

## Le Protocole de Londres du 17 janvier 1871: miroir du droit international

---

Giovanni Distefano\*

Faculté de Droit, Université de Genève,  
Switzerland

---

“Non può pertanto uno signore prudente né debbe osservare la fede, quando tale osservanzia li torni contro e che sono spente le cagioni che la feciono promettere. E se gli uomini fussino tutti buoni, questo precetto non sarebbe buono; ma perché sono tristi e non la osservarebbono a te, tu etiam non l’hai ad osservare a loro” \*\*

Dans la présente contribution, nous entendons étudier, à la lumière d’une crise internationale en apparence anodine, le changement de paradigme du droit international qui s’opère en arrière-plan. Dans la première partie, il s’agira de planter le décor historique des événements et de broser le portrait et l’argumentaire des *dramatis personae*: les ministres russe et anglais des affaires étrangères et les autres chancelleries européennes. Dans la deuxième partie, nous mettrons en exergue la contribution de cette crise – et surtout de son dénouement grâce au Protocole de Londres de 1871 – au droit des traités moderne. Enfin, et c’est notre point essentiel, nous sommes convaincus que la résolution de cette crise révèle en filigrane le changement de paradigme, c’est-à-dire qu’elle porte sur les fonts baptismaux une nouvelle construction de l’ordre juridique international. En d’autres termes, le règlement – par la Conférence de Londres de 1871 – d’un différend sur l’interprétation et l’application d’un traité international n’aurait pas pu être réalisé sans ce changement de paradigme scientifique.<sup>1</sup>

---

\* Chargé de cours à la Faculté de droit de l’Université de Genève, maître-assistant auprès de la Faculté de droit de l’Université de Lausanne. Nous tenons tout particulièrement à exprimer ici notre amicale gratitude au Professeur Peter Haggemacher pour les précieux conseils qu’il n’a pas cessé de nous prodiguer ainsi que pour la relecture de cet article.

\*\*Machiavelli, N., *Il principe* (1513-1514), Ch. XVIII [réimprimé in *Opere*, Naples, 1954, p. 57].

<sup>1</sup> Au sens de Th. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962.

## Partie I: Chronique d'une mort annoncée: des stipulations de 1856 à la crise de 1870-1871.

### I.1: La Guerre de Crimée et la Conférence de paix de Paris

Le 9 janvier 1853 au Palais d'hiver à Saint-Pétersbourg, l'Empereur de toutes les Russies, Nicolas 1er, s'exprimait ainsi à l'ambassadeur anglais à Saint-Pétersbourg, sir Hamilton Seymour: "Tenez, nous avons sur les bras un homme malade, gravement malade; ce serait un grand malheur s'il devait nous échapper avant que les dispositions nécessaires fussent prises".<sup>2</sup> De cette manière s'ouvrit l'un des épisodes marquants d'une constante majeure dans les relations internationales de l'histoire moderne, à savoir la "Question d'Orient", déterminée par l'installation dans la deuxième Rome d'une puissance non chrétienne contrôlant le versant oriental de la Méditerranée ainsi qu'une partie importante des Balkans.

Pendant les dernières décennies de l'existence de la Sublime-Porte, la question n'était plus de savoir si celle-ci pouvait survivre, même amputée, mais jusqu'à quand et comment elle pouvait être maintenue en vie. En d'autres termes, comment achever de manière indolore pour l'équilibre européen, donc universel, un empire qui s'étendait de la plaine de la Sava aux eaux chaudes de la mer Rouge et du Golfe persique. L'euthanasie de la Sublime-Porte n'était pas seulement une question d'équilibre des puissances et de répartition territoriale. Au point de vue de la structure du système européen tel qu'elle s'était dessinée depuis au moins la bataille de Pavie de 1526, il ne s'agissait ni plus ni moins que de la suppression de l'un de ses protagonistes. Toutefois, grâce au Traité de Paris de 1856,<sup>3</sup> qui mettait un terme au dessein de Nicolas 1er, l'Empire ottoman devint membre *de iure* du Concert européen et se vit à ce titre invité à jouir de ses bienfaits et de sa protection.

L'intervention collective de l'Europe lors de la guerre de Crimée de 1853-1856 ne visait pas vraiment à sauver l'Empire ottoman, mais bien plutôt à empêcher qu'une seule des grandes puissances pût se charger de cette besogne. La gestion de l'agonie de l'Empire ottoman, y compris de ses dépouilles territoriales, relevait de la compétence

<sup>2</sup> Cité in E. Driault, *La question d'Orient*, 7ème éd., Paris, 1917, p. 170. L'ambassadeur britannique visiblement embarrassé et désarçonné par l'affirmation du Tsar lui répondit: "Votre Majesté dit que l'homme est malade; eh bien! Votre Majesté daignera m'excuser si je lui dis que c'est à l'homme généreux et fort à ménager l'homme malade et faible" (*loc. cit.*). Déjà en 1721 Montesquieu fit dire au personnage principal de ses *Lettres persanes*, le prince Usbek, que l'Empire des Osmanlis était un "corps malade [qui] ne se soutient pas par un régime doux, mais par des remèdes violents, qui l'épuisent et le minent sans cesse" (Lettre XIX). Analyse impitoyable et pénétrante prémonition!

<sup>3</sup> Ci-après: le "Traité de Paris". Texte in *Nouveau Recueil Général de Traités*, vol. 15, pp. 770 et suiv.

du Concert européen.<sup>4</sup> Tant la Grande-Bretagne (Crète et Egypte) que l'Autriche-Hongrie (Bosnie-Herzégovine), alliées dans les Balkans, avaient en effet des appétits territoriaux bien déterminés à ce sujet et entendaient participer au festin. Toutefois la Russie, championne aussi bien du panslavisme que de la foi orthodoxe, jouait au trouble-fête et disposait d'un avantage géographique et militaire considérable, notamment depuis qu'elle s'était installée sur les rivages de la mer Noire, autrefois "chaste et pure *vierge*" ottomane.<sup>5</sup> La tentative russe, en 1853, de forcer les Détroits se solda cependant par un échec et, surtout, par un blindage ultérieur de ces derniers; son rêve séculaire de se baigner dans les eaux chaudes de la Méditerranée, s'éloignait une fois encore. Le Traité de Paris de 1856 fut donc porté sur les fonts baptismaux par une coalition hétéroclite accourue au chevet de la Sublime-Porte: la France, qui rêvait d'Empire, la Grande-Bretagne, qui ne cachait pas son bonheur d'avoir infligé une cuisante défaite à une concurrente au Proche et Moyen-Orient, l'Autriche-Hongrie, certes ingrate alors que la Russie l'avait aidée à mater la rébellion magyare en 1848, mais bien trop contente d'avoir freiné sa descente dans les Balkans. Seule la Prusse, peut-être, se réjouissait un peu moins, elle qui, encore en retrait, voyait dans la Russie une alliée dans les affaires qui lui tenaient à cœur, c'est-à-dire le sort de la Confédération germanique et de sa domination.

Pour la Russie, le Traité de Paris signifiait l'anéantissement des "résultats acquis par cinquante ans d'efforts diplomatiques et de conquêtes",<sup>6</sup> mais il portait surtout un coup à sa dignité de grande puissance.<sup>7</sup> La Sublime-Porte était en revanche admise aux

---

<sup>4</sup> "Les Turcs n'étaient déjà plus maîtres chez eux; l'empire ottoman était désormais sous la protection exclusive de l'Europe et non plus sous la protection exclusive des Russes", E. Driault, *op. cit.* (note 2), p. 177. L'héritage du Traité de Koutchouk-Kaïnardji de 1774 (art. 11) – œuvre maîtresse de Catherine II – se volatilisait à jamais. De surcroît, en vertu de l'art. 6 de la Convention explicative du 10 mars 1779 (G. Noradounghian, *Recueil d'actes internationaux de l'empire ottoman*, vol. 1er, Paris, 1902 [réimprimé en 1978], p. 262), la Porte dut accorder "le libre passage de la mer Noire dans la Mer Blanche, et de la Mer Blanche dans la mer Noire, aux vaisseaux marchands russes".

<sup>5</sup> Ainsi s'écria, lors des pourparlers de paix en 1700 avec les Russes, le représentant du Sultan, Alexandre Maurocordato, en ajoutant "que son accès ne sera jamais accordé à la navigation étrangère" (cité in N. Mandelstam, "La politique russe d'accès à la Méditerranée au XXe siècle", *R.C.A.D.I.*, vol. 47 (1934-I), p. 603).

<sup>6</sup> M.-A. Oourossow, "Résumé historique des principaux traités de paix conclus entre les puissances européennes", *Evreux*, 1884, p. 307.

<sup>7</sup> H. Sumner, *Russia and the Balkans*, Oxford, 1937, p. 82 (pour qui la cession par la Russie des trois districts de Bessarabie et la neutralisation de la mer Noire étaient "the Tsar's two 'nightmares'"); J.A.R. Marriott, *The Eastern Question. An historical study in European diplomacy*, Oxford, 1924, p. 279. L'affront cuisant que dut subir la Russie fut bien plus important que l'interdiction de maintenir une flotte imposante dans la mer Noire. En effet, au moment de la guerre de 1876 contre l'Empire ottoman, la Russie disposait – dans la mer Noire – d'un armement

soins intensifs auprès du Concert européen. La Question d'Orient devenait d'intérêt international et échappait de ce fait à la compétence exclusive des Etats pris individuellement: l'indépendance et l'intégrité territoriale de l'Empire ottoman étaient placées sous la garantie du Concert européen (article VII).

La Conférence de Paris accoucha d'un faisceau d'obligations internationales – véhiculées par différents instruments conventionnels – visant manifestement à retenir l'ours russe dans la cage du Pont-Euxin:<sup>8</sup> tutelle européenne de l'Empire ottoman, neutralisation de la mer Noire, autonomie des principautés danubiennes. Tout cela sous la garantie du Concert européen consignée dans un traité ultérieur conclu entre la France, la Grande-Bretagne et l'Autriche.<sup>9</sup> On ne pouvait pas imaginer un pire scénario à la suite du coup de tête du tsar Nicolas 1er.

### *1.2: La crise de 1870-1871 et la Conférence de Londres*

Quelques années plus tard, le conflit franco-prussien et son issue déterminèrent un bouleversement majeur dans l'équilibre des forces au sein du Concert européen, comparable *mutatis mutandis* à un changement soudain et drastique de majorité parlementaire. Deux belligérants s'affrontèrent, alors que les autres acteurs restèrent impassibles au bord du ring, pris dans la trame que Bismarck commençait à tisser autour de l'Europe. La Russie gardait une neutralité bienveillante<sup>10</sup> en permettant à la

---

naval aussi (peu) considérable qu'en 1871, c'est-à-dire après l'abolition des clauses contenues dans la Convention avec l'Empire ottoman – annexée au Traité de Paris – du 30 mars 1856 (arts. I et II). C'est dire l'intérêt concret, du moins à court et moyen terme, de cette interdiction. La Russie voulait avant tout venger l'offense qui lui avait été infligée par l'alliance de l'Europe entière contre elle lors de la guerre de Crimée et par les traités qui la scellèrent. C'est pour cette raison que Gortchakoff n'accepta pas la proposition de Bismarck de ne pas s'empêtrer dans une crise politico-juridique et d'armer tout simplement une flotte dans la mer Noire et d'attendre les éventuelles protestations de la part des autres Etats. "The Russians wanted the other Powers to recognize their right to keep warships there, not actually to have them", A.J.P. Taylor, *The struggle for mastery in Europe 1848-1918*, Oxford, 1954, p. 215.

<sup>8</sup> Non seulement dans la mer Noire, mais également dans la mer Baltique avec la démilitarisation des Iles d'Aland.

<sup>9</sup> Traité de garantie, signé à Paris le 15 avril 1856 (*Nouveau Recueil Général de Traités*, vol. 15, pp. 790-791).

<sup>10</sup> "Or l'empereur Alexandre II de Russie avait pour son oncle Guillaume 1er de Prusse une affection qui se doublait de toute sa rancune contre Napoléon III, protagoniste du congrès et du traité de Paris, et protecteur des polonais", H. Salomon, *Histoire diplomatique de l'Europe (1871-1914)*, publié sous la direction de Henri Hauser, première partie, Paris, 1929, p. 23; de même, on ne saurait passer sous silence les liens d'amitié qui liaient Bismarck à Gortchakoff, noués depuis que ce dernier avait été ambassadeur russe auprès de la Diète Germanique à Francfort (Sir Augustus Oakes, R.B. Moawar, *The Great European Treaties of the Nineteenth Century*, 2nd ed., Oxford, 1921, p. 317).

Prusse de démobiliser le long de son front oriental et de déplacer ses troupes contre la France.<sup>11</sup> Avait-elle déjà en vue l'occasion rêvée de se débarrasser du Traité de Paris – moyennant la défaite de la France? En même temps, elle tenait en bride l'Autriche-Hongrie au cas où celle-ci aurait eu envie de prêter main-forte à la France. L'Angleterre, de son côté, n'entendait pas risquer une intervention militaire contre la Russie<sup>12</sup> et éventuellement contre la Prusse (son alliée de longue date sur le continent);<sup>13</sup> l'Autriche-Hongrie aurait certes aimé venger la défaite de Sadowa, mais redoutait trop la Prusse et la Russie,<sup>14</sup> qui l'aurait attaquée si elle avait osé se ranger aux côtés de la France;<sup>15</sup> l'Italie attendait l'effondrement de la France pour que celle-ci quittât Rome ... D'une certaine manière, par la défaite de Sedan, la France venait à ressentir, par un étrange retournement de fortune, le même sentiment de rage et d'humiliation que la Russie dut essuyer en 1856.<sup>16</sup>

Sur ces entrefaites, le 31 octobre 1870,<sup>17</sup> le Ministre des Affaires étrangères russe, le prince Gortchakoff, envoya à son ambassadeur à Vienne la fameuse dépêche répudiant les stipulations du Traité de Paris relatives à la neutralisation de la mer Noire.<sup>18</sup> L'objectif

<sup>11</sup> Dépêche diplomatique de l'ambassadeur anglais à Berlin, M. J.P. Harris-Gastrell, au *Foreign Office*, in *British Documents on Foreign Affairs*, Part I, Series A (Russia, 1859-1914), Volume 1 (1859-1880), p. 226.

<sup>12</sup> L'Angleterre n'aurait peut-être envisagé l'option militaire que si la Russie s'en était prise à ses intérêts en Perse et en Afghanistan, mais le jeu (de la neutralisation) de la mer Noire n'en valait pas la chandelle (qui aurait pu embraser l'Europe tout entière).

<sup>13</sup> "Odo Russell, the British representative at Prussian headquarters told Bismarck that Great Britain would go to war for the sanctity of treaties with or without allies; this was an exaggeration", A.J.P. Taylor, *op. cit.* (note 7), p. 215 [les italiques sont de nous].

<sup>14</sup> Beust, ministre des Affaires étrangères de l'Autriche-Hongrie, se dit "painfully affected" par la démarche du Tsar et avoua son impossibilité "to conceal his extreme astonishment thereat" (cité in J.A.R. Marriott, *op. cit.* (note 7), p. 282).

<sup>15</sup> Lorsque Thiers fit le tour de l'Europe en quête d'alliés, il se vit répondre par Gortchakoff qu'il était encore trop tôt pour une alliance avec la France (A.J.P. Taylor, *op. cit.* (note 7), p. 214), qui ne verrait le jour que 20 ans plus tard avec l'Entente. Pour le moment, la Russie avait besoin du soutien de la Prusse et de l'affaiblissement de la France, garante des stipulations de Paris.

<sup>16</sup> "[...] it was the moment when the myth of la grande nation, dominating Europe, was shattered for ever. The Balance of Power was startlingly altered", A.J.P. Taylor, *op. cit.* (note 7), p. 210.

<sup>17</sup> Trois jours auparavant, le Tsar – "pale with emotion" – déclara au Conseil des ministres qu'il n'aurait pu mourir en paix sans avoir réparé l'affront de la neutralisation de la mer Noire; dépêche de l'ambassadeur anglais à Saint-Petersbourg du 22 novembre (*British Documents on Foreign Affairs*, *op. cit.* (note 11), p. 224).

<sup>18</sup> Ci-après appelée: "Circulaire". Cette dépêche, qui fut également envoyée aux ambassadeurs des autres parties contractantes accréditées près la Cour impériale à Saint-Petersbourg, entendait

majeur de la politique étrangère du Tsar depuis 15 ans était enfin atteint, ou presque.<sup>19</sup> En voici les passages saillants:

*“Les altérations successives qu’ont subies, durant ces dernières années, les transactions considérées comme le fondement de l’équilibre de l’Europe, ont placé le Cabinet Impérial dans la nécessité d’examiner les conséquences qui en résultent pour la position politique de la Russie. [...] tandis que la Russie désarmait dans la mer Noire ... la Turquie conservait le droit d’entretenir des forces navales illimitées dans l’Archipel et les détroits [...] On a vu les Principautés de Moldavie et de Valachie, dont le sort avait été fixé par le Traité de paix et par les protocoles subséquents ... accomplir une série de révolutions, contraires à l’esprit comme à la lettre de ces transactions [...] Le Représentant de la Russie a été le seul à élever la voix pour signaler aux Cabinets qu’ils se mettaient, par cette tolérance, en contradiction avec des stipulations explicites du Traité [...] Cette infraction n’a pas été la seule<sup>20</sup> [...]; l’introduction des bâtiments cuirassés, inconnus et non prévus lors de la conclusion du Traité de 1856 [accroissait pour la Russie] l’inégalité déjà patente des forces navales respectives. Dans cet état de choses, Sa Majesté l’Empereur a dû se poser la question de savoir: quels sont les droits et quels sont les devoirs qui découlent, pour la Russie, de ces modifications dans la situation générale et de ces dérogations à des engagements auxquels elle n’a pas cessé d’être scrupuleusement fidèle, bien qu’ils fussent conçus dans un esprit de défiance à son égard? Notre Auguste Maître ne saurait admettre, en droit, que des Traités, enfreints dans plusieurs de leurs clauses essentielles et générales, demeurent obligatoires dans celles qui touchent aux intérêts directs de son Empire. Sa Majesté impériale ne saurait admettre, en fait, que la sécurité de la Russie dépende d’une fiction qui n’a pas résisté à l’épreuve du temps, et soit mise en péril par son respect pour des engagements qui n’ont pas été observés dans leur intégrité. L’Empereur vous ordonne de déclarer ... que Sa Majesté Impériale ne saurait se considérer plus longtemps comme liée aux obligations du Traité du 18/30 Mars 1856, en tant qu’elles restreignent ses droits de souveraineté dans la mer Noire; que Sa Majesté Impériale se croit en droit de dénoncer*

---

abroger aussi les dispositions contenues dans la Convention russo-ottomane portant neutralisation de la mer Noire.

<sup>19</sup> M.S. Anderson, *The Eastern Question 1774-1923*, London, 1966, p. 172. La presse russe, légitimement en extase en apprenant cette décision, se déchaîna: “... the Emperor is justified in exercising his ‘sovereign will’ in transactions of an international character”, alors qu’elle trouva un écho peu favorable auprès des élites russes, bien conscientes de la gravité et des formes inusuelles qu’elle revêtait (Mémoires depuis la Russie, in *British Documents on Foreign Affairs, op. cit.* (note 11), pp. 222, 227).

<sup>20</sup> La Circulaire mentionne l’ouverture des Détroits à des navires de guerre étrangers, alors que les côtes russes n’étaient pas fortifiées, en conformité avec les stipulations de Paris.

à S.M. le Sultan la Convention spéciale et additionnelle au dit Traité;<sup>21</sup> qu'elle en informe loyalement les Puissances signataires et garantes du Traité général ... [qu']il n'entre nullement dans la pensée de S.M. Impériale de soulever la question d'Orient [...] Elle maintient entièrement son adhésion aux principes généraux du Traité de 1856 qui ont fixé la position de la Turquie dans le concert européen<sup>22,23</sup>

La Circulaire, “habilement rédigée”,<sup>24</sup> vit néanmoins le jour de manière intempestive.<sup>25</sup> En effet, si le Tsar attendait depuis longtemps ce moment, Bismarck le pria d'attendre:<sup>26</sup> la guerre contre la France n'était pas encore terminée et le chancelier allemand ne désirait surtout pas qu'une conférence internationale prît en charge ce dossier conjointement avec la question de la dénonciation du Traité de Paris.<sup>27</sup> Encore Bismarck craignait-il par-dessus tout une alliance de l'Autriche-Hongrie et de l'Angleterre avec la France, alors que par ailleurs il avait besoin précisément de la Russie pour tenir en respect Vienne. Toutefois, l'Angleterre se retrouva vite bien seule et exclut tout aussi vite – non sans avoir néanmoins fait jouer les muscles – l'option militaire: l'alliance de la guerre de Crimée n'était plus envisageable et son système s'était effondré à jamais. On a même écrit que le *Foreign Office* avait dû avaler une “véritable poire d'angoisse

---

<sup>21</sup> Voir supra note 18

<sup>22</sup> “Clause de style, assurance ironique donnée par un diplomate qui est déjà sûr du succès de sa manœuvre. Elle rappelle cette phrase stéréotypée des puissances qui garantissent l'intégrité du territoire de l'empire ottoman chaque fois qu'elles viennent de procéder à une nouvelle amputation”, H. Salomon, *op. cit.* (note 10), p. 26.

<sup>23</sup> G. Fr. de Martens, *Nouveau Recueil Général de Traités*, vol. 18, pp. 269-273.

<sup>24</sup> H. Salomon, *op. cit.* (note 10), p. 25.

<sup>25</sup> Elle fut expédiée 4 jours après la capitulation française à Sedan. C'était bien vu, certes, encore qu'il pût paraître “assez méprisable de profiter des défaites de la France pour rompre avec des engagements solennellement pris devant toute l'Europe” (E. Driault, *op. cit.* (note 2), p. 204). Sumner (*op. cit.* (note 7), p. 82) qualifie cette démarche de “distasteful”.

