuvent régler elles-mêmes le contentieux naissant. En fait, l'on peut dire :

«If the existence of international disputes is unavoidable, it is not, at the same time, an intractable problem. With the will of the parties, the solution of any dispute can be reached» ⁽²⁾.

De même, le secrétaire général des NU affirme:

«La motivation et la conviction politiques sont des éléments fondamentaux dans tout processus de paix. Lorsque les parties en cause veulent vraiment aboutir à un règlement, le désir de paix peut déplacer des montagnes» ⁽³⁾.

(1) Par conséquent, la négociation «ne constitue qu'un procédé modeste et empirique pour frayer la voie entre le gouffre vertigineux au fond duquel on forge en permanence les armes du combat et la paroi qui monte à pic vers les cimes inaccessibles de la pureté et de l'innocence partagées» (M. Merle : De la négociation, op. cit., P. 28).

En fait, la négociation est une «activité multiforme et souvent ambiguë, elle est susceptible d'être menée de multiples façons ; et pourtant, il y a bien une spécificité qui lui est propre et qu'il faut bien repérer et dont la maîtrise donne au négociateur une capacité d'agir à bon escient» (Ch. Dupont : La négociation : Conduite, théorie, application, ed. Dalloz gestion, Paris, 1986, P. 8).

(2) Ahmed Abou-el-wafa: Public international law, op.cit., P. 547.

(3) Kofi Annan dans le texte: Allocutions et déclarations du Secrétaire général, NU, New York, 1998, P. 12.

D'ailleurs, le juge Oda dit :

«Tout accord entre Etats est simplement le résultat de négociations diplomatiques et il est réalisé par la libre volonté des Etats

Partant, la négociation rapproche les parties concernés au-delà de ce qui les oppose ou les divise. Pendant les négociations, les divergences entre les parties doivent être dominées et menées. Fréquemment, les Etats négocient pour une double raison : Ou bien, pour résoudre un différend naissant ou *in statu nascendi*, ou bien pour harmoniser des conduites ou politiques communes là où il n'y a pas d'intérêts divergents, mais des facteurs concordants ⁽¹⁾. Ainsi, la négociation n'est pas un jeu «à quitte ou double». Elle est un processus de coopération et de compréhension mutuelle entre les parties en cause.

Or, il est bien établi que l'existence d'une négociation digne de ce nom est, bien entendu, tributaire de plusieurs facteurs dont, *inter alia*, les suivants :

la bonne foi des parties intéressées.

les parties à la négociation sont l'un par rapport à l'autre dans une position de force relativement équilibrée ⁽²⁾.

concernés (voir la doctrine de la liberté contractuelle). Les facteurs décisifs dans ces négociations diplomatiques sont simplement les pouvoirs de négociation et l'habileté du négociateur de chaque Etat ainsi que la position, géographique et autre, de chaque Etat» (CIJ, Rec., 1993, délimitation maritime, op. ind. Oda, P. 109).

(1) Ainsi, e.g., la convention économique conclue entre les Etats membres du conseil de coopération des pays arabe du golfe (de 2001) prévoit la nécessité de suivre une stratégie de négociation collective qui renforce la position des Etats membres lors des négociations (avec des tiers).

(2) Même, dans son agenda pour la paix, l'ancien secrétaire général des NU dit que l'unité accrue du conseil de sécurité:

«Permet de disposer des moyens de pression et de la force de persuasion nécessaires pour amener des parties hostiles à négocier»
B. B. Ghali : Agenda pour la paix, NU, New York, 1992, P. 23.

D'ailleurs, la négociation internationale n'est pas née «*in vacuo*», (1) elle a toujours une existence ainsi qu'une actualité et une réalité non encore éteinte pour le règlement de tous les problèmes et différends internationaux (2).

Or, si l'ancien secrétaire général des NU dit que «Plus que jamais, le droit international palpite au rythme du monde» (3), l'on doit dire aussi, *per analogium*, que les Etats, dans leurs relations réciproques, doivent de même adapter le processus de négociations aux développements récents des problèmes internationaux.

Disons tout de même que les négociations sont comme une galerie de tableaux où il y a peu d'originaux et beaucoup de copies.

Force est de constater que, en tant que moyen pacifique de règlement des différends et problèmes internationaux, la négociation entamée par les parties en cause doit tenir raisonnablement compte des droits de chacune, sinon elle perdra sa raison d'être et sa *ratio legis* en tant que moyen de régulation et de pacification des rapports internationaux.

(1) En ce sens, l'on dit:

«Negotiations do not take place in a vacuum. They are shaped by their political environment» (F. O. Hampson: Multilateral negotiations-lessons from arms control, trade and the environment, The Johns Hopkins University press, Baltimore and London, 1995, P. 345).

(2) L'on fait remarquer que:

«Les méthodes diplomatiques de règlement des différends sont, ...les plus utilisées dans la pratique internationale» (J. Verhoeven : Droit international public, Larcier, Bruxelles, 2000, P. 708).

(3) B. B. Ghali: Le droit international à la recherche de ses valeurs: Paix, développement, démocratisation, RCADI, t. 286, 2000, P. 17.

A cet égard, le juge Bustamente affirme : «Toute négociation est adéquate si elle ne contrarie pas les coutumes internationales»⁽¹⁾.