<sup>26</sup> “Je suis heureux d'avoir été en situation de vous prouver mes sympathies comme ami dévoué. Puisse l'amitié qui nous unit assurer le bonheur et la gloire des deux pays”, ainsi télégraphia, à la veille des préliminaires de paix avec la France, le Tsar Nicolas 1er à son oncle, le futur premier Empereur d'Allemagne, le Roi de Prusse Guillaume 1er (in H. Sumner, *op. cit.* (note 7), p. 81. Il ne faut pas non plus oublier la bienveillante attitude de la Russie à l'égard de la Prusse lors de la crise des duchés de Schleswig et Holstein en 1864 ...

<sup>27</sup> Sur les rapports d'amitié entre le chancelier allemand et Gortchakoff, voir supra note 10. Bismarck était bien d'accord pour discuter de la neutralisation de la mer Noire dans le cadre d'une conférence internationale, mais il n'entendait en revanche nullement soumettre l'issue de la guerre contre la France à l'examen du Concert européen, sans doute de crainte que celui-ci n'amoindrît les fruits de la victoire.

[...] quand le prince Gortchakoff avait dénoncé les clauses<sup>28</sup> relatives à la neutralisation de la mer Noire.

Aux fins de cette étude il est intéressant d'analyser la position de l'Angleterre qui s'était toujours opposée à la neutralisation de la mer Noire,<sup>29</sup> mais qui était déterminée à agir pour réaffirmer le principe suivant lequel les traités ne peuvent être ni modifiés ni éteints par acte unilatéral d'une seule ou de quelques-unes des parties contractantes.<sup>30</sup> On touche ici au cœur de notre problématique qui se trouve magistralement exposée dans la Mémoire de Granville<sup>31</sup> daté du 10 novembre 1870, et dont voici les passages essentiels:

*“In whose hands lies the power of giving a release from all or any of these stipulations? It has commonly been supposed that Power belongs only to the Powers who have been parties to the original instrument. The dispatches of Prince Gortschakoff appear to proceed upon a different principle. They imply that some one of the Powers who have signed the engagement may allege that occurrences have taken place at variance with the provisions of the Treaty, and upon that allegation, although it be one shared or admitted, by the Cosignatory Powers, may found not a request to those Powers for the equitable consideration of the case, but an announcement to them that it has emancipated itself or holds itself emancipated from any stipulations of the Treaty which it thinks fit to disapprove. It is quite evident that the effect of such doctrine and of such proceedings which with or without avowal is founded upon it is to bring the entire authority and efficacy of all Treaties whatever under the discretionary control of each one of the Powers who may have signed them. That is to say the result obtained is the entire denunciation of Treaties in their essence [...] it implies the title of Russia to cancel the treaty on the ground of allegations of which she appoints herself as the only judge. The question therefore arises not whether any desire expressed by Russia ought to be carefully examined in a friendly spirit by the Cosignatory Powers, but whether they are to accept from her an announcement that by her own act, without any consent from them, she has released herself from a solemn covenant.”*<sup>32</sup>

<sup>28</sup> H. Salomon, *op. cit.* (note 10), p. 39.

<sup>29</sup> Voir: H. Sumner, *op. cit.* (note 7), p. 83. Contra: W. Langer, *European Alliances and Alignments 1871-1890*, New York, 1931, p. 11.

<sup>30</sup> Telle semble être aussi l'interprétation des historiens: sir Augustus Oakes, R.B. Moawat, *op. cit.* (note 10), p. 316: la Circulaire “struck a blow at the respect for treaties and the public faith of Europe”. “I assume that Russia will withdraw her offensive and immoral pretension of repudiating solemn engagements to which she is, with others, a party”, Mémoire de M. Layard relativement à la dénonciation russe (*British Documents on Foreign Affairs, op. cit.* (note 11), p. 216).

<sup>31</sup> Ci-après: le “Mémoire”. Il s'agit en réalité d'une dépêche diplomatique envoyée par le comte Granville à son ambassadeur à Saint-Petersbourg.

<sup>32</sup> Cité in Lord Arnold McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 496 [les italiques sont de nous].

Gortchakoff, non sans une pointe d'ironie mais au demeurant rassuré par l'attitude de l'Angleterre, qualifia la note anglaise de "dissertation sur le droit des gens".<sup>33</sup> Les autres parties contractantes du Traité de Paris émirent en revanche de vives protestations qui, comme celles de l'Empire ottoman,<sup>34</sup> concernaient plutôt la forme et les modalités de la démarche russe<sup>35</sup> que son bien-fondé, sans être juridiquement aussi pointues que la note anglaise. Mais puisque aucun des Etats contractants n'aurait pris les armes pour contester la validité des allégations russes, la finalité poursuivie par la Circulaire était déjà atteinte. En effet, comme nous le verrons plus loin, les autres parties au Traité de Paris finirent par parler ouvertement de "révision",<sup>36</sup> terme absent de la Circulaire, mais dont celle-ci entendait susciter l'effet normatif. De fait, il se produisit en quelque mois, de manière presque imperceptible, un glissement linguistique: on ne parla plus de la "Circulaire" – qui ne fut pourtant pas formellement retirée par la Russie<sup>37</sup> – ni de la dénonciation unilatérale qu'elle opérait; on se mit en revanche à parler de plus en plus de "révision". Or, si révision du Traité de Paris il devait y avoir, elle ne pourrait être effectuée que par l'assentiment de toutes les parties. Le principe de la sainteté des traités exigeait une démarche collective et excluait la répudiation unilatérale des engagements internationaux.<sup>38</sup>

Bismarck, qui avait promis le soutien de l'Allemagne à la dénonciation des clauses relatives à la neutralisation de la mer Noire, saisit immédiatement l'opportunité qui se présentait en proposant la convocation d'une conférence. Le chancelier allemand inaugurerait ainsi la série des congrès par lesquels l'"honnête courtier"<sup>39</sup> s'évertua pen-

<sup>33</sup> Cité in H. Salomon, *op. cit.* (note 10), p. 32.

<sup>34</sup> "... Le Grand Vizir ... n'a pas hésité à répondre à la déclaration russe en repoussant la prétention de s'affranchir d'obligations contractées en vertu d'un acte synallagmatique" (note diplomatique du 16 décembre 1870 de Prokesch, ambassadeur austro-hongrois à Constantinople, à Beust, son ministre des affaires étrangères), cité in A.-F. Frangulis, "Théorie et pratique des traités internationaux", in *Académie diplomatique internationale*, 8<sup>ème</sup> année, no. 2-4, Paris, 1934, p. 139.

<sup>35</sup> Beust, dans sa note du 16 novembre 1870, affirma que: "Le chancelier russe ne saurait disconvenir qu'il y a là de quoi nous préoccuper, et il ne s'étonnera donc pas que nous prenions très au sérieux la surprise qu'il a ménagée au monde politique. Nous voyons, dans l'attitude prise par le cabinet de Saint-Petersbourg, non pas une menace directe à l'Europe, mais une cause de perturbation fâcheuse, mettant en péril son repos et sa sécurité", H. Salomon, *op. cit.* (note 10), p. 33. Voir aussi: M.S. Anderson, *op. cit.* (note 19), pp. 172-173.

<sup>36</sup> Voir: Intervention de Granville, représentant anglais à la Conférence (*Nouveau Recueil Général de Traités*, vol. 18, p. 275).

<sup>37</sup> Elle fut plutôt "neatly and effectively by-passed", W.E. Mosse, "The end of the Crimean System: England and the neutrality of the Black Sea", *Historical Journal*, vol. 4 (1961), p. 190.

<sup>38</sup> Voir infra II.5.

<sup>39</sup> "He [Bismarck] was ready to act as honest broker ...", A.J.P. Taylor, *op. cit.* (note 7), p. 216.

dant deux décennies à maintenir l'équilibre européen après la défaite française à Sedan.<sup>40</sup> L'amphitryon étant trouvé, il ne restait plus qu'à choisir le lieu de cette conférence, et la ville de Londres fut finalement retenue.<sup>41</sup>

Il fallait mettre les formes adéquates à cette requête<sup>42</sup> et le premier acte de la Conférence qui s'ouvrit à Londres le 17 janvier 1871 ne fut autre que le célèbre Protocole<sup>43</sup> dont la teneur est la suivante:

“Les Plénipotentiaires [des Hautes Parties contractantes] réunis aujourd'hui en Conférence, reconnaissent que c'est *un principe essentiel du droit des gens* qu'aucune Puissance ne peut se délier des engagements d'un Traité, ni en modifier les stipulations, qu'à la suite de l'assentiment des Parties contractantes, au moyen d'une entente amicale”.<sup>44</sup>

Les négociations qui précédèrent l'adoption du Protocole méritent que l'on s'y attarde brièvement. Le débat commença par l'intervention du représentant ottoman qui proposa de confier la présidence de la Conférence au représentant du pays hôte, le comte Granville qui “s'est appliqué, dès le début de l'incident ... à ouvrir la voie à une solution conforme au droit et au vœu général pour la conservation de la paix”.<sup>45</sup>

Dans sa première intervention, Granville expose le principe finalement codifié par le Protocole; c'est là, dit-il, un “principe important” qui “me paraît recevoir une adhésion générale”.<sup>46</sup> Ce sentiment n'est pas exagéré et les interventions ultérieures viennent le corroborer: le représentant austro-hongrois parle de “nouveau gage à la foi des traités”,<sup>47</sup>

<sup>40</sup> “C'était [aussi] donner aux passions le temps de se calmer, [et surtout] à la Prusse le temps d'achever sa victoire”, E. Driault, *op. cit.* (note 2), p. 205.

<sup>41</sup> “... Constantinople était trop loin, Saint-Petersbourg ne l'était pas moins et ni Anglais ni Autrichiens ne voulaient y aller, Berlin était impossible, parce que la France signataire du traité qu'il s'agissait de réviser était en guerre avec la Prusse. Restait Londres ...”, H. Salomon, *op. cit.* (note 10), p. 34.

<sup>42</sup> “... a reconsideration of the stipulations of the Treaties of Paris with regard to the neutralization of the Black Sea cannot and ought not to be avoided if *Russia asks for it in the usual diplomatic and international form*”, Memorandum de M. Layard relativement à la dénonciation russe (*British Documents on Foreign Affairs, op. cit.* (note 11), p. 218).

<sup>43</sup> Ci-après le “Protocole”.

<sup>44</sup> *Nouveau Recueil Général de Traités*, vol. 18, p. 278 [les italiques sont de nous].

<sup>45</sup> *Nouveau Recueil Général de Traités*, vol. 18, p. 274.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>47</sup> Il n'est pas inintéressant d'observer que l'Autriche-Hongrie – une des principales bénéficiaires du système instauré par le Traité de Paris et particulièrement alarmée par tout agissement de l'ours russe dans les Balkans – avait proposé une version sensiblement plus musclée du principe incarné par le Protocole: “[les plénipotentiaires] sont d'accord pour reconnaître comme un principe essentiel du droit des gens, qu'aucune puissance ne peut se délier ou se dégager des engage-

le représentant ottoman évoque le “caractère sacré” du principe et l’ambassadeur français, qui ne participa qu’à la dernière réunion de la conférence (le 13 mars 1871), proclama qu’il faut “maintenir la règle salubre de la société européenne – à savoir, de n’apporter aucun changement essentiel aux relations des peuples entre eux, sans l’examen et le consentement de toutes les Grandes Puissances, – pratique tutélaire, véritable garantie de paix et de civilisation, à laquelle trop de dérogations ont été apportées dans ces dernières années”.<sup>48</sup>

Le représentant russe, tout en adhérant à cet acte de foi, rappela les raisons qui amenaient le Tsar à “soumettre les stipulations de 1856, relatives à la navigation de la mer Noire, à une *révision* à laquelle présiderait un sentiment unanime d’équité et de concorde”.<sup>49</sup> La Russie allait ainsi obtenir, dans le respect du droit, ce qu’elle recherchait par la Circulaire. La Conférence put donc procéder à la révision qui sera précédée par l’affirmation du principe auquel la Circulaire portait gravement atteinte.<sup>50</sup> Ce prélude normatif à la révision n’est pas, comme nous le verrons, un simple hommage de circonstance,<sup>51</sup> une feuille de vigne recouvrant l’action russe, mais représente la concession que la Russie dut consentir aux fins de la révision et en outre la proclamation d’un principe fondamental du droit international, voire du droit tout court.<sup>52</sup> Puisque la dénonciation unilatérale par la Russie posait essentiellement un problème au demeurant capital, puisque de forme (en droit, la forme est tout aussi importante que le fond), elle reçut également une réponse, et quelle réponse, *sur* la forme (c’est-à-dire de procédure), par le truchement du Protocole.

La Conférence de Londres put donc poursuivre ses travaux et se pencher sur les motifs invoqués par la Russie aux fins de la révision des actes conventionnels de Paris.

---

ments d’un traité, ou en modifier les stipulations, sans en avoir préalablement communiqué et adressé la demande aux autres Parties contractantes, et avoir obtenu leur assentiment” (Note diplomatique d’Apponyi, représentant de la Double monarchie à la Conférence, à son ministre des affaires étrangères, Beust, citée in B. Pouritch, *De la clause ‘rebus sic stantibus’ en droit international public*, Paris, 1918, p. 103).

<sup>48</sup> G. Noradounghian, *op. cit.* (note 4), vol. 3 (1856-1878), p. 326.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 304 [les italiques sont de nous]. Les motifs invoqués sont de deux ordres, comme nous le verrons plus tard: “[a] les déviations du traité; [b] les changements produits graduellement par la marche du temps”.

<sup>50</sup> Comme Granville le dit clairement, la première réunion de la Conférence était consacrée uniquement à une “question de droit” (*ibid.*, p. 277).

<sup>51</sup> Contra: D.J. Bederman, “The 1871 London Declaration, rebus sic stantibus and a primitivist view of the law of nations”, *A.J.I.L.*, vol. 82 (1988), p. 15.

<sup>52</sup> La Russie obtiendra gain de cause sur le fond de ses requêtes, mais “[ses] agissements dans la question qui suscita la conférence de Londres étaient en contradiction avec le principe formulé dans le protocole” (P. Fauchille, *Traité de droit international public*, tome 1er, troisième partie, Paris, 1926, § 853, p. 386), mais le but premier poursuivi par la Conférence (et son initiateur, la Grande-Bretagne) était atteint: d’une part, justement, la réaffirmation du principe et, d’autre part, son application en l’espèce, à savoir la révision par consentement unanime.

Le représentant russe, le baron de Brunnow, donne le ton en évoquant d'entrée de jeu que:

“... le mot ‘à perpétuité’ [relativement à l’interdiction de la navigation militaire dans la mer Noire prescrite à l’art. XI du Traité de Paris] n’a pas été heureusement choisi. *Dans l’ordre des choses humaines, il n’est au pouvoir de personne de proscrire et de renier l’action du temps*[...] Le moment me paraît arrivé où une saine politique doit nous conseiller de remplacer par des nouvelles combinaisons celles qui ne sont plus en accord avec l’actualité des choses.”<sup>53</sup>

L’allusion au changement fondamental de circonstances – ou comme on l’appelait plus couramment autrefois, la *clausula rebus sic stantibus* – est évidente: c’est là l’une des deux raisons sur laquelle se fondait la Circulaire. Le représentant de la Sublime-Porte contesta cependant l’allégation russe au motif que “le Traité de 1856 est d’une date trop récente pour qu’il se soit produit par la marche du temps des changements propres à affaiblir la raison d’être des stipulations relatives à la neutralisation de la mer Noire”.<sup>54</sup>

Que l’Empire ottoman révoque en doute le bien-fondé des allégations russes relève le plus naturellement de ce qu’en théâtre on appelle le *giuoco delle parti*.<sup>55</sup> D’ailleurs, aussitôt après, l’ambassadeur turc s’empresse d’ajouter que les instructions dont il est muni l’autorisent à négocier la révision des actes de Paris, à condition cependant que des “garanties” et des “compensations” puissent être trouvées. Voilà fixé le prix matériel de la révision, de la part de l’Etat directement atteint par elle, alors que le prix juridique – le principe contenu dans le Protocole – avait été payé par la Russie en soumettant sa revendication au crible et à l’acceptation d’une conférence internationale. La révision put maintenant s’effectuer et la nouvelle convention,<sup>56</sup> qui sera conclue le 13 mars 1871, abrogera par son article 1er les dispositions XI, XIII et XIV du Traité de Paris de 1856 ainsi que la convention spéciale russo-ottomane annexée à ce dernier article. La Russie s’était libérée du joug de la neutralisation de la mer Noire, mais force est de constater que, si elle put laver l’affront du Traité de Paris, elle ne réussit – et ne réussira

<sup>53</sup> *Nouveau Recueil Général de Traités*, vol. 18, p. 280 (séance du 24 janvier 1871; les italiques sont de nous). Granville affirmera par la suite, lors de la séance, que les observations du représentant russe à l’égard des mots ‘à perpétuité’ “lui paraissent avoir quelque valeur” (ibid., p. 283).

<sup>54</sup> Ibid., p. 281 [les italiques sont de nous]. Le duc de Broglie, représentant français, observa, sitôt introduit à la Conférence (5ème séance, du 13 mars 1871), qu’il “n’aurait aperçu personnellement aucune raison suffisante pour modifier les stipulations établies par le Traité de 1856” (G. Noradounghian, *op. cit.* (note 4), p. 326).

<sup>55</sup> Sur le “jeu” comme métaphore du droit, voir: M. Van De Kerchove, F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992.

<sup>56</sup> Convention de Londres pour la révision de certaines stipulations du Traité du 30 mars 1856 (ci-après: la “Convention”).

plus jamais – à soustraire l’Empire ottoman à la tutelle et la garantie européennes. En effet, par le biais de l’article II, la Sublime-Porte pourra

“ouvrir les dits Détroits en temps de paix [même] aux bâtiments de guerre des Puissances amies et alliées, dans le cas où la Sublime-Porte le jugerait nécessaire pour sauvegarder l’exécution des stipulations du Traité de Paris du 30 Mars 1856”.

Voilà les “compensations” concédées par la Russie aux fins de la révision du Traité. Encore, la Convention confirme-t-elle les autres obligations relatives à la mer Noire ainsi que celles relatives aux Principautés danubiennes.<sup>57</sup> Dès lors, le Concert européen s’appliqua à maintenir sous perfusion la Sublime-Porte et tous les actes et faits la concernant étaient de son ressort. Par exemple, le Traité de San Stefano de 1876, honorablement obtenu par les Russes sur le champ de bataille et dans lequel le Sultan renonçait à la quasi-totalité des territoires ottomans en Europe, ne suffit pas à transférer le titre juridique. Il y fallut l’imprimatur du Concert européen, qui avait donc un *intérêt à agir* en ce domaine. Par conséquent, le Traité (bilatéral) de San Stefano fut “cassé” par le Traité (multilatéral) de Berlin du 13 juillet 1878 (cf. notamment les articles 58-60). Tout se passe comme si le *ius tractatus* de la Turquie et de la Russie dans ce domaine était circonscrit et limité par les *intérêts juridiques* du Concert européen consacrés et protégés par le Traité de Berlin. Le Tsar finit par s’y plier et, résigné, s’en alla débusquer la Perfide Albion en Perse et en Afghanistan.

On n’insistera jamais assez sur l’action combinée que les deux actes adoptés à Londres produisent dans les relations juridiques entre les parties. D’une part, à titre propédeutique en quelque sorte, la réaffirmation du principe de l’impossibilité de se délier unilatéralement des engagements conventionnels, consacré dans le Protocole,<sup>58</sup> et d’autre part son application au cas d’espèce, c’est-à-dire l’examen de la requête russe et – une fois constaté l’assentiment de toutes les parties sur le bien-fondé de celle-ci – la révision par un nouvel acte conventionnel. Le Protocole et la Convention de Londres sont donc enchevêtrés l’un dans l’autre comme peuvent l’être le principe et son application. Mais surtout le Protocole exprime, en termes juridiques et sur le plan

<sup>57</sup> “Les Hautes Parties Contractantes renouvellent et confirment toutes les stipulations du Traité du 30 mars 1856, ainsi que de ses annexes, qui ne sont pas annulées ou modifiées par le présent traité”, Art. VIII du Traité de Londres pour la révision de certaines stipulations du Traité du 30 mars 1856, in G. Noradounghian, *op. cit.* (note 4), p. 336. Contra: H. Sumner, *op. cit.* (note 7), p. 83) pour qui “[t]he net result was an undoubted gain for Russia”. C’est pourquoi il paraît difficile de suivre Marriott (*op. cit.* (note 7), p. 283) lorsqu’il affirme: “That English prestige suffered severely from the emasculation of that treaty can hardly be denied”.

<sup>58</sup> Il est en effet intéressant de remarquer que l’Article XIV du Traité de Paris – suivant lequel la convention spéciale russo-ottomane annexée à ladite disposition ne pouvait pas être modifiée sans le consentement des parties au traité – fut délibérément omis dans la Convention. En effet, cette importante mise en garde était désormais solennellement consacrée, en tant que principe directeur du droit international, dans le premier Protocole de Londres de 1871!

du droit des traités, l'exigence d'une réponse collective, systémique face à une initiative isolée, émanant même d'une grande puissance telle que la Russie. Hall décrit correctement cette situation en ces termes:

“The general correctness of the principle is indisputable, and in a declaration of the kind made it would have been impossible to enounce it with those qualifications which have been seen to be necessary in practice. The force of its assertion may have been impaired by the fact that Russia, as the reward of submission to law, was given what she had affected to take. *But the concessions made were dictated by political considerations, with which international law has nothing to do. It is enough from the legal point of view that the declaration purported to affirm a principle as existing, and that it was ultimately signed by all leading powers of Europe.*”<sup>59</sup>

Geffcken se fourvoie donc lorsqu'il glose en marge de la 4<sup>ème</sup> édition du manuel de Heffter que:

“Les prétextes frivoles sous lesquels la Russie dénonça en 1870 la clause du traité [de 1856] firent de cet acte une infraction à la foi publique des plus graves *et qui ne fut point réparée par le protocole ultérieur de la conférence du 17 janvier 1871.*”<sup>60</sup>

Nous aurons tout loisir dans la deuxième partie de nous pencher sur le caractère prétendument frivole des motifs invoqués par la Russie afin de se délier de certaines dispositions du Traité; mais il importe ici de mettre en exergue, et uniquement au regard du fonctionnement du Concert européen, que ce dernier réussit à mettre au point une réponse institutionnelle<sup>61</sup> qui permit la révision du Traité de Paris. L'exigence de cette révision avait déjà été ressentie par certains autres Etats, mais il fallut attendre la débâcle de Sedan et l'effondrement de l'un de ses deux parrains pour qu'elle pût se réaliser.

La Conférence de Londres de 1871 accoucha d'une révision des instruments conventionnels conclus lors de la Conférence de Paris de 1856. Par conséquent, la revendication russe – exprimée par la Circulaire – aboutit à une prise de conscience de la part des Etats contractants de la nécessité de *mettre à jour* le droit eu égard aux nouveaux besoins et surtout de le mettre en conformité avec le nouveau rapport des forces en Europe à la suite de l'effondrement de la France impériale.<sup>62</sup> Voilà, peut-être,

<sup>59</sup> W.E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8th ed. (by Pearce Higgins), Oxford, 1924, pp. 412-413 [les italiques sont de nous].

<sup>60</sup> W. G. Heffter, *Le droit international de l'Europe*, 4<sup>ème</sup> éd., trad. de l'allemand, Berlin-Paris, 1883, (p. 222, note 5).

<sup>61</sup> Sans éprouver la moindre nostalgie passéiste pour un système historique de règlement des différends qui n'existe plus, nous voulons simplement indiquer ses éléments de modernité.

<sup>62</sup> “L'Angleterre, victorieuse en 1856, subissait [en 1871] la volonté de la Russie vaincue alors, la Russie avait pu faire prévaloir sa volonté en profitant des victoires et de l'appui de la Prusse

le véritable changement fondamental de circonstances, à savoir l'amointrissement de l'une des puissances garantes du système établi par le Traité.<sup>63</sup>

Les événements qui suivent la Circulaire représentent un véritable miroir de l'ordre juridique international. Tous les ingrédients de la crise d'un système juridique y sont présents: un traité humiliant, la débâcle subséquente de l'une de ses puissances garantes, le bouleversement des équilibres, une revendication unilatérale et, enfin, le règlement collectif. La crise est résolue; le système est sauf et l'une de ses architraves réaffirmée et consolidée. Mais, au-delà du résultat concret, c'est toute l'idée du Droit dans les relations interétatiques qui se trouve précisée quant à son caractère objectif et donc extérieur à la volonté des Etats individuels.

Nous passerons maintenant à l'analyse des motifs invoqués par la Russie à l'appui de sa dénonciation partielle, puis de la révision des actes conventionnels de Paris.

## **Partie II: Le Protocole de Londres à la lumière du droit des traités de son temps**

Nous analyserons les événements autour du Protocole non pas à la lumière des règles actuelles du droit des traités, mais des principes qui étaient en vigueur à l'époque, pour en apprécier, ensuite, la contribution au droit moderne. La doctrine contemporaine et les travaux de codification qui ont abouti à la Convention de Vienne de 1969 conclus entre Etats,<sup>64</sup> ne seront évoqués que dans la mesure où ils se réfèrent nommément au Protocole afin de l'interpréter ou de lui conférer une signification précise. Par le truchement de trois fenêtres (b, c, d) et deux lucarnes – dont la dernière pivotante puisqu'elle donne également sur la troisième partie – nous jetterons notre regard sur: a) le principe *pacta sunt servanda*; b) la règle *inadimplenti non est adimplendum*; c) la *clausula rebus sic stantibus*; d) le droit de dénonciation unilatérale; e) la procédure en cas de dénonciation unilatérale.

### *II.1: Pacta sunt servanda*

Chiffon de papier? Contrairement à l'idée largement répandue, cette expression n'est pas de Bismarck, mais de Bethmann-Hollweg, son successeur à la Wilhelmstrasse. A la veille de la première guerre mondiale, l'ambassadeur britannique à Berlin, sir William Edward Goschen, après avoir remis au ministre des Affaires étrangères allemand

---

qui avait été admise aux délibérations de 1856 en parente pauvre à titre de puissance secondaire, et qui était maintenant la première puissance de l'Europe [continentale]”, H. Salomon, *op. cit.* (note 10), p. 39.

<sup>63</sup> De façon symptomatique le représentant français, le duc de Broglie, ne pourra participer qu'aux dernières séances de la Conférence de Londres, du fait des difficultés de déplacement dans une France aux abois.

<sup>64</sup> Ci-après: “CVDT”.

l'ultimatum de son pays en garantie armée de la neutralité belge, se rendit auprès du chancelier du Reich et relata en ces termes – dans un rapport envoyé à son ministre des Affaires étrangères, sir Edward Grey – la conversation (en anglais) qu'il eut avec ce dernier:

“He said that the step taken by his Majesty's Government was terrible to a degree. Just for a word: “neutrality”, a word which in war time had so often been disregarded, *just for a scrap of paper*, Great Britain was going to make war on a kindred nation who desired nothing better than to be friends with her.”<sup>65</sup>

Il est légitime de se demander si le Protocole, en tant qu'acte conventionnel, réaffirme le principe suivant lequel les engagements doivent être respectés.<sup>66</sup> Tout naturellement, le Protocole résonne dans les réactions de toutes les chancelleries à la Circulaire, et sur le principe qu'il contient se fonde également l'argumentaire du Mémorandum. Le rappel dans ce dernier au respect des engagements synallagmatiques représente l'“argument de droit”<sup>67</sup> qui va appuyer “l'argument de force”.<sup>68</sup> L'impossibilité de dénoncer unilatéralement les accords internationaux alors même qu'aucune raison juridique n'est prouvée découle tout droit du principe *pacta sunt servanda*. D'après les délégations des Etats à la conférence, il n'existe aucun motif permettant d'admettre l'extinction même seulement partielle du Traité de Paris. Partant, l'on se trouve en présence d'une *répudiation* d'un traité international interdite par le principe *pacta sunt servanda*. McNair n'exagère donc pas lorsqu'il écrit que:

“Bien que la Déclaration de Londres n'ait été signée que par six Puissances, elle a acquis depuis lors un prestige qui nous autorise à la considérer comme une des déclarations fondamentales des principes du droit international.”<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Cité in J. Rochette, *Le traité, ce chiffon de papier*, Paris, 1984, p. 3 [les italiques sont de nous].

<sup>66</sup> Il ne serait pas inutile de se pencher sur la nature juridique du Protocole: il s'agirait d'un pseudo-accord, puisqu'il serait inconcevable qu'un accord puisse étayer le caractère contraignant ... d'autres accords: comme le chien qui se mord la queue ... On pourrait dire autant de l'art. 26 CVDT. En ce sens, voir: R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5ème éd., Napoli, 1968, p. 143; P.A. Sereni, *Diritto internazionale*, vol. 3, Milano, 1966, p. 1383.

<sup>67</sup> Et il ne s'agit pas d'un simple “hommage verbal à la force obligatoire persistante des traités” comme le prétend J. Westlake, *Traité de droit international*, traduit sur la 2ème éd., par A. de la Pradelle, Oxford, 1924, p. 311.

<sup>68</sup> Ch. de Visscher, “Principes de droit international public”, R.C.A.D.I., vol. 86 (1954-II), p. 499.

<sup>69</sup> “La terminaison et la dissolution des traités”, R.C.A.D.I., vol. 22 (1928-II), p. 468. En ce sens: J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, vol. VI, Leiden, 1973, p. 358. Contra: Ch. Dupuis, “Libertés des voies de communication. Relations internationales”, R.C.A.D.I., vol. 2 (1924-I), pp. 334-335 qui prétend que “L'autorité, tant doctrinale que pratique [du Protocole]

Ce principe<sup>70</sup> – dont la nature juridique ne va pas nous retenir plus longtemps – a été considéré à tour de rôle comme “postulat de la raison pure”,<sup>71</sup> comme “hypothèse première” du droit,<sup>72</sup> comme “principe éthique”<sup>73</sup> et comme caractère saillant du droit tout court.<sup>74</sup> En se référant nommément au Protocole, Basdevant écrivit que “[l]a règle *Pacta sunt servanda* découle d’une nécessité sociale”;<sup>75</sup> alors que, dans un tout autre esprit, il fut également affirmé, toujours à l’égard du Protocole, que “le respect des engagements contractés ne doit pas être ... poussé jusqu’au suicide”.<sup>76</sup>

Comme le dit très bien Madame Bastid:

“Cette formule du protocole de Londres de 1871 est très importante parce que les Etats ont entendu exprimer une règle du Droit des gens, constater le Droit.”<sup>77</sup>

Le Protocole et le principe qu’il codifie, car telle était l’intention manifeste des parties lors des travaux de la Conférence, eurent un écho durable.<sup>78</sup> Le Pacte de la Société des Nations y fit une claire référence dans son Préambule, et durant l’entre-deux-guerres ils furent souvent évoqués. A titre d’exemple, dans le préambule du Traité de Locarno du 16 octobre 1925 conclu par l’Allemagne avec la Tchécoslovaquie,<sup>79</sup> ainsi que dans

---

ne laisse pas d’être quelque peu compromise par les circonstances dont [il] a été le fruit”; L. Renault, *Question d’Orient*, cours de doctorat, Paris, 1913-14, p. 27, va encore plus loin lorsqu’il qualifie la Conférence de Londres de 1871 de “comédie diplomatique”.

<sup>70</sup> Sur ce principe, notamment son exégèse, voir: J.B. Whitton, “La règle ‘Pacta sunt servanda’”, R.C.A.D.I., vol. 49 (1934-III), pp. 147-276.

<sup>71</sup> I. Kant, *Métaphysique des Moeurs* (1797), trad. de l’allemand, Paris, 1971, Partie 1ère, Chapitre II, Section II, § 19 (le philosophe allemand répond à la question qui est posée au début: “pourquoi faut-il maintenir les promesses?”).

<sup>72</sup> D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, vol. 1 (Introduzione – Teorie generali), Padoue, 1955 [réimpression de 1964], p. 43.

<sup>73</sup> A. Cavaglieri, *Corso di diritto internazionale*, 2ème éd., Napoli, 1932, p. 41.

<sup>74</sup> I. Lukashuk, “The Principle *Pacta sunt servanda* and the nature of obligation under international law”, A.J.I.L., vol. 83 (1989), p. 513.

<sup>75</sup> J. Basdevant, “Règles du droit de la paix”, R.C.A.D.I., vol. 58 (1936-IV), p. 641.

<sup>76</sup> P. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen & américain*, tome deuxième, Paris, 1885, § 1211, p. 924. Force est cependant de constater dans les paragraphes qui suivent un certain glissement vers les motifs que reflètent les articles 53 et 60 à 62 de la CVDT.

<sup>77</sup> Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets, Paris, 1985, p. 200.

<sup>78</sup> Selon J.B. Whitton, *op. cit.* (note 70), p. 231, le Protocole représente précisément la réaffirmation du principe de l’inviolabilité des traités.

<sup>79</sup> “Constatant que le respect des droits établis par les traités ou résultant du droit des gens est obligatoire pour les tribunaux internationaux”, *Recueil des Traités de la Société des Nations*, vol. 54, p. 342.

le préambule du Traité entre la Roumanie et la France conclu le 10 juin 1926, où il est stipulé que les parties demeurent “Fermement attaché[e]s au principe du respect des engagements internationaux solennellement confirmé par le Pacte de la Société des Nations”.<sup>80</sup>

Il nous faut cependant nuancer le champ opératoire du Protocole. Ce dernier, comme le montrent le contexte, la pratique subséquente et les travaux préparatoires, réitère l’interdiction de dénoncer un traité international en invoquant des motifs “frivoles” ou encore des motifs admissibles en droit mais dont l’applicabilité n’a pas été prouvée en l’espèce. En conséquence, il n’interdit pas que le traité international puisse être éteint pour des motifs prévus par le droit international général, comme ceux que nous allons passer en revue. Sous cet angle, le Protocole reflète bien la réalité coutumière du droit international, mais il ne le fait que partiellement, puisqu’il y aurait d’autres faits ou actes – en sus de l’accord extinctif – qui pourraient, selon les cas, mettre fin<sup>81</sup> ou invalider le traité.<sup>82</sup> La Convention de Vienne de 1969 n’a donc pas “assoupli, tempéré et humanisé la rigueur du principe *pacta sunt servanda* tel qu’il avait été énoncé par les grandes puissances représentées à la Conférence de Londres le 17 janvier 1871”.<sup>83</sup> Le principe réaffirmé dans le Protocole n’avait pas à être tempéré ou humanisé, puisqu’il n’exclut pas l’extinction des engagements conventionnels en application de certaines règles du droit des traités en dehors de l’accord extinctif. C’est précisément vers ces titres d’extinction des traités internationaux invoqués par la Russie que nous allons tourner notre regard.

## II.2: *Inadimplenti non est adimplendum*

Bien que l’inexécution des obligations ne figurât pas au premier rang des titres invoqués dans la Circulaire, la Russie faisait valoir que la réunion des principautés de Valachie et de Moldavie sous un seul et même souverain constituait une violation du Traité de Paris, dont l’article XXII garantissait leur autonomie dans le respect de la suzeraineté ottomane. Par surcroît, si on lit la Circulaire entre les lignes, on ne peut pas ne pas se rendre compte qu’à l’origine des “altérations successives qu’ont subies ... les trans-

<sup>80</sup> Traité d’amitié entre la France et la Roumanie, *Recueil des Traités de la Société des Nations*, vol. 58, p. 226.

<sup>81</sup> Articles 60-62 de la CVDT.

<sup>82</sup> Articles 46-53 de la CVDT. Cf. en ce sens: M. Giuliano, T. Scovazzi, T. Treves, *Diritto internazionale*, Milano, 1983, pp. 460-461. Les auteurs s’appuient notamment sur l’art. 42 qui vient compléter et préciser l’art. 26. De même: Lord Arnold McNair, “La terminaison et la dissolution des traités”, R.C.A.D.I., vol. 22 (1928-II), p. 529; F. Capotorti, “L’extinction et la suspension des traités”, R.C.A.D.I., vol. 134 (1971-III), pp. 514-516; le Tribunal fédéral suisse dans l’affaire entre l’Argovie et Lucerne, arrêt du 17 février 1882 (*Arrêts du Tribunal Fédéral*, no. 10, vol. 8 (1882), p. 57).

<sup>83</sup> P. De Visscher, “Cours général de droit international public”, R.C.A.D.I., vol. 136 (1972-II), p. 87.

actions considérées comme le fondement de l'équilibre de l'Europe" se trouvent les comportements illicites des Etats parties à ces traités. Ces violations<sup>84</sup> ont produit un changement fondamental de circonstances qui, dirions-nous aujourd'hui, dans le langage de la Convention de Vienne de 1969, engendra une transformation radicale de l'équilibre contractuel. Ce changement fondamental de circonstances est dû, aussi, à des violations de ces mêmes traités par les Etats qui en demandent actuellement le respect à la Russie.<sup>85</sup> Encore, la Circulaire évoque-t-elle génériquement des "dérogations dont la plupart des transactions européennes ont été frappées". La Russie se demandait "quels sont les droits et quels sont les devoirs qui découlent" pour elle du fait de ces "dérogations" qui désignaient en fait sous un paravent diplomatique des violations.<sup>86</sup> Ce motif fut "oublié" par le représentant russe lors de la Conférence de Londres. Pourquoi? Deux raisons peuvent être avancées. Une première est de nature plus politique: les deux Principautés furent effectivement réunies – pour aboutir à terme à la future Roumanie – sous le chef du prince Charles-Antoine de Hohenzollern-Sigmaringen ... qui était de la même dynastie que Guillaume 1er de Prusse, futur Empereur d'Allemagne et surtout parrain de la revendication russe. Il eût été pour le moins discourtois de qualifier l'élection d'un Hohenzollern de violation du Traité de Paris devant le chef de cette même dynastie! Une autre raison, plus proprement juridique, tient au fait que la violation d'un traité international est moins apte à justifier une révision que le changement fondamental de circonstances. De fait, depuis la convocation de la Conférence, on ne parle plus que de "révision" alors que l'expression "dénonciation unilatérale" disparaît. Le premier prend le dessus sur la deuxième: l'articulation entre titres d'extinction esquissée dans la Circulaire est complètement renversée au stade de la Conférence.

Quoi qu'il en soit, la Circulaire met crûment sur le tapis la question du titre de l'Etat lésé de mettre fin à un traité qui a été violé par l'un des autres Etats contractants. Ce cas de figure a été depuis lors codifié par la Convention de Vienne de 1969 en son article 60 moyennant une architecture complexe qui distingue entre traités bilatéraux et multilatéraux. Comme nous l'avons dit plus haut, il ne s'agit point de rentrer dans les tenants

---

<sup>84</sup> Entre autres: l'union des deux Principautés et l'ouverture des Détroits par l'Empire ottoman. "Il s'entend de soi-même qu'une transaction commune ne peut être modifiée que d'un consentement commun ... pour autant que les bases essentielles et les conditions en ont été pareillement observées et maintenues", lettre de Gortchakoff du 22 novembre 1871 à son ambassadeur à Vienne, Novicoff (cité in A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 173)

<sup>85</sup> "[Q]ue la sécurité de la Russie dépende d'une fiction qui n'a pas résisté à l'épreuve du temps, et soit mise en péril par son respect pour des engagements qui n'ont pas été observés dans leur intégrité" [les italiennes sont de nous].

<sup>86</sup> Dans un article de la "Gazette de Moscou" du 17 novembre 1870, on lit: "International Treaties, like contracts of the civil law, are obligations of a mutual character. Infringed by one party they become no longer binding on the other" (cité in *British Documents on Foreign Affairs, op. cit.* (note 11), p. 223, Doc. 80).

et aboutissants de cette règle telle qu'elle existe aujourd'hui, mais de voir de quelle manière on considérerait cette question au moment où les faits se sont produits.

Vattel, dont l'ouvrage, plus d'un siècle après sa parution, gardait toute son autorité auprès des chancelleries européennes, avait affirmé qu'en cas de violation d'un traité de paix, "l'autre [la partie offensée] est le maître de déclarer le Traité rompu, ou de le laisser subsister"<sup>87</sup> et elle peut également demander réparation.<sup>88</sup> La divisibilité est possible, puisque la partie lésée peut "se libérer elle-même des engagements qui répondent à l'Article violé".<sup>89</sup> Le Traité de Paris étant bien un traité de paix, la revendication russe à l'égard de la divisibilité n'était pas aussi fantaisiste que certaines réactions des chancelleries le prétendirent.<sup>90</sup> Ce principe, autorisant la partie lésée à mettre fin ou à se retirer d'un traité en cas de violation, avait droit de cité dans l'ordre juridique international de l'époque,<sup>91</sup> même si ses contours restaient encore à définir (on était bien

---

<sup>87</sup> E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Amsterdam, 1758, IV, ch. IV, § 54. Grotius avait affirmé que: "Si une partie a violé le traité, l'autre pourra se retirer de l'alliance, car chacun des articles du traité a la force d'une condition" (*Le droit de la guerre et de la paix* (1625), trad. par P. Pradier-Fodéré), I,II, ch. XV, § XV.

<sup>88</sup> La question toujours actuelle et pas encore complètement résolue des rapports entre droit des traités et droit de la responsabilité internationale, qui a fait couler beaucoup d'encre, notamment à la suite de l'arrêt de la C.I.J. de 1997 dans l'affaire *Gabcikovo / Nagymaros*, point chez Vattel. Pour K. Strupp, "Règles générales du droit de la paix", R.C.A.D.I., vol. 47 (1934-I), p. 389: "... un Etat ... ne peut se croire délié d'un traité à raison de la non-exécution des clauses de celui-ci par l'autre Partie. Cela lui donne tout au plus le droit à des représailles qui lui permettent de suspendre les devoirs contractuels du traité pour un temps limité". Le juriste allemand emploie une terminologie empruntée au droit de la responsabilité internationale pour qualifier des effets juridiques relevant du droit des traités. De même: H. Kelsen, "Théorie du droit international public", R.C.A.D.I., vol. 84 (1953-II), p. 162.

<sup>89</sup> E. de Vattel, *op. cit.* (note 87), § 47. Contra: Mémoire, p. 332.

<sup>90</sup> Mémoire, voir aussi pp. 85-86. D'ailleurs, Gortchakoff lui-même écrivit à son ambassadeur à Londres: "Nous ne saurions admettre que l'abrogation d'un principe théorique sans application immédiate ... puisse être considérée comme une menace pour la paix, *ni qu'en annulant un point du Traité de 1856 elle implique l'annulation du tout*" (cité in A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 173; les italiques sont de nous).

<sup>91</sup> Se référant nommément à la Circulaire: Baron Michel de Taube, "L'inviolabilité des traités", R.C.A.D.I., vol. 32 (1930-II), p. 365; M.S. Anderson, *op. cit.* (note 19), p. 172; F. Capotorti, *op. cit.* (note 82), p. 549; M. Goma, *Termination or suspension of a treaty as a consequence of its breach. Concept and application*, Genève [Thèse I.U.H.E.I., no. 533], 1994, p. 61. Contra: A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, 1947, pp. 185-6; Ch. Dupuis, *op. cit.* (note 69), p. 339, qui, sous prétexte du défaut d'un organe juridictionnel international chargé de la vérification des conditions d'application, réfute cette cause d'extinction. C'est, nous semble-t-il, une position extrême et somme toute irréaliste, car l'argument, applicable par ailleurs à toute cause d'extinction, de suspension et d'invalidité, relève d'une autre question,

loin des précisions de l'article 60 de Convention de Vienne de 1969). Etrange coïncidence, la Prusse, qui soutint fermement la Russie dans sa démarche, se prévalut, avec l'Autriche-Hongrie, de cet argument lorsque le Danemark en 1863 incorpora les duchés du Schleswig et du Holstein en violation du Traité de Londres de 1852.<sup>92</sup> Fortes de ce principe de droit, la Prusse et l'Autriche-Hongrie – sous l'œil bienveillant ... de la Russie – attaquèrent en 1864 le Danemark et s'emparèrent des Duchés: récurrences de l'Histoire! Il est intéressant d'observer que l'Angleterre – pour qui le Danemark était le gardien du Sund – protesta énergiquement en affirmant qu'un Etat ne pouvait pas invoquer la violation d'un engagement conventionnel par une autre partie au traité comme motif pour y mettre fin ou s'en retirer *vis-à-vis* des autres parties contractantes. Car, lit-on dans la note anglaise, "tout le fondement des stipulations conventionnelles de l'Europe aurait été détruit si une telle raison pouvait être admise en tant qu'excuse pour rompre un simple et clair engagement conventionnel".<sup>93</sup>

La Convention de Vienne de 1969 finit par donner raison à la thèse britannique, puisque dans le cas de figure de l'action individuelle relativement à un traité multilatéral, la partie lésée ne peut faire valoir la violation du traité qu'à l'égard de la partie fautive, et seulement pour le suspendre et non pas pour y mettre fin (art. 60 § 2 lit. b).