La négociation donne aussi aux parties la possibilité de faire connaître la nature de leurs revendications en ce qui concerne les questions en cause⁽²⁾. De plus, les principes humanitaires peuvent avoir leurs influence sur les négociations des traités relatifs aux armements⁽³⁾.

Bien entendu, une cour de justice ou d'arbitrage ne constitue pas, *per se*, un " forum conveniens " pour mener des négociations internationales. En ce sens, la CIJ dit: " la cour n'est pas une

(1) CIJ, Rec., 1962, op.ind. Bustamente, P. 384. De plus, l'on parle des échanges de vues comme «une technique de négociation tout à fait classique et qui appartient au droit diplomatique traditionnel» Y. Daudet: Les conférences des Nations Unies pour la codification du droit international, LGDJ, Paris, 1968, P. 125. On parle aussi de: "Evidence obtained through settlement negotiations" Amerasinghe: Principles of evidence in international litigation, Ann. IDI, vol. 70- 1, 2003, p 256-257.

(2) La CIJ dit que l'objectif des négociations " doit être de circonscrire les droits et les intérêts des parties " CIJ, Rec., Aff. Des pêcheries, 1974, p 31, par. 73. Voir aussi Idem, Affaire Nicaragua- Honduras, 2007, par. 321. Or, dans certaines circonstances, un Etat peut camper sur une position de principe. C'est ainsi que l'Iran a considéré comme "non négociable la suspension de l'enrichissement d'uranium" Al-Ahram Hebdo, 14-20 Juin 2006, p 13; International Herald Tribune, May 30, 2006, p6. Aussi, les négociations peuvent être demandées après un règlement arbitral ou judiciaire (Voir A. Abou-el-wafa: arbitration and adjudication of international land boundary disputes, R. Egyptienne dI, 1987, p 166.

(3) Voir aussi, R. Mathews and Mc Cormick: The influence of humanitarian principles in the negotiation of arms control treaties, IRRC, vol. 81, No. 834, 31999, p 331-352; Multilateral treaties deposited with the Secretary General, UN, New York, 2005, vol. 2, p 394.

enceinte de négociations"⁽¹⁾. Or, l'exécution par les parties des jugements d'une cour internationale n'implique pas des négociations sur ce qu'elle a décidé, i.e., ils doivent être appliqués tels qu'ils sont. A ce propos, la CIJ affirme:

".. les experts des parties n'auront pas à négocier au sujet des facteurs à faire intervenir dans leurs calculs, car la cour aura réglé cette question. La seule tâche restante sera la tâche technique devant permettre de rédiger le traité consacrant les travaux des experts"⁽²⁾.

Disons, en guise de conclusion que les négociations constituent «*ne impediature legatio*» et même «*ne impediatur officium*» pour ce qui concerne le retour ou la conduite normale des relations entre les sujets du droit international. Elles s'imposent comme «*necessitatis juris*» et «*necessita facti*» et en tant que l'amorce possible d'une confiance et d'un dialogue susceptible de recréer la reprise des contacts réguliers, condition nécessaire à calmer la tension existante, qui permettrait aux Etats concernés de se côtoyer diplomatiquement en de multiples circonstances et d'apprendre à vivre ensemble. C'est, à nos yeux, la «symbiose» créée par toute négociation internationale en tant que «*signum specificum*» de toute relation calme et paisible⁽³⁾.

(1) CIJ, Rec, 2002, Aff. Des frontières maritime et terrestre, par. 244. Per contra, une organisation internationale peut constituer un lieu de négociation. Voir la pratique de "Green room" au sein de l'OMCI, in "La pratique et le droit international", SFDI, Colloque de Geneve, Pedone, Paris, 2004, p 205-206.

(2) CIJ, Rec, 2002, Aff. Plateau continental (Tunisie/ Libye), p 40, par 30. Voir aussi, Ahmed Abou-el-wafa: Les différends internationaux concernant les frontières terrestres, RCADI, 2009, t. 343, p. 257

(3) Même l'une des règles coutumières du droit international humanitaire est celle qui dit: «commanders may enter into non-hostile contact through any means of communication. Such contact

n un mot, il est un *continuum juris*, un relais juridique entre le règlement pacifique des différends internationaux et les négociations internationales.

Disons aussi, en fin de compte, que dans des circonstances et situations impérieuses:

" mauvais arrangement vaut mieux que bonne

must be based on good faith» (Henckaerts and Doswald-Beck: Customary international humanitarian law, ICRC-Cambridge, 2005, vol. 1, P.227).

Evidemment, la règle ci-dessus est applicable aux négociations concernant un conflit armé.

La question des négociations internationales a été posée aussi devant la CJCE. En fait, celle-ci a estimé, dans son arrêt du 23 novembre 1999, que:

«aux termes de son préambule, l'accord instituant l'OMC, y compris ses annexes, reste fondé, comme l'était le GATT de 1947, sur le principe de négociations entreprises sur "une base de réciprocité et d'avantages mutuels" et se distingue ainsi, pour ce qui concerne la communauté, des accords conclus par celle-ci avec des pays tiers qui instaurent une certaine asymétrie des obligations ou créent des relations spéciales d'intégration avec la communauté" (voir texte in L. Dubois et C. Gueydan: Les grands textes du droit de l'union européenne, t. 2, Dalloz, Paris, 2003, p. 818-819). Et la cour d'ajouter: "... compte tenu de leur nature et de leur économie, les accords OMC ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la cour contrôle la légalité des actes des institutions communautaires (Loc. Cit.).