Il faut encore évoquer ici la crise de 1935 déclenchée par le rétablissement du service militaire en Allemagne (loi du 16 mars 1935) en violation du Traité de Versailles (Partie V). Drôle de destin que celui de ces deux événements intimement liés: en 1870, la Prusse et sa victoire sur la France avaient permis à la Russie de dénoncer le Traité de Paris par lequel la France avait humilié la Russie; en 1935, l'Allemagne se délie d'un traité à son tour imposé par la France en guise de revanche à la défaite de 1870: *corsi e ricorsi storici*, avait dit Vico. Le motif invoqué alors par l'Allemagne était celui de la violation du Traité de Versailles par certaines autres parties contractantes, comme il ressort de la proclamation du Reich à la population du 16 mars 1935:

"... tandis que l'Allemagne avait rempli ses obligations, les autres parties contractantes ont omis de faire honneur aux leurs. C'est-à-dire que les Hautes parties contractantes des anciens Etats vainqueurs se sont affranchies unilatéralement des obligations du Traité de Versailles [i.e. en réarmant]".<sup>94</sup>

Le principe consacré par le Protocole, tellement immuable et intangible qu'il finit par demeurer dans la naphthaline, sous-tend ce chassé-croisé de l'histoire européenne. En

---

certes importante, qui est celle de la procédure et de la constatation (voir infra, Partie II.5). Le fond et la forme doivent être ici soigneusement distingués, sous peine de jeter l'enfant avec l'eau du bain!

<sup>92</sup> Motion austro-prussienne du 28 décembre 1863 soumise à la Diète germanique.

<sup>93</sup> Cité in M.-A. Ourossov, *op. cit.* (note 6), p. 137.

<sup>94</sup> Cité in M.-A. Ourossov, *op. cit.* (note 6), p. 142.

effet, la note française du 21 mars 1935 y fait référence, sans le citer nommément,<sup>95</sup> et la note italienne du 21 mars 1935 fait un clin d’œil au Mémorandum, sans être aussi opulente en raisonnements juridiques, en rappelant la nécessité d’une révision qui recueille l’assentiment de toutes les parties.<sup>96</sup> Le télégramme du 20 mars 1935 du Gouvernement français au Secrétariat de la Société des Nations claironne:

“... le Gouvernement allemand a délibérément répudié, par un acte unilatéral, les engagements contractuels inscrits dans les traités que l’Allemagne a signés ...”.<sup>97</sup>

La France (“partie particulièrement atteinte”<sup>98</sup> par les agissements allemands) rappela, dans son Mémorandum soumis le 9 avril 1935 au Conseil de la Société des Nations, que:

“Une question plus haute doit être posée, car dans une Europe où se généralisent la méthode de dénonciation unilatérale des engagements internationaux, il n’y aurait bientôt plus de place que pour une politique de force.”<sup>99</sup>

La résolution finale adoptée à Stresa le 15 avril 1935 par l’Angleterre, la France et l’Italie, prélude à celle votée par le Conseil de la Société des Nations, proclame à son § 5:

“Les représentants des trois Gouvernements ont eu le regret de constater que la méthode de répudiation unilatérale adoptée par le Gouvernement allemand ... avait porté gravement atteinte à la confiance de l’opinion publique dans la solidité d’un ordre pacifique.”<sup>100</sup>

Enfin, le § 2 de la résolution votée par le Conseil de la Société des Nations le 18 avril 1935 fait lui aussi écho au Protocole:

“Le Conseil considérant: ... 2° Que c’est un principe essentiel du droit des gens qu’aucune Puissance ne peut se délier des engagements d’un traité ni en modifier

<sup>95</sup> A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 143.

<sup>96</sup> Est-ce à dire que le Concert européen réussit à concilier le décalage entre droit et fait, mieux que la Société des Nations, malgré la procédure du *peaceful change* prévue à l’article 19 de son Pacte?

<sup>97</sup> A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 143.

<sup>98</sup> Selon les termes employés par l’article 60, § 2, lit. c) de la CVDT qui régleme les traités dits intégraux, tels que précisément ceux en matière de désarmement.

<sup>99</sup> A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 143 (§ 3).

<sup>100</sup> R.G.D.I.P., vol. 42 (1935), p. 649.

les stipulations que d'accord avec les autres parties contractantes[...] I. condamne toute répudiation unilatérale d'engagements internationaux.”<sup>101</sup>

### II.3: *Clausula rebus sic stantibus*

La littérature en la matière est d'une somptueuse richesse,<sup>102</sup> puisque nombre d'illustres esprits se sont échinés sur ce roc de la science du droit, presque en manière de rite initiatique. Nous allons, non sans quelque artifice, faire abstraction de ces assauts littéraires pour nous concentrer sur les vicissitudes des événements historiques qui servent de cadre à ce qu'il est convenu d'appeler la *clausula rebus sic stantibus*. Cette clause compte de nombreux détracteurs en doctrine, qui la considèrent comme antinomique à l'idée même de droit et au respect des engagements conventionnels, ainsi que l'affirme, par exemple, Georges Scelle:

“En Droit international, une sorte de dilemme se trouve posé aux juristes. Il semble qu'il y ait contradiction irrémédiable entre deux normes: “*Pacta sunt servanda*”, d'une part, de l'autre, “Tous les traités sont affectés de la clause *rebus sic stantibus*.”<sup>103</sup>

Mais, ce dilemme est-il vraiment propre au changement fondamental de circonstances? N'est-il pas plutôt inhérent à toute cause d'extinction des traités internationaux ne se fondant pas sur la volonté commune des parties? En effet, force négateurs du changement fondamental de circonstances en tant que cause d'extinction s'en sont pris à l'automatisme de la *clausula* et partant au caractère auto-interprétatif des modalités de sa mise en œuvre. Toutefois il s'agit là, répétons-le, d'une problématique commune à toute cause d'extinction, de suspension et d'invalidité des traités internationaux. Par exemple, une partie contractante peut, en tout âme et conscience, prétendre sur la base de son auto-interprétation que son consentement a été vicié du fait d'une erreur (article 48 de la Convention de Vienne de 1969) ou que le traité se révèle impossible à exécuter du fait de la disparition d'un “objet indispensable” à sa réalisation (article 61 de la Convention de Vienne de 1969). Fort de cette qualification, l'Etat pourrait se considérer délié

<sup>101</sup> A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 144 [les italiques sont de nous].

<sup>102</sup> E. Back Impallomeni, *Il principio rebus sic stantibus nella convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Milano, 1974; L. Sico, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati*, Padova, 1983 (qui passe en revue la pratique postérieure à la CVDT); P.A. Sereni, *op. cit.* (note 66), vol. 3, p. 1495 (passim). Sur l'exégèse du principe en droit international: Baron Michel de Taube, *op. cit.* (note 91), pp. 353-367.

<sup>103</sup> G. Scelle, *Droit international public*, Paris, 1948, p. 646. De même: L. Oppenheim, *International Law*, vol. 1, 2nd ed., London, 1912, p. 573; Ch. Dupuis, *op. cit.* (note 69), p. 341. Contra: J.H.W. Verzijl, *op. cit.* (note 69), p. 344, qui relève justement cet amalgame entre la cause d'extinction et (les défaillances de) la procédure aux fins de son application au traité.

de l'engagement conventionnel en question. La Commission du droit international, bien consciente de ces questions qui touchent à la forme, à l'action, élaborera une procédure à suivre aux fins de l'application de la cause (d'extinction, de suspension ou d'invalidité), énoncée aux articles 65-67. Plus que le fond, c'est la forme, l'action procédurale qui compte ici et l'on est inéluctablement ramené à la déficience structurelle de l'ordre juridique international: l'absence d'une juridiction obligatoire, d'une constatation juridictionnelle de la situation juridique. Par conséquent, l'argument de Scelle, absolument valable, ne doit pas être appliqué qu'au changement fondamental de circonstances, mais également aux autres motifs d'extinction (ou encore d'invalidité, de suspension) qui présentent, de ce point de vue, les mêmes dangers d'application. Car, c'est l'*action unilatérale*, quelle que soit la cause invoquée, qui déstabilise les liens conventionnels et perturbe donc gravement l'ordre juridique international. Ce n'est donc pas la cause en elle-même qui pose problème (c'est-à-dire le *titulus abrogandi*), mais le *modus* (ou l'*actio procedendi*).<sup>104</sup> Par conséquent, l'on ne peut pas réfuter le premier en invoquant les défaillances du second.

Avant de sonder le droit en vigueur à l'époque de l'"incident" (comme l'appela le représentant du Sultan lors de l'ouverture de la conférence),<sup>105</sup> il importe de passer en revue les faits qui l'ont provoqué. Dans sa note diplomatique du 22 novembre 1871, Gortchakoff précise à son ambassadeur à Vienne, Novicoff, les raisons étayant le changement fondamental de circonstances:

“Ce principe [de la neutralisation de la Mer noire] n'avait d'autre base que la foi des traités ... Les conditions politiques dans lesquelles cette transaction avait été conclue, ont été radicalement modifiées.”<sup>106</sup>

Nous avons déjà exposé le point de vue anglais, qui ne porte pas vraiment sur le fond de l'allégation puisque l'Angleterre ne contesta pas l'existence d'une cause d'extinction fondée sur le changement fondamental de circonstances, mais sur le *modus procedendi* de la Russie. Il importe d'observer la réaction de Vienne, la Prusse et la France ayant pour le moment d'autres préoccupations plus urgentes. Le ministre des Affaires étrangères austro-hongrois, le comte de Beust, fait savoir au gouvernement du Tsar, par l'intermédiaire de son ambassadeur à Saint-Pétersbourg, le comte de Chotek, que:

“Les raisons que le Gouvernement de Russie met en avant pour justifier un acte unilatéral [l'iniquité, l'inégalité résultant du changement fondamental de circonstances], loin d'en atténuer la portée, ne font qu'ajouter à la gravité des considérations qui s'y rattachent. La maxime qu'il lui plaît d'adopter compromet non seulement tous les

<sup>104</sup> Sur la signification de ces expressions, voir infra II.5.

<sup>105</sup> Voir supra p. 88.

<sup>106</sup> Cité in A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 173.

traités existants, mais encore ceux à venir. Elle peut contribuer à les rendre faciles, elle ne servira pas à les rendre solides.”<sup>107</sup>

Toutefois, le nouvel équilibre des pouvoirs en Europe a *radicalement changé*, l’Autriche-Hongrie ne peut plus faire obstacle au fait accompli de la Russie, et son opposition va désormais se concentrer sur les formes de la démarche russe. Le bien-fondé des titres invoqués sera discuté plus tard dans le cadre d’une conférence internationale; quant aux formes, ce seront celles de la “révision”:

“Nous n’avons jamais prétendu que les transactions internationales fussent à l’abri des injures du temps et qu’elles dussent être maintenues intactes à tout jamais ... Mais, dans ce cas, le droit des gens indique la voie à suivre; c’est celle d’un recours fait par l’Etat qui y a intérêt aux autres Puissances intervenantes, dans le but de s’entendre sur les modifications à apporter au traité ... une révision qui, s’opérant par l’accord des parties, tendît à raffermir, au lieu de l’ébranler, le respect dû au droit public de l’Europe.”<sup>108</sup>

Le mot est lâché, la solution formelle trouvée: le droit retrouve son intégrité. Nous en parlerons plus tard.<sup>109</sup> Il est temps maintenant d’analyser l’état du droit international sur l’admissibilité de la *clausula rebus sic stantibus* à l’époque de l’“incident” de 1870-1871.

S’agissant d’une clause, elle n’est pas seulement *sous-entendue* dans tout traité international,<sup>110</sup> mais – et c’est là que le bât blesse – elle habiliterait l’Etat qui l’invoque à s’ériger en juge de cette prétention et à en tirer les conséquences sur le traité, c’est-à-dire l’êteindre ou s’en retirer.<sup>111</sup> Parmi les partisans de cette conception “automatique”, on trouve Wheaton qui soutint que “[t]reaties expire ... when a total change of circumstances renders them no longer obligatory”.<sup>112</sup> La survenance de faits susceptibles de tomber sous le coup de la clause aura donc pour effet de mettre fin au traité *ipso iure*,

<sup>107</sup> Note diplomatique du 16 novembre 1870 (cité in Frangulis, A-F., *op. cit.* (note 34), p. 174).

<sup>108</sup> Note diplomatique du 7 décembre 1870 (Beust à Chotek), citée in A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 174.

<sup>109</sup> Sur cet aspect de la crise, voir *infra* II.5.

<sup>110</sup> Déjà Grotius (*op. cit.* (note 87), l. II, ch. XVI, § XXV.2) avait contesté l’existence tacite, dans tout traité international, d’une telle clause. D’après l’illustre juriste de Delft, le changement fondamental de circonstances ne pourrait opérer, dirions-nous dans la terminologie de la CVDI, que si les circonstances en question ont formé la base essentielle du consentement des Etats.

<sup>111</sup> Voir *infra* II.5.

<sup>112</sup> H. Wheaton, *Elements of International Law*, 6th ed., Boston, 1855, p. 343. Dans le sens d’une clause *rebus sic stantibus* ainsi construite, c’est-à-dire de droit absolu opérant de l’extérieur (et indépendamment des parties): P. Fabre, *Des servitudes dans le droit international public*, Paris, 1901, p. 30.

même en l'absence de revendication par l'une des parties. Dès lors, une telle demande ne représenterait que l'une des conditions procédurales, c'est-à-dire l'acte par lequel l'Etat *constate* l'existence d'un changement fondamental qui a déjà opéré *automatiquement* sur le traité. Cette revendication/interprétation par l'Etat aura donc un effet rétroactif engendré *ope legis* par le droit objectif.

Une version légèrement adoucie et plus respectueuse de la préservation de l'ordre juridique international, a été défendue entre autres par Pradier-Fodéré qui admet l'extinction du traité "lorsqu'il se produit une modification *essentielle* de circonstances en vue desquelles le traité a été conclu".<sup>113</sup> On commence à entrevoir certains éléments qui seront présents dans la codification de l'article 62 de la Convention de Vienne de 1969, mais l'automatisme de sa mise en œuvre demeure.

Kaufmann, dont l'influence sur la doctrine postérieure en la matière sera durable, enchaîne la clause à la théorie des droits fondamentaux des Etats (*Grundrechte*)<sup>114</sup> et lui assure par là un blindage et une certaine pérennité.<sup>115</sup> L'Etat qui invoque la clause exerce un acte nécessaire qui non seulement n'est pas contraire au droit mais est limité et prévu par lui<sup>116</sup> aux fins de garantir l'un de ses droits fondamentaux mis en péril par le respect du traité *désormais en porte à faux face à de nouvelles circonstances*. En ce même sens, Jellinek affirme que tout traité international, en tant qu'expression de la volonté des Etats, comporte *nécessairement* la clause *rebus sic stantibus* puisque toute obligation juridique doit céder le pas au droit fondamental de l'autoconservation.<sup>117</sup> Tout acte de volonté étatique, tant à l'intérieur (constitution et lois) qu'à l'extérieur (traités), s'accompagne de la clause, même si elle a souvent été mal interprétée et peut donner lieu à des abus, aussi longtemps que les Etats demeurent les juges ultimes de leurs actes dans l'ordre juridique international.<sup>118</sup>

<sup>113</sup> *Op. cit.*, (§ 1214, p. 927; les italiques sont de nous). De même: C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 2ème éd., Nördlingen, 1872, § 359.

<sup>114</sup> E. Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, Tübingen, 1911, p. 195. Que cette clause revête une place fondamentale dans la construction scientifique du droit international est révélé par l'intitulé même de l'ouvrage.

<sup>115</sup> Sa doctrine est considérée comme le reflet du droit positif par certains juristes, tels que: H. Heller, *Die Souveränität, ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, Berlin, 1927; G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, p. 313; A. Hall, *op. cit.* (note 59), p. 350.

<sup>116</sup> Plus particulièrement, ce droit de l'Etat est limité par le droit – identique – des autres Etats, comme il ressort de la formule, parfois interprétée de manière abusive: "Der Staat darf nur was er kann" (*op. cit.* (note 114), p. 231).

<sup>117</sup> G. Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienne, 1882, p. 102. L'Etat, en tant qu'organisation humaine la plus élevée possible doit remplir cette obligation suprême vis-à-vis de ses propres ressortissants. Voir *infra* note 259.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 103. Il ajoute, enfin, que seul un fonctionnement de concert entre le Droit et l'Ethique

Assez paradoxalement, Kaufmann ouvre la voie à ceux qui admettent la clause comme motif valable d'extinction (ou de révision) du traité, mais soumettent cette revendication à la vérification et, selon le cas, à l'assentiment des autres Etats contractants, éliminant ainsi ses caractères subversifs. Nous renouons ici clairement avec la perspective du Mémorandum. Comme le dit très bien Triepel, qui limite l'application de la clause aux seuls traités-loi:

“L'Etat qui applique cette théorie, ou bien le fera d'accord avec les autres, et alors le droit se modifiera par *Vereinbarung*; ou bien il se heurtera à l'opposition des autres Etats, et alors, s'il n'insiste pas, on en restera au droit antérieur; sinon, on en viendra aux mains, et la conséquence en sera le maintien ou la suppression du droit antérieur.”<sup>119</sup>

Et Liszt d'ajouter:

“L'affirmation que tous les traités internationaux sont conclus avec la clause tacite qu'ils pourront être résiliés au cas où la situation viendrait à se modifier, est incontestablement inexacte sous cette forme tranchante et générale: une pareille affirmation *serait la négation même des bases du droit international*.”<sup>120</sup>

Selon cet éminent juriste, la clause habiliterait l'Etat à demander la modification (révision) du traité international et non pas à le dénoncer unilatéralement et encore moins à en constater l'application *ipso iure* à ce dernier. De surcroît, Liszt limite le jeu de cette clause aux traités dits perpétuels, excluant ainsi de son champ opératoire les traités munis d'une clause résolutoire ou conclus pour une durée déterminée.

La crise déclenchée par la dénonciation russe du Traité de Paris *et le procédé de son dénouement* représenteraient le paradigme le plus accompli de la *clausula rebus sic*

---

pourrait remédier aux abus dans le fonctionnement de la clause. C'est là le problème typique de toute cause d'extinction (et d'invalidité) dont nous discuterons plus loin (II.5).

<sup>119</sup> H. Triepel, *Droit international et droit interne* (1899), trad. de l'allemand, Paris, 1920, p. 89 (note 2 de la p. 88). Voir aussi: D. Antokoletz, *Tratado de derecho internacional público*, vol. 2, Buenos Aires, 1928, p. 134.

<sup>120</sup> F. von Liszt, *Le droit international. Exposé systématique*, trad. de l'allemand (9ème éd., 1913), Paris, 1928, p. 185. De même: H. Claus, *Die Lehre von den Staatsdienstbarkeiten historisch dogmatisch entwickelt*, Tübingen, 1894, p. 223; A. Goellner, *La révision des traités sous le régime de la Société des Nations*, Paris, 1925, p. 33; K. Strupp, *op. cit.* (note 88), pp. 386-387; G. Crusen, “Les servitudes internationales”, *R.C.A.D.I.*, vol. 22 (1928-II), p. 60; “La règle générale ‘*Conventio omnis intelligitur rebus sic stantibus*’. Cette manière de concevoir la résiliation unilatérale n'est pas entièrement exacte. Elle est tout au moins trop générale et trop absolue. Elle repose sur une fiction, et si l'on adoptait sans réserve, on arriverait à des résultats contraires à la vérité; il faudrait notamment, en cas de changement de l'état des choses, admettre une résiliation de plein droit”, A. Rivier, *Principes du droit des gens*, tome second, Paris, 1895, p. 130.

*stantibus*.<sup>121</sup> De même, l'héritage de cette crise et notamment du Protocole nous amène à penser que ce dernier, en réfutant la version automatique de la clause *rebus sic stantibus*,<sup>122</sup> jette les fondements de la théorie "sage" du changement fondamental de circonstances.<sup>123</sup> C'est-à-dire d'une cause d'extinction ou de retrait d'un traité dont les conditions d'application sont prévues de manière limitative et exhaustive, et qui surtout, à l'instar des autres causes (d'extinction ou d'invalidité), *n'agit pas automatiquement sur le traité* et encore moins du seul fait de la revendication d'un Etat.

Quelques mots s'imposent sur la pratique des Etats immédiatement antérieure, d'abord, et postérieure, ensuite, au Protocole.<sup>124</sup> Un précédent historique qui – selon nous – n'a pas passé inaperçu du côté de Saint-Pétersbourg, fut la dénonciation par l'Autriche-Hongrie du Concordat de 1855 avec le Saint-Siège, quelques mois à peine

<sup>121</sup> En ce sens: Ph. Cahier, "Le changement fondamental de circonstances et la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités", *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. I, Milano, 1987, p. 172.

<sup>122</sup> G. Jellinek, "Balkankrise und Völkerrecht" (1908), in *Ausgewählte Schriften und Reden* (Berlin, 1911), réimprimé en 1970, Aalen, p. 510; P. Fedozzi, "Introduzione al diritto internazionale e parte generale", in *Trattato di diritto internazionale*, vol. 1er, 3ème éd., Padova, 1938, P. 523; K. Strupp, *op. cit.* (note 88), p. 282; F.-J. Urrutia, "La codification du droit international en Amérique", R.C.A.D.I., vol. 22 (1928-II), p. 199; Ch. Dupuis, "Règles générales du droit de la paix", R.C.A.D.I., vol. 32 (1930-II), p. 83; sir Hersch Lauterpacht, "Règles générales du droit de la paix", R.C.A.D.I., vol. 62 (1937-IV), p. 303; H. Kelsen, *op. cit.* (note 88), pp. 163-164; M. Houllard, *La nature juridique des traités internationaux*, Bordeaux, 1936, p. 126 (tout en ajoutant que, en réalité, le Protocole "ne condamne pas la clause elle-même [mais] la prétention de juger unilatéralement si les conditions d'application de la clause sont remplies").

<sup>123</sup> L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 3ème éd., Paris, 1964, p. 344; P. Fauchille, *op. cit.* (note 52), tome 1er, troisième partie, Paris, 1926, § 853, p. 384; W. G. Heffter, *op. cit.* (note 60), § 98, pp. 221-222; R. Quadri, *op. cit.* (note 66), p. 197, 199-200; P.A. Sereni, *op. cit.* (note 66), vol. 3, p. 1496; D. Anzilotti, *op. cit.* (note 72), p. 378; J. De Louter, *droit international public positif*, tome 1er, Oxford, 1920, pp. 510-511; Ph. Cahier, *op. cit.* (note 121), p. 171; G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, 8ème éd., Milano, 1962, p. 317; sir John Fischer Williams, "The Permanence of Treaties. The doctrine of rebus sic stantibus and Article 19 of the Covenant of the League", A.J.I.L., vol.22 (1928), pp. 90, 91; L. Oppenheim, *op. cit.* (note 103), p. 573; P. Pradier-Fodéré, *op. cit.* (note 76), tome deuxième, § 1214, p. 927; J. Westlake, *op. cit.* (note 67), p. 311; A. E. David, *The Strategy of Treaty Termination*, New Haven, 1975, p. 28; P. Reuter, *Droit international public*, 6ème éd., Paris, 1983, 159; opinion individuelle du juge Negulesco jointe à l'ordonnance de la C.P.J.I. dans l'affaire des zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex; C.P.J.I. Recueil A 22, p. 29; R. Quadri, *op. cit.* (note 66), pp. 199-200.

<sup>124</sup> J.H.W. Verzijl, *op. cit.* (note 69), pp. 351-356, brosse un intéressant tableau synoptique des controverses lors desquelles cette cause d'extinction des traités a été invoquée, avec les arguments avancés et la solution adoptée aux fins du règlement du différend.

avant la Circulaire. Le 30 juillet 1870, le comte de Beust *notifiait* au chevalier de Palomba, ambassadeur des États pontificaux à Vienne que:

“Le changement qui s’est effectué dans la personne d’une des parties contractantes, ainsi que dans les conditions qui existaient de part et d’autre lors de la conclusion du Concordat, donne au Gouvernement [Impérial et Royal] le droit dont il use, de regarder cet Acte comme annulé.”<sup>125</sup>

A la différence de la crise de 1870-1871, cette “demande” de la monarchie danubienne ne rencontra pas d’opposition majeure de la part de l’autre partie contractante, de sorte que l’extinction du traité put être déclarée par assentiment commun. Il y eut en somme un accord extinctif.

Quelques années plus tard, la Russie, toujours elle, revint à la charge lorsque le Tsar, par oukase paru dans le *Journal de Saint-Petersbourg* du 23 juin 1886,<sup>126</sup> déclara que l’article 59 du Traité de Berlin de 1878, prévoyant le statut de port libre de Batoum, devait être considérée comme “éteint” en raison du changement de circonstances par rapport à celles qui avaient existé au moment de sa conclusion.<sup>127</sup> Seule l’Angleterre réagit à la revendication russe, mais si elle ne contesta point le titre juridique invoqué, c’est-à-dire le changement fondamental de circonstances,<sup>128</sup> elle rappela le Gouvernement du Tsar au principe du respect des traités consacré dans le Protocole.<sup>129</sup> Rolin-Jaequemyns, dans sa chronique des faits internationaux, ne put s’empêcher de stigmatiser ce comportement, en dépit de ses sympathies avouées pour la Russie:

<sup>125</sup> A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 171.

<sup>126</sup> Cette revendication fut notifiée aux autres parties contractantes le 3 juillet 1886.

<sup>127</sup> Cf. B. Pouritch, *op. cit.* (note 47), p. 113.

<sup>128</sup> L’Angleterre réfutait l’argument (aberrant) suivant lequel l’établissement du port libre de Batoum était la conséquence d’un acte discrétionnaire (déclaration) du Tsar et que par conséquent celui-ci pouvait tout aussi librement y mettre fin. Il était en revanche allégué, se référant nommément au Protocole, que le statut du port de Batoum étant fixé par une disposition du Traité de Berlin (l’article 59 précisément), celui-là ne pouvait être modifié ou éteint que par assentiment commun.

<sup>129</sup> “The declaration [of the Tsar] ... was embodied in an integral clause of the [1878 Berlin] Treaty. It is, therefore, impossible to contend that this provision stands on a different footing from the other stipulations of that instrument. This being so, the terms of the Protocol of London of the 17 January 1871, are applicable in all their force”, Livre bleu de Rosebery (Foreign Office) sur la Question de Batoum, in *Foundations of British Foreign Policy from Pitt (1792) to Salisbury (1902)*, H. Temperley & L. Penson (eds.), Cambridge, 1938, doc. 173, p. 439. Toutefois, l’on ne peut s’empêcher d’observer une certaine résignation face à la démarche russe: “It must be for the other Powers to judge how far they can acquiesce in this breach of an international agreement. But in no case can Her Majesty’s Government have any share in it. *It must rest upon the sole responsibility of its authors*” (ibid., p. 441; les italiques sont de nous).

“Se constituant seul juge dans une cause où il était partie, il [le Gouvernement russe] a, sans consulter personne, déclaré nulle, de sa propre autorité, une promesse souscrite par lui et actée dans un traité solennel. C’est avec un très vif regret qu’ici encore ... je me trouve obligé de constater que la Russie est sortie du droit pour entrer dans l’arbitraire” Qu’on eût pu faire? “Reprendre Batoum, c’est-à-dire déclarer la guerre à la Russie. C’eût été un acte de folie, auquel personne n’a songé. L’Angleterre a protesté, une partie de la presse s’est indignée, et c’est tout.”<sup>130</sup>

La Question d’Orient refit surface,<sup>131</sup> et avec elle le changement fondamental de circonstances, lorsque l’Autriche-Hongrie procéda à l’annexion, le 7 octobre 1908, de la Bosnie-Herzégovine qu’elle administrait en vertu du Traité de Berlin de 1878.<sup>132</sup> La Double monarchie avait cru pouvoir déceler le changement de circonstances invoqué dans l’établissement d’une Bulgarie indépendante. De nouveau, il était question d’un accord international qui, à l’instar du Traité de Paris, était destiné à bâtir l’ordre public européen... Le fait accompli austro-hongrois provoqua une levée de boucliers, et tous les États parties,<sup>133</sup> y compris l’Allemagne et l’Italie pourtant liées à l’Autriche-Hongrie par la Triple Alliance, protestèrent avec véhémence.<sup>134</sup> Pour finir, l’Autriche-Hongrie

---

<sup>130</sup> G. Rolin-Jaequemyns, “Chronique du droit international (1885-1886)”, *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. XIX (1887), pp. 47, 49.

<sup>131</sup> G. Jellinek, *op. cit.* (note 122), p. 510, met en exergue les frappantes similitudes entre cette crise et celle de 1870-1871 et tout en reconnaissant que l’Autriche-Hongrie disposait d’un *titulus abrogandi* valable, elle avait opté pour une procédure non conforme au droit des traités (infra II.5).

<sup>132</sup> La Bosnie-Herzégovine fut cédée à l’Autriche-Hongrie “en occupation et administration” (voir l’article XXV du Traité de Berlin de 1878, *Nouveau Recueil Général de Traités*, 2ème série, vol. 3, p. 449; et la note diplomatique concernant l’abolition de l’art. XXV du Traité de Berlin de 1878, du 7 avril 1909 envoyée par l’Autriche à l’Allemagne, *Nouveau Recueil Général de Traités*, 3ème série, vol. 2, p. 665).

<sup>133</sup> Dans son intervention du 7 octobre 1908 devant la Chambre des Communes, le Ministre anglais sir Edward Grey déclara que “any modification of the Treaty of Berlin must be approved by another European Congress, just as Russia’s repudiation of the Black Sea Clauses of 1856 had to be ratified at the London Conference of 1871, in which Austria had taken part, and which decreed [suit le texte du Protocole]. We cannot recognize the right of any State to alter any international treaty without consent, and we cannot recognize the result of any such action till the other Powers, Turkey included, have been consulted”, *The Cambridge History of British Foreign Policy 1783-1919*, A.W. Ward, G.P. Gooch (eds.), vol. III (1866-1919), Cambridge, 1923, pp. 403-404.

<sup>134</sup> Dans sa note diplomatique du 9 octobre 1908, la Turquie rappela à l’Autriche-Hongrie le respect du principe dont elle avait été le champion lors de la crise de 1870-1871 (R.G.D.I.P., vol. 15 (1908), p. 37).

s'empressa de rechercher le consentement *post festum* de l'Empire ottoman,<sup>135</sup> non moins que celui des Puissances parties au Traité de Berlin de 1878.<sup>136</sup>

Drôle de destin que celui des traités censés édifier l'ordre public européen, puisque, de nouveau, le Traité de Berlin de 1878 fut l'objet des revendications émanant de la Bulgarie. Le gouvernement de cette dernière, profitant des turbulences engendrées par l'annexion imminente de la Bosnie-Herzégovine, se déclara indépendant au mépris de l'article 1er de ce traité qui établissait son autonomie sous la suzeraineté ottomane.<sup>137</sup> Les parties contractantes au Traité de Berlin de 1878 reconnurent que cet état de fait était en contradiction avec son article premier, mais seulement après que la Sublime-Porte eut "reconnu la nouvelle situation politique".<sup>138</sup> Dans cette crise, la Grande-Bretagne s'érigea en gardienne de la légalité, en garante de l'ordre public européen, fondé entre autres sur le principe consacré par le Protocole auquel elle fit explicitement référence.

Quant à la jurisprudence internationale et interne,<sup>139</sup> on peut affirmer, sous bénéfice d'inventaire, qu'aucun tribunal international ou quasi-international n'a statué sur la

---

<sup>135</sup> Par la conclusion du "Protocole (entre l'Autriche-Hongrie) concernant la Bosnie et l'Herzégovine et l'ancien Sandjak de Novi-Bazar", signé à Constantinople, le 26 février 1909, *Nouveau Recueil Général de Traités*, 3ème série, vol. 2, pp. 661-664. L'annexion fut accompagnée par des mesures compensatoires au bénéfice de la Sublime-Porte.

<sup>136</sup> Les Parties contractantes au Traité de Berlin de 1878 envoyèrent chacune une note diplomatique au Cabinet impérial et royal à Vienne, par laquelle elles procédaient à l'abolition de l'art. XXV relatif à la concession en administration de la Bosnie-Herzégovine à l'Autriche-Hongrie. Il s'agissait, en d'autres termes, d'une révision partielle d'un accord international. Voir la note du gouvernement impérial allemand (in *Nouveau Recueil Général de Traités*, 3ème série, vol. 2, p. 665).

<sup>137</sup> Il faut par ailleurs rappeler que le Traité de Berlin avait été presque aussitôt violé à son article 13 du fait de l'incorporation de la Roumélie orientale – assujettie en tant que province autonome à l'Empire ottoman – dans la Bulgarie (18 septembre 1885).

<sup>138</sup> Voir la "Note diplomatique portant reconnaissance par l'Allemagne du Royaume indépendant de Bulgarie", du 14/27 avril 1909 (in *Nouveau Recueil Général de Traités*, 3ème série, vol. 2, p. 666).

<sup>139</sup> Dans l'affaire du différend entre Argovie et Lucerne (*op. cit.* (note 82), p. 57), le Tribunal fédéral suisse affirma que: "Il demeure incontesté que [certains] traités [en l'espèce relatifs aux servitudes territoriales] pourraient tout au plus être dénoncés unilatéralement si leur maintien en vigueur porte préjudice aux intérêts vitaux de l'Etat en tant que communauté publique indépendante ou avec ses buts fondamentaux, ou, encore, s'il se produit un changement de circonstances relatives à la base essentielle du consentement" [traduction de l'auteur]. L'argument du Canton de Lucerne fut cependant réfuté *in concreto*. L'imbrication avec le droit de dénonciation unilatérale apparaît ici manifeste (voir infra note 164). Dans une autre affaire jugée toujours par le Tribunal fédéral suisse, celui-ci affirma le principe et ses conditions: un Etat ne peut dénoncer une relation conventionnelle (du fait d'un changement de circonstances relatives à la base de

base du changement fondamental de circonstances: souvent invoquée, cette règle s'est vu refuser l'application. Sans aller fouiller dans la jurisprudence, amplement passée au crible par les travaux de codification de la Commission du droit international, il suffit d'évoquer l'affaire des zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex (1932) ainsi que celle relative à la dénonciation du traité sino-belge de 1865. Nous ne nous arrêterons pas à la première cause, souvent analysée, mais nous aimerions évoquer brièvement la deuxième, moins connue sans doute parce qu'elle n'aboutit pas à une décision.

La Chine avait dénoncé unilatéralement le traité de 1865 – relatif aux *settlements* belges – traité qu'elle considérait comme inégal, léonin.<sup>140</sup> Le différend fut soumis, par action unilatérale de la Belgique,<sup>141</sup> à la Cour permanente de Justice internationale (C.P.J.I.) et, parallèlement, par la Chine, à la Société des Nations à Genève. En attendant un règlement *super partes*, qu'il fût juridictionnel ou politico-diplomatique, les deux parties s'accordèrent à mettre en place un *modus vivendi*. Toutefois, sur ces entrefaites et sans attendre les résultats de ces deux démarches, la Chine commença à prendre toutes les mesures découlant de l'extinction du traité, c'est-à-dire notamment la rétrocession de la concession belge de Tien-Tsin. La Cour se déclara compétente et ordonna même, le 17 juin 1927, des mesures conservatoires. Finalement, la Belgique se résigna et, ayant retiré sa requête, se résolut à accepter la rétrocession de la concession.

Cette affaire est intéressante dans la mesure où les frontières ténues entre la révision des traités et le changement fondamental de circonstances deviennent véritablement évanescentes.<sup>142</sup> Dans la note diplomatique du Gouvernement chinois du 16 novembre 1926, on lit que:

“This declaration [of termination] is in conformity with the spirit of Article 19 of the Covenant of the League of Nations, which clearly recognizes the *fundamental*

---

consentement commune) que si, d'une part, son exécution ne devienne un “fardeau insupportable” pour lui et que, d'autre part, son maintien en vigueur ne soit pas “vital” pour l'autre Partie. La prétention de Saint-Gall, fondée sur ce titre, ne fut cependant pas retenue par le Tribunal pour d'autres raisons (Décision du 10 février 1928, *Arrêts du Tribunal Fédéral*, no. 28, vol. 54 (1928-D), pp. 194, 204). En général pour la jurisprudence interne, voir: sir Hersch Lauterpacht, *op. cit.* (note 122), p. 304.

<sup>140</sup> A titre d'illustration du caractère léonin, il suffit d'évoquer que, d'après son art. 46, seule la Belgique pouvait en demander (à sa guise) et donc obtenir la révision ou en effectuer la dénonciation ...

<sup>141</sup> Se fondant sur l'art. 36 § 2 du Statut. Affaire relative à la dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865 (Belgique c. Chine); C.P.J.I. Recueil A 8 et 14 (1927 et 1928).

<sup>142</sup> Voir à cet égard, le rapport présenté par Giraud à l'Institut de Droit International (session de Salzbourg, septembre 1961), *Annuaire de l'Institut*, 1961, vol. 1, pp. 58-62; P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 2ème éd., Paris-Genève, 1985, p. 154, § 271.

*principle of rebus sic stantibus* governing international treaties which have become inapplicable.”<sup>143</sup>

Dans son Mémoire du 3 janvier 1927, le Gouvernement belge fit valoir à juste titre qu’il:

“... ne méconnaît pas davantage l’existence du principe de droit suivant lequel les États, parties à une convention internationale, ne peuvent se refuser à négocier sa révision lorsque viennent à se modifier les circonstances essentielles en vue desquelles le traité a été conclu ...”.<sup>144</sup>

Toutefois, s’empresse-t-il d’ajouter, il faut une reconnaissance par la Cour, vu que celle-ci est compétente en l’espèce,<sup>145</sup> qu’une “transformation tellement radicale” de circonstances a eu lieu et “qu’une abrogation complète s’impose”.<sup>146</sup>

Ou alors, à défaut d’une constatation juridictionnelle, il faut l’assentiment tacite ou explicite, mais bien réel, des parties. Voilà toute la différence entre la dénonciation unilatérale du chef de la *clausula rebus sic stantibus* et la révision par acte conjoint entre les parties. Révision qui peut, bien entendu, trouver son amorce dans la requête introduite par l’une des parties. Le ministre des Affaires étrangères de la France lors de la crise de 1870-1871, M. Fabre, dans sa note du 12 janvier 1871 à ses agents diplomatiques, s’exprima ainsi:

“Qu’une telle révision, si elle est nécessaire, appartienne exclusivement aux Puissances signataires de ces traités, c’est là une vérité si évidente qu’il est inutile d’y insister.”<sup>147</sup>

Par la Convention, précédée par le Protocole, les parties au Traité de Paris procèdent à la révision de celui-ci. Il est donc difficile de partager l’interprétation de Brierly, pour lequel:

“they [les Puissances] were burying their heads in the sand, and refusing to admit that a real problem existed [c’est-à-dire de] steer a course between the two dangers

<sup>143</sup> Citée in L.H. Woolsey, “China’s termination of unequal treaties”, A.J.I.L., vol. 21 (1927), p. 292.

<sup>144</sup> Mémoire du Gouvernement belge; C.P.J.I. Recueil A 16-I, p. 22.

<sup>145</sup> “The refusal to submit the issue for judicial determination is in itself *prima facie* evidence either that the doctrine *rebus sic stantibus* has been invoked as a cloak for an intended breach of the law or that the State benefiting from the treaty is determined to take advantage of a treaty which has lost its legal reason of existence”, *Oppenheim’s International Law*, 8th ed. (by sir Hersch Lauterpacht), 1955, § 539, p. 942.

<sup>146</sup> Mémoire du Gouvernement belge; C.P.J.I. Recueil C 16-I, p. 22.

<sup>147</sup> Citée in A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 174.

of impairing the obligations of good faith by interfering with contractual engagements and of enforcing oppressive or obsolete contracts".<sup>148</sup>

On serait tenté de penser – à la lumière de cette crise et de son dénouement – que parfois (sinon souvent) la voie royale menant à la révision est celle empruntée par la Russie, à travers sa dénonciation unilatérale.<sup>149</sup> En l'absence de mécanismes institutionnels de révision – comme celui prévu par le Pacte de la Société des Nations à son article 19<sup>150</sup> – il ne reste plus que la démarche quelque peu violente de l'action unilatérale. N'y a-t-il pas là une piste à explorer?

Sur les liens entre la révision et le motif tiré du changement fondamental de circonstances, et sur les exigences qui rendent celle-là inévitable, il importe de réaffirmer que la révision – acte collectif – présuppose tout naturellement un assentiment collectif. Lors de la crise déclenchée par la Circulaire, Mill écrit:

"If, though not fit to be perpetual, it [le Traité de Paris] has been imposed in perpetuity, the question when it becomes right to throw it off is but a question of time. No time being fixed, Russia fixed her own time, and naturally chose the most convenient."<sup>151</sup>

Le père de la pensée libérale semble oublier le caractère néfaste de l'auto-interprétation en se concentrant sur la nécessité d'adapter le droit aux fluctuantes exigences de la vie internationale. Le besoin de "mettre à jour" le droit ne saurait se réaliser au détriment de son caractère éminemment objectif, qui se reflète aussi dans le caractère conventionnel de l'engagement international, ce qui interdit, nous le verrons également plus loin, la dénonciation *de plano* de celui-ci, quel que soit le motif invoqué. La révision ainsi conçue représente un "moyen de concilier la règle *pacta sunt servanda* et une exception que la justice exige".<sup>152</sup> Le dilemme auquel faisait allusion Scelle<sup>153</sup> n'est pas une aporie du droit et peut de ce fait être résolu par les règles du droit des traités.

<sup>148</sup> J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6th ed. (rev. by sir Humphrey Waldock), Oxford, 1963, pp. 333, 332.

<sup>149</sup> De même, et au regard de la crise déclenchée par l'annexion de la Bosnie-Herzégovine en 1908, G. Jellinek, *op. cit.* (note 122), p. 511, affirme que la Double Monarchie aurait dû suivre la voie normale de la révision et revêtir sa revendication des formes adéquates. Voir supra note 131.

<sup>150</sup> A la différence de la Charte des Nations Unies qui ne prévoit rien de comparable.

<sup>151</sup> Cité in J.B. Moore, *Digest of International Law*, vol. V, p. 339.

<sup>152</sup> Lord Arnold McNair, *op. cit.* (note 82), p. 475. De même: A. Cavaglieri, "Règles générales du droit de la paix", R.C.A.D.I., vol. 26 (1929-I), p. 538; sir Hersch Lauterpacht, *op. cit.* (note 122), p. 303.

<sup>153</sup> Supra, p. 101.

#### II.4: Droit de dénonciation unilatérale

Si l'on devait s'astreindre à la lecture rigoureuse de la Circulaire et des motifs invoqués explicitement par la Russie, la présente section n'aurait pas eu de raison d'être. Toutefois, l'étude de la doctrine et de la pratique postérieure à la crise de 1870-1871 nous amène *in fine quaestionis* à discuter de l'un des motifs permettant à l'Etat de dénoncer un engagement conventionnel ou de s'en retirer, codifié désormais par l'article 56 de la Convention de Vienne. En effet, certains auteurs ou historiens, et pas des moindres,<sup>154</sup> ramènent la démarche russe à un cas de dénonciation unilatérale indépendante du changement fondamental de circonstances. Or, le Traité de Paris interdisait à son article XIV la dénonciation unilatérale de la Convention russo-ottomane annexée.<sup>155</sup> Il semblerait donc à première vue impossible d'admettre un droit de dénonciation unilatérale, puisque telle était l'intention des parties, *explicite et consignée dans le texte même de l'accord*.

Comme nous l'avons fait précédemment pour les deux autres motifs d'extinction des traités internationaux, nous allons d'abord scruter le droit applicable à l'époque des événements, pour ensuite évaluer l'impact de cette crise sur le droit contemporain et notamment sur la codification de 1969.

Dans le présent cas de figure, nous avons affaire, d'une part, à des traités dits perpétuels<sup>156</sup> qui ne comportent pas de clause de dénonciation et, d'autre part, à des revendications fondées sur aucun des motifs prévus par le droit des traités (et extérieurs aux parties), ni, bien évidemment sur leur volonté explicite. Reuter admet ouvertement que le problème posé par la dénonciation unilatérale est l'un de ceux qui parcourent, telle une tension immanente et permanente, le droit international, puisqu'il met dos à dos deux principes fondamentaux de cet ordre juridique, à savoir la stabilité des relations conventionnelles, fondée sur le principe *pacta sunt servanda*, et celui de la volonté des parties, cause efficiente – mais non finale – du droit des traités:

---

<sup>154</sup> Lord Arnold McNair, *op. cit.* (note 82), p. 467: "... l'exemple fourni par cette Déclaration [i.e. le Protocole] doit être cité plutôt à propos de la dénonciation unilatérale des traités qu'à propos de la règle que nous étudions [i.e. le changement fondamental de circonstances]"

<sup>155</sup> Ce genre de clauses, en dépit de leur caractère à première vue superfétatoire, ne sont pas rares dans la pratique des Etats, cf. C. Phillipson, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, vol.1, Londres, 1911, p. 391.

<sup>156</sup> "Il y a des traités perpétuels. Ces traités ont une vocation ou une prétention à la perpétuité, mais en fait rien n'est éternel et ces traités finissent par mourir quand les circonstances ont subi des changements profonds. *Ces traités ne peuvent évidemment être dénoncés*. Il y a les traités temporaires ou transitoires dont la vie se termine à l'arrivée du terme fixé ou à la survenance d'un événement qui doit se produire. *Entre ces deux catégories, il y a les traités à durée illimitée ou indéfinie. Ils sont permanents puisque leur fin n'est pas prévue et qu'ils sont susceptibles de durer longtemps mais ils ne sont pas perpétuels.*", E. Giraud, *op. cit.* (note 142), p. 73 [les italiques sont de nous].

“Admettre, même en cas de silence des accords, la dénonciation et le retrait, c’est ouvrir la porte à la destruction de la force obligatoire des accords. Mais les refuser, c’est prétendre donner un caractère éternel à des accords que des gouvernements n’ont pas nécessairement voulus tels.”<sup>157</sup>

De surcroît, ce motif d’extinction des traités internationaux paraît irriter davantage que les autres – exception faite pour celui du changement fondamental de circonstances –, dans la mesure où il charrie avec lui un teint d’unilatéralisme plus marqué. A l’origine de cette répulsion se trouve, nous semble-t-il, l’amalgame entre l’action et le titre d’extinction, entre l’*actio procedendi* et le *titulus abrogandi*. En effet, la réfutation par certains auteurs de cette cause d’extinction trouverait sa raison d’être dans le prétendu caractère unilatéral du titre en question. Rien n’est plus faux, cependant. Car, si cette cause existe dans le droit des traités, l’invoquer ne signifie pas porter atteinte au droit et à son caractère objectif, mais simplement – comme pour les autres causes d’extinction – se prévaloir de l’une des possibilités afin de se délier de manière licite d’un engagement conventionnel. S’il en va ainsi, c’est que les Etats ont voulu créer une norme prévoyant une telle cause d’extinction des traités. L’on confond, répétons-le, titre et action, fond et procédure. Or, l’action est, pour tous les cas d’extinction – hormis l’accord extinctif –, souvent unilatérale à l’origine. Le titre en revanche est prévu par le droit international des traités. Par conséquent, au-delà de toute crispation sur l’admissibilité de cette cause d’extinction des traités – très controversée –, il convient de vérifier si les Etats ont admis une règle coutumière consacrant un tel titre d’extinction.

En général, la doctrine antérieure ou contemporaine à la crise de 1870-1871 est étrangement silencieuse à cet égard. Il convient alors de se tourner vers la doctrine postérieure pour évaluer l’état du droit à l’époque et ultérieurement afin de discerner l’effet de cette crise sur le droit des traités. Rivier, mettant en opposition le principe *pacta sunt servanda* et celui de la souveraineté des Etats, nous offre une excellente base de discussion:

“... c’est un principe aujourd’hui généralement reconnu, et que le droit civil moderne a emprunté au droit romain,<sup>158</sup> qu’on ne peut engager ses services à perpétuité, qu’il n’existe pas de mandat perpétuel, non plus que de louage perpétuel, de choses ou de services, ni de société *in aeternum*, indissoluble la vie durant. Si des particuliers ne peuvent s’enchaîner ainsi pour la vie entière, les nations le pourraient-elles davantage? [...] Ce n’est point une dérogation au principe de la sainteté des traités. C’est l’application, à la volonté commune des Etats contractants, d’un principe supérieur, du principe que la liberté est inaliénable.”<sup>159</sup>

<sup>157</sup> P. Reuter, *op. cit.* (note 123), p. 151.

<sup>158</sup> Dissolution de la *societas* et extinction des *obligationes ex contractu*. Voir les Institutes de Gaius (3, 90-95) et les Institutes de Justinien (3, 13-14).

<sup>159</sup> A. Rivier, *op. cit.* (note 120), tome second, § 159, p. 128.

Dans le sillage de la crise de 1870-1871, la doctrine reste néanmoins divisée sur la question. D'aucuns prétendent que le Protocole codifie le principe suivant lequel la dénonciation unilatérale est interdite en droit des traités,<sup>160</sup> alors que d'autres auteurs s'évertuent à esquisser des critères permettant d'envisager l'abrogation unilatérale d'un traité international qui ne prévoit pas une telle faculté.

Concentrons-nous sur cette dernière perspective doctrinale qui est loin cependant d'apparaître monolithique, puisque les critères sont aussi différents entre eux que les distinguos sont nombreux. On évoque tout naturellement *l'intention des parties*<sup>161</sup> qui "doit être notre principal guide".<sup>162</sup> Au point de vue de la logique juridique, rien ne s'oppose en effet à ce qu'au moment de la conclusion d'un traité – manifestation suprême de la volonté des Etats – les parties signataires aient exprimé cette faculté de manière *implicite, tacite, mais non moins réelle* qu'en insérant une disposition expresse dans le texte. En effet, les Etats parties à la négociation peuvent reconnaître un tel droit de manière soit expresse soit implicite; le juriste doit faire abstraction de la forme par laquelle cette intention est exprimée afin de discerner cette dernière. La Commission du droit international optera résolument pour ce critère qui figure à l'article 56, § 1, lit. a) de la Convention de Vienne de 1969.<sup>163</sup>

Un autre critère qui a été avancé est celui de la *nature* du traité: il y aurait donc des traités qui, *ratione materiae*, comporteraient un droit de dénonciation unilatérale.<sup>164</sup> On cite souvent en exemple les traités de commerce,<sup>165</sup> dont le droit de dénonciation unilatérale peut être déduit "from the very nature of the treaty on the ground that it requires revision from time to time in order to bring it into harmony with changing conditions".<sup>166</sup> Or, la critère la nature, suivant les courants doctrinaux apparaît soit à

<sup>160</sup> Se référant expressément au Protocole: Th. Funck-Brentano, A. Sorel, *Précis du droit des gens*, Paris, 1877, p. 125; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, tome 1er, Genève, 1953, p. 115; P.A. Sereni, *op. cit.* (note 66), vol. 3, pp. 1492-1493; J. De Louter, *op. cit.* (note 123), p. 508; K. Strupp, *op. cit.* (note 88), pp. 281-282; A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 134; Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, tome 1er, p. 534; L. Oppenheim, *op. cit.* (note 103), vol. 1, § 538, p. 572.

<sup>161</sup> D. Anzilotti, *op. cit.* (note 72), p. 368.

<sup>162</sup> Lord Arnold McNair, *op. cit.* (note 32), p. 530.

<sup>163</sup> En ce sens se prononça, un peu plus tard, Rosenne dans son rapport provisoire à l'Institut de droit international (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1967, vol. 1, pp. 156-157).

<sup>164</sup> E. Giraud, *op. cit.* (note 142), pp. 73-75; cf. le Tribunal fédéral suisse dans l'affaire Argovie c. Lucerne, arrêt du 17 février 1882 (*Arrêts du Tribunal Fédéral*, no. 10, vol. 8 (1882), p. 56) qui fait état *et de la nature et de l'intention des parties*.

<sup>165</sup> Lord Arnold McNair, *op. cit.*, (note 32), pp. 502-505; K. Widdows, "The Unilateral Denunciation of Treaties Containing no Denunciation Clause", *B.Y.I.L.*, vol. 53 (1988), pp. 91-92.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 504.

titre autonome (titre-source),<sup>167</sup> c'est-à-dire constituant à elle seule une cause extinctive des traités internationaux, soit à titre subsidiaire (titre-preuve), c'est-à-dire comme l'un des indices prouvant le (seul) titre, à savoir l'*intention des parties*<sup>168</sup> (que nous avons examinée plus haut).

Un raisonnement analogue doit être fait pour les *circonstances* lors de l'adoption du traité, qui peuvent être prises en compte afin de discerner l'intention des parties,<sup>169</sup> donc précisément en tant que (titre-)preuve. Toujours au regard de la *nature des traités* en tant que titre donnant lieu au droit de dénonciation unilatérale, on observe une réconfortante unanimité, puisqu'on en exclut toujours les traités établissant un régime général, les traités-loi (ou traités dits législatifs, par opposition aux traités-contrat ou plus proprement synallagmatiques),<sup>170</sup> les traités transitoires,<sup>171</sup> alors que les traités d'alliance politique et militaire<sup>172</sup> ainsi que les accords culturels admettraient au contraire une telle faculté.<sup>173</sup>

Il s'agit dans ce dernier cas d'un genre de traités qu'on a coutume de définir *intuitu personae*, appelés autrefois traités personnels, c'est-à-dire "... qui se rapportent à la personne des contractants, qui y sont restreints & pour ainsi dire attachés".<sup>174</sup> Ce sont donc des traités dont la *cause* réside dans l'affinité, la convergence entre les parties contractantes et qui admettent donc *ratione personae* la faculté de dénonciation

<sup>167</sup> Sur la signification de ces concepts, voir G. Distefano, *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris, 2002, pp. 393-405.

<sup>168</sup> Lord Arnold McNair, *op. cit.* (note 32), p. 532; E. Hall, *op. cit.* (note 59), § 116: comme consubstantielle à l'intention des parties.

<sup>169</sup> En ce sens: T.O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, New York, 1974, p. 106. Par ailleurs, cet auteur, en affirmant que la nature du traité entre en ligne de compte afin d'appréhender l'intention des parties (seul critère), prône une lecture de l'article 56, § 1, en porte-à-faux avec son interprétation littérale et de bonne foi au sens de l'article 31 § 1 CVDT (pour ne pas mentionner les travaux préparatoires de la Conférence de Vienne de 1968-1969).

<sup>170</sup> Lord Arnold McNair, *op. cit.* (note 32), p. 531. Voir infra III.3 pour les rapports avec la théorie triepelienne ...

<sup>171</sup> Lord Arnold McNair, *op. cit.* (note 32), p. 530. Par cette expression on désigne les traités qui "transfèrent des droits réels" (*loc. cit.*). Pour des raisons logiques, une fois que ces traités ont été exécutés, il n'y a plus de traité, dans le sens qu'il n'y a plus rien à dénoncer: l'acte juridique conventionnel ayant produit les effets pour lesquels il a été posé, il s'épuise instantanément dans cet établissement de la nouvelle situation territoriale.

<sup>172</sup> A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000, p. 234.

<sup>173</sup> Dans son deuxième rapport présenté à la Commission de droit international, le dernier rapporteur spécial en date, sir Humphrey Waldock, avait proposé une liste de catégories de traités qui admettraient (ou non) *ipsis rebus dictantibus* le droit de dénonciation unilatérale; *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. II, p. 67.

<sup>174</sup> E. de Vattel, *op. cit.* (note 87), Livre II, Ch. XII, § 183.

unilatérale. Pour revenir à la politique de la Russie tsariste en la matière, il n'est pas inintéressant de reproduire un fragment de la note explicative que la délégation de ce pays fit circuler lors de la première Conférence de la Paix de La Haye en 1899:

“les traités politiques ... ne sont autre chose que l'expression temporaire des rapports fortuits et transitoires entre les diverses forces nationales. Ces traités lient la liberté d'action des parties, tant que restent invariables les conditions politiques dans lesquelles ils se sont produits. Ces conditions venant à changer, *les droits et les obligations découlant de ces traités changent aussi nécessairement.*”<sup>175</sup>

Dans cette perspective, il est impossible de ne pas remarquer l'air de famille de cette cause d'extinction avec la précédente, relative au changement fondamental de circonstances. Il paraît, en effet, que les traités d'alliance ou d'autres traités éminemment politiques, qui échappent à l'application de l'article 62,<sup>176</sup> se retrouvent en revanche absorbés par l'art. 56, § 1, lit. b). Car ces accords, conclus *intuitu personae*, sont susceptibles d'être dénoncés<sup>177</sup> du moment que ces *personae* viennent à changer d'attitude. Encore convient-il d'observer que la formulation négative et conditionnelle des articles 56 et 62 de la Convention de Vienne nous indique clairement qu'il s'agit de titres d'extinction absolument exceptionnels,<sup>178</sup> même s'ils complètent et explicitent la portée normative de l'article 26 et le principe qu'il traduit.<sup>179</sup>

Le Protocole représente également à ce propos l'un des paradigmes du droit international public en matière de dénonciation unilatérale des traités internationaux,<sup>180</sup> dont le principe sous-jacent s'exprime désormais dans l'article 56 de la Convention de Vienne.

#### *II.5: De l'auto-interprétation à la constatation lors de la dénonciation des traités internationaux: titulus abrogandi et modus procedendi*

Dans les précédentes sections (II.2-4) nous avons passé en revue les différentes causes d'extinction invoquées par la Russie. Celles-ci représentent les *tituli abrogandi*, c'est-

<sup>175</sup> Citée in Ch. Dupuis, *op. cit.* (note 69), p. 342.

<sup>176</sup> Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997: C.I.J. Recueil 1997, § 104.

<sup>177</sup> Avec le risque cependant que l'article 56 ne devienne “a minor *clausula rebus sic stantibus*”, K. Widdows, *op. cit.* (note 165), p. 114.

<sup>178</sup> *Gabčíkovo / Nagymaros ... loc. cit.* (note 176).

<sup>179</sup> Voir supra II.1.

<sup>180</sup> “... la Déclaration [c'est-à-dire le Protocole] était communément considérée comme posant la règle générale aux traités dont la durée n'est pas expressément fixée et qui ne contient aucune clause autorisant la dénonciation”, sir Humphrey Waldock, *op. cit.* (note 173), p. 67, note 152.

à-dire les fondements<sup>181</sup> à l'origine du droit subjectif allégué par la Cour de Saint-Pétersbourg afin d'éteindre certaines dispositions du Traité.<sup>182</sup> Comme nous l'avons déjà évoqué à maintes reprises, le Protocole réaffirme non pas seulement un principe de substance – le respect des engagements conventionnels internationaux – mais aussi et surtout un principe de procédure: la nécessité de soumettre la revendication à une appréciation collective.<sup>183</sup> Le droit des traités tel que codifié par la Convention de Vienne prévoit un nombre limité de causes d'extinction des traités, en sus de l'accord extinctif, mais il en soumet l'appréciation aux Etats parties ou à un organe que ces derniers ont investi de la faculté de *constatation*.<sup>184</sup> Voilà la grande leçon du Protocole. Plus que la prétendue réfutation de la dénonciation unilatérale ou encore de la *clausula rebus sic stantibus*, c'est ici que réside le principe fondamental que la Déclaration de Londres du 17 janvier 1871 proclame. Principe qui sous-tend toute la démarche du Concert européen en général et de la Grande-Bretagne en particulier, et dont la Russie ressentira à nouveau les effets après le Traité de San Stefano de 1876, lorsqu'elle se verra obligée de soumettre sa revendication – visant la modification de certaines dispositions de ce traité – au cercle des parties contractantes.<sup>185</sup> Il ne s'agit pas – ou pas seulement – de politique de puissance (*Machtpolitik*), mais – surtout – de respect du droit et des exigences de procédure qu'il prescrit. Ces exigences procédurales protègent un principe général de droit – au sens de l'article 38, § 1, lit. c) du Statut de la Cour internationale de Justice – suivant lequel aucun sujet de droit international ne saurait qualifier une situation juridique en en opposant *ipso iure* les conséquences *erga omnes*. A moins que le droit international ne lui en reconnaisse la compétence, comme lorsque l'Etat fixe les conditions de validité de sa nationalité<sup>186</sup> dans le cadre de ce qu'on appelle le "domaine réservé". Or, toute question relative à la dénonciation des traités internationaux est évidemment régie par le droit international et comme telle soumise à la compétence

<sup>181</sup> Sur la notion de titre juridique en droit international, voir: G. Distefano, *op. cit.* (note 167), pp. 58-150.

<sup>182</sup> Tout naturellement, les causes d'invalidité et de suspension constituent elles aussi (mais évidemment avec des effets juridiques différents sur le traité) autant de *tituli abrogandi* au bénéfice des parties contractantes afin d'invoquer respectivement la nullité et la suspension du traité international.

<sup>183</sup> En ce sens: J. Combacau, *Le droit des traités*, Paris (Collection "Que sais-je?", no. 2613, 1ère éd.), 1991, pp. 105-106.

<sup>184</sup> Cf. en ce sens (et se référant nommément au Protocole): P. Fiore, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, 4ème éd., Torino, 1909, articles 824 et 829 (resp. pp. 343 et 344).

<sup>185</sup> Même si, faut-il l'avouer, la Russie ne fit pas grand cas de cela lorsqu'en 1886 elle dénonça l'art. 59 du Traité de Berlin de 1878, prévoyant le régime de liberté du port de Batoum (voir supra p. 107).

<sup>186</sup> Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt du 6 avril 1955; C.I.J. Recueil 1955, p. 24.

conjointe des Etats parties. Seule une *constatation* collective ou juridictionnelle peut donc opérer la qualification juridique requise aux fins de l'extinction du traité international. Par le terme de "constatation"<sup>187</sup> on entend:

"La décision ou l'acte portant le produit final de cette interprétation spécifique [qui] peut être analysé à son tour en deux éléments, qui sont ceux de l'acte juridictionnel en droit français [...]: la 'constatation' avec force de vérité juridique, des faits, de leur attribution aux sujets de droit et de leur qualification juridique ...; [et] la 'décision' *stricto sensu*, qui spécifie les conséquences juridiques pratiques découlant de cette constatation, en termes d'injonctions de faire ou de ne pas faire adressées aux parties à titre de punition, de réparation ou de restauration de l'état légal".<sup>188</sup>

En conséquence, aucun Etat ne saurait, dans un domaine qui échappe à sa compétence exclusive, qualifier une situation juridique et en faire découler des effets de droit opposables *erga omnes*. Une telle qualification n'est qu'une simple auto-interprétation opposable seulement à l'Etat dont elle émane.

Ceci apparaît de manière on ne peut plus claire dans la note envoyée le 16 novembre 1870, par le ministre anglais près la Cour de Saint-Petersbourg à son ministre des Affaires étrangères, le comte Granville:

"... j'ai dit que ... Vous vous opposiez, in limine, à toute Puissance qui s'arrogerait le droit de mettre fin à un Traité sans l'assentiment des autres Parties. J'ai donc dit que le Gouvernement de sa Majesté s'opposait non point à la question de la révision du Traité, mais à la forme dans laquelle il a été présenté".<sup>189</sup>

Position qui avait été exprimée d'entrée de jeu par Granville dans le Mémoire, qualifié avec condescendance par Gortchakoff de "dissertation sur le droit de Gens",<sup>190</sup> et dans une deuxième note envoyée au ministre anglais à Vienne, lord Bloomfield, le 12 novembre 1870:

"Le Comte de Beust avait dit au Représentant de la Russie, en réponse, qu'il s'était attendu à une proposition demandant la révision du Traité, mais que la solution

<sup>187</sup> "L'acte juridictionnel est une *constatation* avec force de vérité légale, d'une situation juridique, de la légalité ou de l'illégalité d'un acte ou d'un fait", G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif: la technique juridique du droit public français*, 3ème éd., Paris, 1925, p.256; "La constatation porte sur l'existence ou l'inexistence d'une atteinte au droit, d'une situation contraire au droit créée par un acte matériel, par un acte juridique ou par une abstention", P. Lampue, "La notion d'acte juridictionnel", *Revue française du droit public*, vol.62 (1946), p.31.

<sup>188</sup> G. Abi-Saab, "Cours général de droit international public", R.C.A.D.I., vol. 207 (1987-VII), p. 219.

<sup>189</sup> Citée in A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 173.

<sup>190</sup> *Supra*, p. 87.

soudaine et unilatérale annoncée par la Russie était une surprise mélancolique, qui avait le triple inconvénient de provoquer l'irritation, d'établir un dangereux précédent et de mettre des troubles dans l'Est".<sup>191</sup>

Par le passé, la Russie avait à plusieurs reprises essayé, en vain, de demander la révision du Traité. Comme nous l'avons vu, il fallut attendre l'effondrement de la France, garant de celui-ci, pour que cela fût possible; en ce sens il y eut vraiment un changement fondamental de circonstances: il n'est autre que la défaite de la France, jusque-là pilier essentiel du Traité de Paris. Quant à la réponse anglaise, elle montre, au-delà de toute considération superficielle sur les rapports entre droit et fait, que le droit est avant tout forme. Les demandes de la Russie apparaissaient légitimes, compte tenu des circonstances, mais elles devaient recevoir la forme prévue par le droit des traités pour qu'elles pussent atteindre la finalité poursuivie. La forme apparaît ainsi en droit international comme un rempart fragile mais nécessaire contre la force et le pouvoir bruts. C'est là aussi toute la définition du droit. Comme le dit Oppenheim, en faisant allusion nommément au Protocole:

"And the States and public opinion everywhere have come to the conviction that the clause *rebus sic stantibus* ought not to give the right to a State at once to liberate itself from the obligations of a treaty, *but only the claim to be released from these obligations by the other parties to the treaty.*"<sup>192</sup>

La prétention russe et la manière dont elle a été formulée et pour ainsi dire opposée *ipso iure* aux autres parties contractantes, put contribuer à accélérer la prise de conscience du fait que la *clausula rebus sic stantibus* – telle quelle – ne pouvait logiquement avoir sa place en droit international.<sup>193</sup> Par sa revendication, la Russie mettait en effet le doigt sur une autre plaie – toujours aussi béante –, la "constatation": *nemo iudex in causa sua*.<sup>194</sup>

<sup>191</sup> Citée in A.-F. Frangulis, *op. cit.* (note 34), p. 173.

<sup>192</sup> *Op. cit.* (1912), pp. 574-575 [les italiques sont de nous].

<sup>193</sup> S. Rosenne, "Terminaison des traités: rapport provisoire", *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Nice, vol. 1, p. 160, fait justement remarquer que: "Il a également été avancé qu'un droit de dénonciation réglementé est de nature à réduire l'importance pratique de la doctrine *rebus sic stantibus*".

<sup>194</sup> Comme le dit très bien Anzilotti (*op. cit.* (note 72), p. 379): "... il diritto di invocare questa clausola, come motivo di estinzione dei trattati, è tutt'altra cosa del preteso diritto di determinare unilateralmente [et cela vaut d'ailleurs pour toutes causes d'extinction/invalidité/suspension et, plus généralement, pour tout fait et acte juridiques] se ricorrono le circostanze nelle quali la clausola può essere invocata: *il protocollo di Londra condanna questa pretesa, non la clausola*" [les italiques sont de nous]. En ce sens, et se référant nommément au Protocole: D.J. Bederman, *op. cit.* (note 51), p. 13.

En effet, la signification durable du Protocole réside moins dans le fond, à savoir les titres d'extinction des traités internationaux, les *tituli abrogandi* allégués par la Russie, que dans l'exigence d'un consentement mutuel pour s'en prévaloir, et donc dans le *modus procedendi*.<sup>195</sup> Ce sont moins les raisons invoquées par Gortchakoff que le droit unilatéral de dénonciation des traités, à distinguer du droit de dénonciation unilatérale admis en droit international,<sup>196</sup> qui souleva le tollé des autres Etats. Or, lorsqu'on parle de droit unilatéral on prononce un blasphème, on énonce un oxymoron. Le *modus procedendi* de la Russie, notamment dans les effets qu'elle attribuait à son auto-interprétation relève précisément de l'affirmation d'un droit unilatéral, c'est-à-dire de la négation du Droit tout court. L'Angleterre, superpuissance parmi les grandes puissances de l'époque, s'érige en gardienne de la légalité internationale, consistant notamment dans le respect des formes que le droit international exige: beau sujet de méditation historique, preuve tangible que force et droit ne sont pas nécessairement incompatibles et que le rôle de grande puissance ne comporte donc pas forcément le mépris du droit, mais peut s'exercer à travers lui! Le Mémoire corrobore cette impression lorsqu'il affirme:

“The question therefore arises not whether any desire expressed by Russia ought to be carefully examined in a friendly spirit by the Cosignatory Powers, but whether they are to accept from her an announcement that by her own act, without any consent from them, she has released herself from a solemn covenant.”<sup>197</sup>

Le Protocole fait état de l'interdiction de modifier un engagement conventionnel ou de s'en délier sans “l'assentiment préalable” des autres parties contractantes.<sup>198</sup> Cela sem-

<sup>195</sup> Se référant nommément au Protocole: P. Fauchille, *op. cit.* (note 52), § 852, p. 384; F. Liszt, *op. cit.* (note 120), p. 186; M. Houlard, *op. cit.* (note 122), p. 126; D. Anzilotti, *op. cit.* (note 72), pp. 379, 381; J.H.W. Verzijl, *op. cit.* (note 69), p. 337; G. Haraszti, “Treaties and the Fundamental Change of Circumstances”, R.C.A.D.I., vol. 146 (1975-III), p. 18; G. Jellinek, *op. cit.* (note 122), p. 510; sir John Fischer Williams, *op. cit.* (note 123), p. 103; Ch. Dupuis, *op. cit.* (note 69), p. 344; opinion individuelle du juge Negulesco jointe à l'ordonnance de la Cour permanente de Justice internationale du 19 août 1929, relative à l'affaire des zones franches de Haute-Savoie et du pays de Gex; C.P.J.I. Recueil A 22, p. 29.

<sup>196</sup> Ici comme ailleurs en droit des traités, il importe de bien distinguer les deux plans. Lorsqu'on parle de droit de dénonciation unilatérale (supra II.4), on fait référence à l'une des causes d'extinction prévues par le droit international: c'est donc le point de fond, le *titulus abrogandi*. En revanche, par l'expression – insolite certes – de droit unilatéral de dénonciation on fait allusion à la faculté pour l'Etat, et quelle que soit du reste la cause d'extinction (ou d'invalidité ou de suspension) invoquée, de juger lui-même des conditions d'application et des éventuelles exceptions, et de l'appliquer sans autre forme de procès au traité en question et d'en faire découler les conséquences: c'est donc le *modus procedendi*.

<sup>197</sup> *Op. cit.* (voir supra note 32).

<sup>198</sup> Voir supra p. 88.

ble signifier non seulement que – en dehors de toute cause d’extinction extérieure aux parties (articles 56, 60-64 de la Convention de Vienne) – l’extinction d’un traité n’est possible que s’il y a un *nouvel* accord entre toutes les parties (c’est l’aspect *normatif*, au niveau du *titulus abrogandi*). Mais, cette expression semble vouloir dire aussi et *surtout* que pour *toutes les causes d’extinction* il faut le consentement unanime des parties aux fins de la constatation (c’est le niveau du *modus procedendi*). Si le premier aspect se situe au niveau des règles, donc logiquement en amont, le deuxième se place en aval et porte sur l’impossibilité pour un Etat seul de s’ériger en juge de ses propres revendications quant au maintien en vigueur du traité.<sup>199</sup>

L’intérêt du Protocole pour le droit des traités est donc double, il concerne deux niveaux de l’opération d’extinction (ou de retrait) des traités internationaux.<sup>200</sup> Si la cause invoquée est bien fondée (en l’espèce celle figurant aux articles 56, 60 et 62 de la Convention de Vienne), il faut l’assentiment des parties pour la mettre en œuvre; en revanche, si la cause n’existe pas (ou n’est pas applicable en l’espèce), le Protocole interdit purement et simplement la dénonciation unilatérale. En d’autres termes, la règle codifiée par le Protocole et qu’on retrouve à l’article 26 de la Convention de Vienne, couvre deux cas de figure distincts. Dans le premier, qui suppose l’existence d’une cause d’extinction admise par le droit international général, elle interdit *la dénonciation sans consulter les autres parties, sans leur assentiment sur l’existence de cette cause*: c’est un problème de procédure, dû à l’absence de constatation *erga omnes* et qui se situe en *aval*, au niveau du *modus procedendi*. Dans le deuxième cas, la règle proscriit, en l’absence de toute cause d’extinction applicable en l’espèce, *la dénonciation sans obtenir le consentement des autres parties*: le problème est ici d’ordre substantiel, il se place en *amont*, au niveau du titre de dénonciation (*titulus abrogandi*).

Il convient de dire quelques mots sur le premier aspect, celui de la procédure. L’auto-interprétation par l’Etat relativement à l’existence et/ou à l’applicabilité de la cause d’extinction lui confère un droit de demander l’extinction du traité. Cette qualification de la situation factuelle ainsi que des règles applicables du droit des traités lui permet de déclencher la procédure,<sup>201</sup> d’exiger un examen de la situation par les autres Etats contractants.

Comme la Cour internationale de Justice l’a fort bien précisé, aucune des causes d’extinction ou de suspension<sup>202</sup> n’a “jamais pour effet d’abroger automatiquement un traité ou d’autoriser une des parties à dénoncer un traité unilatéralement et sans contestation possible; elle aurait pour seul effet de conférer le droit de demander l’abrogation

<sup>199</sup> Voir aussi *infra* (pp. 125-126) pour les liens intimes entre auto-interprétation et auto-limitation.

<sup>200</sup> Mais, nous ne cesserons de le répéter, les considérations relatives au *modus procedendi* valent également pour toutes les causes de nullité et de suspension des traités (ces dernières étant d’ailleurs les mêmes que celles étayant l’extinction).

<sup>201</sup> Voir en ce sens. Lord Arnold McNair, *op. cit.* (note 32), p. 496; E.C. Hoyt, *The Unanimity Rule in the Revision of Treaties: a Re-examination*, La Haye, 1959, pp. 87-89.

<sup>202</sup> Et, bien entendu, de nullité aussi!

et, si cette demande est contestée, de renvoyer le différend devant un organe ou un organisme habilité à dire si les conditions requises pour sa mise en jeu sont réunies”.<sup>203</sup> Le legs du Protocole apparaît ici manifeste. On peut s’interroger sur ce que serait la procédure codifiée par les articles 65 à 67 de la Convention de Vienne sans le Protocole. D’ailleurs, dans l’affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros, la Cour internationale de Justice n’a pas hésité (enfin!) à déclarer:

“Les deux parties s’accordent à reconnaître que les articles 65 à 67 de la convention de Vienne sur le droit des traités, s’ils ne codifient pas le droit coutumier, le reflètent du moins généralement et contiennent certains principes de procédure qui ont pour fondement l’obligation d’agir de bonne foi.”<sup>204</sup>

La Russie, abstraction faite du bien-fondé des titres d’extinction invoqués,<sup>205</sup> avait violé la procédure, le *modus procedendi* à suivre aux fins de l’application de ces titres au Traité. Cette violation a engendré, nous semble-t-il, deux conséquences non exclusives qui se situent dans deux domaines distincts du droit international. Une première doit s’apprécier à la lumière des règles relatives à la responsabilité internationale qui, même embryonnaires à l’époque et étroitement enchevêtrées avec le droit des étrangers, n’en étaient pas moins certaines. La protestation des autres parties contractantes montrent qu’elles ont subi un dommage moral qui sera précisément réparé par le Protocole. Ce dernier, en proscrivant le *modus procedendi* suivi par la Russie, représente la constatation de l’illicite qui est l’une des formes de la satisfaction, donc de la réparation du dommage moral.<sup>206</sup> Une deuxième conséquence se situe dans le cadre du droit des traités: la Russie, en ne respectant pas la procédure, “avait porté atteinte à son droit de mettre fin au traité”, dirait la Cour internationale de Justice.<sup>207</sup> Il lui fallait en conséquence l’assentiment des parties contractantes pour mener à bien – comme nous l’avons vu – l’œuvre de révision qui s’accomplira avec la Convention.

---

<sup>203</sup> Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), arrêt du 2 février 1973 (Compétence); C.I.J. Recueil 1973, pp. 21 et 22, § 44 et 45.

<sup>204</sup> Affaire relative au projet *Gabčíkovo / Nagymaros* ... *op. cit.* (note 176), § 109. Il est quand même regrettable que l’organe judiciaire principal des Nations Unies ait voulu précéder sa *constatation* du droit existant par le préluce intersubjectif (“Les Parties reconnaissent ...”) alors que *iura novit curia!* Quant à la doctrine qui se réfère nommément au Protocole: L. Delbez, *op. cit.* (note 123), p. 344.

<sup>205</sup> Dont nous avons déjà parlé plus haut (II.2-4).

<sup>206</sup> Cf. l’article 37, § 2 du Projet d’articles sur la responsabilité de l’Etat pour fait internationalement illicite adopté par la Commission du droit international en 2001, in *Rapport de la Commission du droit international*, Doc. A/56/10, p. 54.

<sup>207</sup> Affaire relative au projet *Gabčíkovo / Nagymaros* ... *op. cit.* (note 176), § 109. Il est intéressant d’observer que la CVDT ne régleme pas les conséquences, au niveau du droit des traités, de la violation de la procédure.

La crise de 1870-1871 met également en exergue l'un des grands problèmes de l'ordre juridique international, à savoir l'absence de juge obligatoire ou à tout le moins d'un organe de constatation juridictionnelle centralisée. La prétention russe et l'opposition des autres parties contractantes représentent les éléments d'un différend qui porte, selon la formule consacrée, sur "l'interprétation et l'application du traité".<sup>208</sup> C'est un différend qui doit être réglé avec les moyens du bord, souvent insuffisants, voire inexistantes. Reuter envisage à cet égard trois scénarios possibles: "... aucune autorité supérieure aux parties, possibilité d'une solution juridictionnelle, possibilité d'une autorité politique supérieure aux parties ...".<sup>209</sup> En dehors des deux dernières hypothèses (constatation juridictionnelle et extrajuridictionnelle), il y aura donc une confrontation stérile entre auto-interprétations irréconciliables. Que faire alors en cas d'opposition tenace ? Selon d'aucuns, si la prétention est rejetée par les autres parties, l'Etat pourra mettre en œuvre la mesure souhaitée<sup>210</sup> mais en tout cas pas de manière immédiate.<sup>211</sup> Nous pensons en revanche que, à défaut d'un juge ou d'une instance susceptible d'émettre une constatation valable *erga omnes*, on est renvoyé aux créateurs de l'acte juridique, aux Etats contractants *uti universi*. Si les parties au traité (et au différend sur celui-ci) parviennent à se mettre d'accord (comme ce fut le cas lors de la crise de 1870-1871), ce dernier permettra la *transformation* des auto-interprétations en *constatation*. Ici aussi, la volonté commune des Etats<sup>212</sup> permet (et permit en 1871), de surmonter le choc stérile et dangereux entre auto-interprétations divergentes. Le Protocole consacre ainsi le principe de *l'acte contraire*, sinon quant à la forme de l'acte (très discutable en effet), du moins quant aux acteurs impliqués.<sup>213</sup>

Selon Scelle, se référant au Protocole, cela ne ferait "pas avancer d'un iota la solution de ce tragique dilemme ... C'est là une attitude intransigeante, à la fois formaliste et 'contractualiste'. Elle ne serait justifiée que si elle visait simplement à exiger une négociation entre signataires avant toute dénonciation, tant au moins qu'il n'existe pas

<sup>208</sup> En ce sens: A. Cavaglieri, *op. cit.* (note 152), p. 539.

<sup>209</sup> P. Reuter, *op. cit.* (note 123), p. 151.

<sup>210</sup> L. Oppenheim, *op. cit.* (note 103), § 539, p. 575. Si un Etat manifeste l'intention de se retirer d'un traité ou d'y mettre fin, mais se heurte au refus des autres parties contractantes "[c]omme il n'existe pas, ici-bas, de juge sur les nations, l'Etat requérant se verra dans la nécessité de se délier lui-même, ce qu'il ne fera pas sans justifier sa conduite par des notes et des mémorandums", A. Rivier, *op. cit.* (note 120), p. 129.

<sup>211</sup> Cf. en ce sens: Ph. Cahier, *op. cit.* (note 121), p. 181 (qui s'appuie précisément sur le Protocole).

<sup>212</sup> Voir *infra* III.3.

<sup>213</sup> "... it [the treaty] can only be altered or amended before its proper expiration by the same authority, and under the same formality of procedure as the original; and especially it is not permissible for either party to interpret its provisions according to its own fancy", Sentence arbitrale (Chili c. France) relative au traité d'alliance du 5 décembre 1865, rendue le 7 avril 1875, *Pasicrisie internationale*, Berne, 1902, p. 165.

un corps législatif international ‘institué’ et susceptible de décider effectivement”.<sup>214</sup> Or voilà justement sa véritable signification – d’ailleurs assez intelligible dans la note de Granville; il s’agit moins de la condamnation d’une dénonciation unilatérale que de la nécessité d’une constatation commune par opposition à l’auto-interprétation d’un seul Etat (*nemo iudex in causa sua*). Scelle se trompe, me semble-t-il, lorsqu’il attribue au Protocole une telle portée et signification.

En l’espèce, il convient de mentionner un autre élément qui est celui d’une résolution collective du différend relatif au droit des traités et ce, à deux niveaux. Puisque le Traité de Paris prévoit une clause interdisant le droit de dénonciation unilatérale de la Convention russo-ottomane sur la limitation des bâtiments légers dans la mer Noire (Article XIV), il fallait obtenir le consentement (unanime) des autres Etats contractants; il fallait, en d’autres termes, une action collective.<sup>215</sup> En ce qui concerne l’autre titre invoqué par la Russie, le changement fondamental de circonstances, le Protocole et le dénouement de la crise nous rappellent que l’Etat qui l’invoque n’est pas *seul* à vérifier (constater) les conditions d’application, c’est-à-dire le changement fondamental de circonstances (ou toute autre cause d’extinction, suspension ou d’invalidité).<sup>216</sup> La constatation est nécessairement collective car les circonstances dont il est question ont fait l’objet d’une réglementation collective. Dans cet ordre d’idées, et sur le plan du droit des traités, il s’agit, comme le dit Anzilotti, d’*un droit de demander que ce changement soit soumis à la constatation des autres Etats contractants*,<sup>217</sup> et non pas d’un droit unilatéral de dénonciation.<sup>218</sup>

Le Protocole condamne la dénonciation unilatérale en dehors de toute cause d’extinction prévue par le droit international général et dénie ainsi à l’auto-interprétation le pouvoir de produire des effets de droit opposables aux autres Etats contractants. Pendant de l’auto-limitation, version atténuée ou déguisée de celle-ci, l’auto-interprétation érigée en acte juridique opposable aux autres Etats, constitue la négation même du droit et de ce qui fait son essence, à savoir son caractère objectif, extérieur et, par là même, obligatoire et opposable. Ceci apparaît clairement dans le Mémoire. L’auto-interprétation ainsi conçue n’est pas moins dangereuse pour le droit international en tant qu’ordre juridique que l’auto-limitation de Jellinek dont nous parlerons plus tard. Celle-ci se trouve en amont (normativité), alors que celle-là se situe en aval

---

<sup>214</sup> G. Scelle, *op. cit.* (note 103), p. 652. En ce même sens: J. Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations*, vol. 1, Londres, 1883, p. 46.

<sup>215</sup> Comme nous le verrons plus loin (Partie III.3), la volonté individuelle ne peut pas faire échec à la volonté commune dont elle est pourtant l’une des composantes. Il y a une différence de nature: acte contraire? Voir infra p. 138.

<sup>216</sup> Faisant référence explicitement au Protocole: C.C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 2, Boston, 1951, § 546, p. 1543; A. Cavaglieri, *op. cit.* (note 152), p. 538.

<sup>217</sup> Voir supra note 194.

<sup>218</sup> Voir supra *Gabcíkovo / Nagymaros ... op. cit.* (note 176), §§ 109-110.

(constatation): concrètement elles visent toutes deux à soumettre le droit international public à la volonté absolue de l'Etat souverain.

### **Partie III: La crise de 1870-1871 et le fondement du droit international**

En filigrane de ces événements, on retrouve nombre d'éléments dont la doctrine discute encore aujourd'hui. La permanence de leur caractère problématique montre que de telles questions non seulement n'ont toujours pas trouvé une solution adéquate (en raison notamment de certaines caractéristiques structurelles de l'ordre international), mais aussi et surtout qu'elles demeurent assurément au centre de toute construction scientifique du droit international. *Corsi e ricorsi storici*, serait-on tenté de redire avec Vico.

De fait, il est impossible de ne pas constater que la question relative aux causes d'extinction du traité ne sont, lors de cette crise, que des épiphénomènes d'un problème à la fois plus large et plus fondamental: celui de la *constatation*,<sup>219</sup> qui est à son tour absorbé par la question, véritablement *essentielle*, du fondement du caractère obligatoire des traités et du droit international en général. Cela ressort clairement du Mémoire:

“Whatever might have been the result of such communications, a risk of future complications and a very dangerous precedent as to *the validity of international obligations* would have been avoided.”<sup>220</sup>

La “dissertation sur le droit des gens” de Granville ne porte donc pas seulement sur le droit des traités, mais elle touche en dernière analyse aux fondements mêmes du droit international. Par exemple, derrière le prétendu droit unilatéral de dénonciation se cache le droit d'élever *unilatéralement* son auto-interprétation avec tous ses effets au rang de *constatation* (au sens technique de *qualification* d'un fait, y compris les *conséquences* qui en découlent) opposable à toutes les parties contractantes. A cet égard, il convient de reproduire un fragment de la note de Gladstone qui fait apparaître cette préoccupation:

“We have here an allegation that certain facts have occurred which in the judgement of Russia are at variance with certain stipulations of the Treaty: and the *assumption* is made that Russia, *upon the strength of her own judgement as to the character of those facts, is entitled to release herself from certain other stipulations of that instrument.*”<sup>221</sup>

<sup>219</sup> Voir supra II.5.

<sup>220</sup> Cité in Lord Arnold McNair, *op. cit.* (note 32), p. 497 [les italiques sont de nous]. Voir aussi l'interprétation de certains historiens: M.S. Anderson, *op. cit.* (note 19), p. 173.

<sup>221</sup> *Foundations of British Foreign Policy from Pitt (1792) to Salisbury (1902) ... op. cit.* (note 129), p. 332 [les italiques sont de nous]. Il ne faut pas confondre cette note du premier ministre britannique avec le Mémoire dont elle s'inspire largement.

L'auto-interprétation représente en aval ce que l'auto-limitation représente en amont, c'est-à-dire au niveau normatif. L'une et l'autre introduisent subrepticement un élément d'unilatéralisme dans le droit et finissent par l'affaiblir. A nouveau, la note de Gladstone fait état des liens de parenté entre les deux concepts puisque il y est affirmé que:

“[B]y the doctrine and proceeding now in question one of the Parties in its *separate and individual capacity* brings back the entire subject [of the Treaty] into *its own control, and remains bound only to itself*.”<sup>222</sup>

Ainsi, une controverse en apparence anodine, relativement fréquente dans l'histoire des relations internationales, met soudainement en jeu, à un moment crucial de l'évolution de la pensée juridique en droit international, le problème cardinal de ce dernier, soit le fondement de son caractère obligatoire. Il ne s'agira ici, bien évidemment, ni d'apporter des réponses concluantes ni, moins encore, de proposer une nouvelle théorie. Nous nous bornerons à situer la crise de 1870-1871 dans la perspective historique de l'évolution de la pensée internationaliste, sur la toile de fond des grandes mutations du paradigme du droit international. Nous tenterons de broser une fresque doctrinale forcément partielle et délibérément partielle, dans la mesure où nous n'évoquerons que les penseurs qui mettent en exergue la tension sous-jacente à cette crise. Tension engendrée par l'émergence douloureuse du positivisme volontariste de Triepel et d'Anzilotti. Le droit international apparaîtra ainsi comme une discipline scientifique en quête de son fondement, comme les six personnages de Pirandello l'étaient d'un auteur. Etrange tâche en effet que celle des internationalistes de s'interroger sans cesse sur l'existence de l'objet de leur investigation. Jadis, Cicéron s'était déjà écrit à propos de la quête du fondement du droit:

“N'est-il pas honteux que les philosophes doutent sur des points sur lesquels les paysans même n'ont pas la moindre hésitation?”<sup>223</sup>

### *III.1: L'émergence du positivisme en droit international: de Austin à Hegel*

Lors de la crise de 1870-1871, on peut affirmer que le *Droit des gens* de Vattel jouissait encore d'un prestige considérable dans les chancelleries.<sup>224</sup> Version allégée et simplifiée de l'œuvre plutôt aride de Wolff, il demeurait une référence incontournable, pendant normatif du *Prince* de Machiavel, avait-on accoutumé de dire. Si celui-ci était censé indiquer au Souverain les moyens de conquérir et de préserver le pouvoir, celui-là le

<sup>222</sup> Ibid., p. 333 [les italiques sont de nous].

<sup>223</sup> *De officiis*, Lib. III, 19.

<sup>224</sup> Toutefois, comme le Professeur Peter Haggemacher me le fit remarquer lors de la lecture de cette contribution, le *Droit des gens* de Vattel, bien que régulièrement réédité jusqu'après le milieu du XIXe siècle, commençait quand même à dater. D'autres manuels lui étaient certainement préférés, comme ceux de Wheaton, Heffter, Bluntschli, Martens, Klüber, etc.

renseignait sur les gardes-fou que le droit des gens avait érigés afin de limiter sa marge de manœuvre. Toutefois, s'il est vrai que le jusnaturaliste des Lumières régnait sans partage, il n'en est pas moins vrai que la science du droit international traversait à l'époque une zone de turbulences. Expression et fruit de l'intellect, celle-ci ne pouvait pas ne pas être influencée par l'évolution de la pensée scientifique dans d'autres domaines de la spéculation humaine. Nous faisons référence au "positivisme",<sup>225</sup> expression employée par Auguste Comte pour désigner sa philosophie.<sup>226</sup> Pour ce dernier: a) la science représente la seule connaissance possible pour l'homme, et la méthode scientifique la seule valable à cette fin; b) la méthode scientifique n'est pas métempirique, elle n'est et ne peut être que descriptive; c) la méthode scientifique, seule valable, doit être étendue à tous les domaines de l'investigation humaine si les disciplines en question aspirent à être reconnues comme "scientifiques". L'affaire est vite entendue, le droit international en quête, lui aussi, de "scientificité" se devait donc de devenir positiviste, en abandonnant ainsi la métaphysique et en cherchant empiriquement les manifestations réelles et historiquement concrètes du droit dans les relations internationales.<sup>227</sup>

Le premier à se lancer dans cette entreprise fut Austin,<sup>228</sup> qui, afin de déterminer de manière scientifique la "province of jurisprudence",<sup>229</sup> le domaine propre de la science juridique, finit par situer le droit international en dehors de celle-ci et à le considérer comme simple morale internationale ("positive morality")! Pour Austin, en effet, le droit se ramène à un commandement ("command"):

"Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term *properly*) is a *command* [...] If you express or intimate a wish that I shall do or

<sup>225</sup> Le terme fut utilisé pour la première fois par Saint-Simon (*Nouveau christianisme. Dialogues entre un conservateur et un novateur. Premier dialogue*, 1ère éd., Paris, 1825, p. 3) afin de désigner la méthode scientifique et son application en philosophie.

<sup>226</sup> Cours de philosophie positive, Paris, 1830-1842.

<sup>227</sup> "L'école positiviste, qui pendant de longues années a exercé une influence prépondérante sur les conceptions juridiques, ne pouvait plus, à la longue, satisfaire les esprits. Le positivisme ne savait que décrire, codifier, enregistrer; il abaissait la science du droit à une discipline purement empirique", J.-P.-A. François, "Règles générales du droit de la paix", R.C.A.D.I., vol. 66 (1938-IV), p. 13. Et pourtant, le positivisme (dans sa version volontariste) sut rendre des services non négligeables, comme nous le verrons un peu plus loin, au développement du droit international tant comme science que comme ordre juridique.

<sup>228</sup> Fondateur de l'"analytical school of jurisprudence". Un autre pas vers le positivisme comme méthode scientifique dans la recherche du droit dans les relations internationales fut franchi par P. Heilborn, *Das System des Völkerrechts aus den völkerrechtlichen Begriffen*, Berlin, 1896, pp. 367-371.

<sup>229</sup> *The Province of Jurisprudence determined* (1832), ed. by W. Rumble, Cambridge, 1995, 1st Lecture, p. 21.

forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the *expression* or *intimation* of your wish is a *command*.”<sup>230</sup>

Le “commandement” présuppose, de par sa nature et son fonctionnement effectif, une contrainte qui lui soit associée afin, d’une part, de décourager les éventuels contrevenants et, d’autre part, de les punir au cas où ils enfreindraient ledit commandement. Les deux éléments du droit, à savoir le “commandement” et la “sanction”, participent de la notion de droit dans la conception d’Austin et c’est ce qui distingue le droit proprement dit des autres ordres normatifs ou systèmes déontologiques:

“A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the *power* and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded.”<sup>231</sup>

Or, puisque dans la société internationale il n’y a point de corps politique hiérarchiquement supérieur, il ne peut y avoir ni de “command” ni, partant, de sanction, et, en conséquence, de droit au sens strict.<sup>232</sup> Il n’y a donc pas de *droit positif international* dans les relations interétatiques, mais juste une “positive international morality”,<sup>233</sup> car les soi-disant normes juridiques de droit international ne sont pas des “commands”.<sup>234</sup> A la base de cette conception, il paraît clair que: a) il n’y a pas de droit en dehors du droit de l’Etat; b) la volonté de l’Etat est à l’origine de tout phénomène juridique; c) il n’y a pas de place dans cette théorie pour une quelconque germination spontanée du droit. Ce qui revient à expulser le droit international de la science positive du droit, de la “Jurisprudence”.

La brèche est ouverte, et nombre d’esprits s’y engouffreront afin de réfuter notamment le caractère juridique du droit international. Puisque seule la volonté peut créer du droit et que pour donner lieu à un “command”, elle présuppose une autorité politique supérieure, il n’y a de droit que *voulu* par l’Etat, aussi bien dans l’intérieur de son ordre juridique interne qu’à l’extérieur, dans ses relations avec les autres Etats souverains. Le droit international se réduit donc à l’excroissance de l’activité législative de l’Etat; simple irradiation de son *imperium* vers l’extérieur, en direction de ses pairs.

<sup>230</sup> Austin, J., *loc. cit.* (note 229).

<sup>231</sup> *Loc. cit.* (note 229) [les italiques sont de nous].

<sup>232</sup> La conception du droit d’Austin est souvent qualifiée d’“impérativiste” puisqu’elle implique le caractère de hiérarchie entre créateurs et destinataires de règles. En d’autres termes, il n’y a de droit que dans les systèmes hétéronormateurs, excluant donc le droit international qui est précisément un système juridique d’autonomie ou autonormateur. “Laws and other commands are said to proceed from *superiors*, and to bind or oblige *inferiors* [...] It appears, then, that the term *superiority* (like the terms *duty* and *sanction*) is implied by the term *command*.”, *Ibid.*, pp. 29 et 31.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 109.

Dans la perspective d’Austin, on croise Hegel et son “droit étatique extérieur”.<sup>235</sup> Sans vouloir approfondir la conception du droit du philosophe allemand ni, encore moins, sa “Phénoménologie de l’Esprit”, il faut du moins évoquer sa notion de droit international. Comme l’Histoire, le Droit se caractérise par le processus d’objectivation de l’Esprit. Ainsi, tant la famille que l’Etat – qui ne sont pas fondés sur le contrat mais respectivement sur l’amour et sur l’esprit national (*Volksgeist*) – constituent les réalités dans lesquelles l’Esprit devient de plus en plus objectif. Entre les deux réalités se trouve la société civile (*bürgerliche Gesellschaft*). L’union des individus dans l’Etat et le dépassement de la réalité de la famille représentent pour Hegel le devoir suprême et le destin ultime des individus. Après avoir identifié dans la monarchie constitutionnelle le modèle rationnel (et donc réel)<sup>236</sup> de cette union, Hegel analyse, *in fine*, les rapports entre les Etats, seuls véritables sujets de l’Histoire. Pour le philosophe de Jena,

“le fondement du droit des peuples en tant que droit universel qui doit valoir en soi et pour soi entre les Etats ... est que les traités *doivent être respectés car c’est sur eux que reposent les obligations des Etats les uns par rapport aux autres*. Mais comme leur relation a pour principe leur souveraineté, il en résulte qu’ils sont par rapport aux autres Etats dans un état de nature, et qu’ils n’ont pas leurs droits dans une volonté universelle constituée en pouvoir au-dessus d’eux [...] *Aussi cette condition générale reste à l’état de devoir être, et ce qui se passe réellement, c’est une succession de situations conformes aux traités et d’abolition de ces traités*”.<sup>237</sup>

L’architrave de la conception du droit de Hegel repose sur la volonté,<sup>238</sup> le droit ne consiste pas, comme pour Kant, en la limitation réciproque (par rapport aux autres sujets) de la liberté, mais plutôt en l’“existence [*Dasein*] de la libre volonté”.<sup>239</sup> Seulement onze paragraphes sont ainsi consacrés au “droit étatique extérieur” (*äusseres Staatsrecht*),<sup>240</sup> comme pour exprimer le caractère marginal de ce corps de règles. En effet, dans le processus téléologique qu’est l’émergence de plus en plus objective de l’Esprit, celui-ci se réalise pleinement et *définitivement* dans l’Etat,<sup>241</sup> considéré comme la “puissance absolue sur terre”.<sup>242</sup> Le processus de réalisation de la “libre volonté”

<sup>235</sup> D’ailleurs, Austin lui-même avait estimé qu’on pouvait parler de droit positif par rapport à ces pans du droit international que l’Etat avait fait siens par leur incorporation (reconnaissance) au sein de son droit interne. C’est le “droit étatique extérieur” de Hegel.

<sup>236</sup> Rationnel et réel coïncident dans la pensée de Hegel, G.W.F., *Principes de la philosophie du droit* (1821), trad. de l’allemand par André Kaan, Paris, 1940, Préface, p. 14.

<sup>237</sup> Ibid., § 333 [les italiques sont de nous].

<sup>238</sup> Largement développée aux §§ 1-33 de l’œuvre précitée.

<sup>239</sup> Ibid., § 29.

<sup>240</sup> Par opposition au “droit étatique interne”, objet des paragraphes 257 à 360.

<sup>241</sup> Ibid., § 259, lit. c).

<sup>242</sup> Ibid., § 331.

s'achève par l'établissement de l'Etat. La *civitas maxima* de Wolff ne représente pas pour Hegel une étape, et encore moins le stade final de l'objectivation de l'Esprit. Car, n'étant pas réelle ni partant rationnelle, la *civitas maxima* n'existe pas et ne peut tout simplement pas exister. Bref, la communauté des Etats n'est pas appropriée pour incarner l'une quelconque des manifestations du droit, et les règles qui s'y trouvent ne constituent donc pas du droit positif: on rejoint, par un autre chemin, Austin. Hegel décoche au passage une flèche en direction du philosophe de Königsberg:

“La conception kantienne d'une paix éternelle par une ligue des Etats [...] suppose l'*adhésion des Etats*, laquelle reposerait sur des motifs moraux subjectifs ou religieux, mais toujours sur *leur volonté souveraine particulière, et resterait donc entachée de contingence*.”<sup>243</sup>

Le masque est ôté! Il n'y a de droit qu'aussi longtemps que les Etats, *pris individuellement, le veulent*; ce droit (le droit international), n'existe que si l'Etat, manifestation ultime de l'Esprit, veut bien le maintenir, puisqu'il est l'expression de sa “libre volonté”. Le droit étant créé par chaque Etat à titre individuel, il y aurait autant de “droit(s) étatique(s) extérieur(s)” que d'Etats.<sup>244</sup> Droit étatique extérieur que Hegel examine d'ailleurs sous la section “Etat”, marquant ainsi son asservissement à ce dernier et son caractère quelque peu irréal.<sup>245</sup> En effet, comme nous l'avons vu, la réalisation de ce droit n'est pas le fruit de l'Esprit, mais l'expression de la “libre volonté” de l'Etat, qui est, elle, l'incarnation suprême, la sublimation de l'Esprit. Le droit international (ou droit étatique extérieur) se retrouve en dehors de la sphère du droit positif. Il n'y aurait tout au plus dans cette conception qu'un droit international commun, au point de vue matériel, dérivé de la concordance des différents “droits étatiques extérieurs”. Une telle construction du Droit fait du droit international non pas “un véritable droit [mais] une simple pratique”.<sup>246</sup>

La conception de Hegel fit des émules, notamment en Allemagne.<sup>247</sup> L'année même du Protocole vit ainsi la publication de l'ouvrage de Lasson<sup>248</sup> qui nie l'idée d'une

<sup>243</sup> Ibid., § 333 [les italiques sont de nous].

<sup>244</sup> Pour un panorama (assorti de critiques) de la doctrine dans le sillage de Hegel, voir H. Triepel, *op. cit.* (note 119), p. 78, note 1.

<sup>245</sup> “Son [i.e. droit étatique extérieur] contenu en soi et pour soi a la forme du devoir être, *parce que sa réalisation dépend de volontés souveraines différentes*.” Ibid. (note 236), § 330 [les italiques sont de nous].

<sup>246</sup> E. Giraud, *op. cit.* (note 142), p. 301.

<sup>247</sup> Faut-il rappeler que, dans une tout autre conception du droit, Kelsen évoqua la possibilité théorique (aussi digne et défendable que l'hypothèse contraire) du primat du droit interne de l'Etat sur le droit international (*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 2ème éd., Tübingen, 1928, § 37).

<sup>248</sup> A. Lasson, *Princip und Zukunft des Völkerrechts*, Berlin, 1871, pp. 66-75.

communauté internationale et pour qui les relations interétatiques sont régies par de purs rapports de force. Dans la foulée, Lasson réfute le caractère juridique des prétendues normes de droit international.<sup>249</sup>

Une timide inversion de tendance s'amorça<sup>250</sup> en Allemagne, lorsque quelques années plus tard Bergbohm, dans sa croisade contre les négateurs du droit international en tant qu'ordre juridique, fit recours à la théorie de l'autolimitation.<sup>251</sup> Ne pas respecter les obligations du droit international signifierait, selon lui, la violation de l'indépendance même des Etats, présumé matériel de l'existence d'une communauté internationale. En effet, le droit international est un droit d'autonomie, caractérisé par la coïncidence entre sujets et législateurs, et non pas d'hétéronomie, en l'absence d'un législateur.

### III.2: La théorie de l'autolimitation de l'Etat (Jellinek)

Cette théorie est étroitement associée au nom de Georg Jellinek, professeur de droit public à Heidelberg. La théorie de l'autolimitation de l'Etat marque un point crucial dans l'évolution de la pensée internationaliste, dans la mesure où non seulement elle pave la voie à la théorie de Triepel et d'Anzilotti, mais reflète encore en elle-même la tension permanente entre la métaphysique du droit et les exigences de l'analyse positiviste. En effet, pour Jellinek, le droit peut ou bien tirer sa validité d'une norme extérieure et supérieure à la volonté des sujets – fondement métaphysique donc – ou bien émaner de cette volonté.<sup>252</sup> Même si Jellinek déclare opter pour la deuxième hypothèse, le premier fondement ne disparaîtra point de son horizon, car, comme nous le verrons, il ne cessera d'animer toute sa construction du droit.

Dans les relations internationales, seul un Etat souverain peut être lié par des obligations, puisque la source de ces dernières réside dans sa volonté librement exprimée. En cela réside l'autolimitation, qui explique également le processus de création normative de l'Etat à l'intérieur de son ordre juridique. Ainsi, non seulement l'Etat n'est pas *legibus solutus*, mais il est *legum creator*. L'autolimitation de l'Etat, c'est-à-dire la

---

<sup>249</sup> Ibid., p. 52.

<sup>250</sup> La conception hégélienne ne disparut pas complètement, puisque encore vers la fin du dix-neuvième siècle, H.G. von Treitschke, (*Politik*, éd. par M. Cornicelius, 2ème éd., vol.1, 1899, p. 35) affirmait que l'Etat ne peut guère tolérer juridiquement un pouvoir qui lui soit supérieur (c'est-à-dire le droit international) en ajoutant qu'aucune exigence *rationnelle* ne saurait lui prescrire son *suicide* (vol. 2, p. 550).

<sup>251</sup> C. Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, Dorpat, 1876, pp. 19-21, 59-65.

<sup>252</sup> Pour O. Nippold, *Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das Internationale Recht*, Berne, 1894, pp. 5, 18, la conception de l'auto-limitation vaut non seulement pour les règles de droit international, mais également pour toute autre règle juridique. Elle imprègne ainsi tout phénomène de création normative.

“*Selbstverpflichtungslehre*”, était née. Les critiques ne manquèrent cependant pas de fuser, parmi lesquelles l’objection de Kelsen: et si l’Etat changeait d’idée?<sup>253</sup>

Dans son ouvrage “*Die rechtliche Natur der Staatenverträge*”,<sup>254</sup> Jellinek admet que l’Etat, source de l’obligation conventionnelle, peut changer d’idée et donc mettre fin de manière unilatérale au traité. L’Etat peut le faire pour des raisons liées, par exemple, à la clause *rebus sic stantibus*. Toutefois, l’Etat ne saurait remettre en cause le traité pour des motifs futiles et arbitraires. En effet, s’il le faisait, il irait à l’encontre même des raisons de son autolimitation,<sup>255</sup> c’est-à-dire l’établissement d’une communauté d’Etats rendant possible la vie sociale entre eux ainsi qu’à l’intérieur d’eux-mêmes:<sup>256</sup> ici intervient la fonction sociologique de l’Etat et le caractère téléologique du droit international que celui-ci tend à construire. La théorie de l’autolimitation n’est donc pas en porte-à-faux avec le droit international, mais constitue bien au contraire la meilleure garantie de sa validité.<sup>257</sup> Les normes de droit international garantissent en effet l’Etat lui-même: “*Gemeinschaft ist überall da vorhanden, wo es Verkehr gibt [...] Wo aber Gemeinschaft ist, da ist nothwendig Recht*”.<sup>258</sup> Hormis le cas de l’état de nécessité (*Notrecht*), l’Etat ne pourrait pas se prévaloir de son autolimitation pour faire échec au caractère contraignant du droit international. L’Etat se ferait sans cela du tort à lui-même, puisque c’est dans et par le droit international que l’Etat participe pleinement à la vie sociale<sup>259</sup> et donc en dernier lieu à sa garantie:

“[Nous trouvons] les garanties ... du droit des gens dans les rapports internationaux et dans l’ensemble des intérêts de la communauté des Etats civilisés. C’est pourquoi il arrive souvent que chaque Etat en particulier observe les traités d’administration internationale bien mieux que ses propres lois.”<sup>260</sup>

---

<sup>253</sup> H. Kelsen, *op. cit.* (note 247), § 49.

<sup>254</sup> Vienne, 1880.

<sup>255</sup> *Ibid.*, pp. 44-45.

<sup>256</sup> G. Jellinek, *L’Etat moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l’Etat*, trad. de l’allemand par G. Fardis, Paris, 1911, p. 356.

<sup>257</sup> G. Jellinek, *op. cit.* (note 117), p. 36: “*Was bis jetzt nur trotz der Souveränität und gegen die Souveränität behauptet werden konnte, kann nun durch die Souveränität erklärt werden*” [les italiques sont de nous].

<sup>258</sup> G. Jellinek, *op. cit.* (note 117), p. 94.

<sup>259</sup> En effet, affirme justement Jellinek, la nature, le but de l’Etat consistent dans l’organisation suprême des êtres humains: “*höchste menschheitliche Organisation*”, *op. cit.* (note 117), p. 102. Voir supra note 117.

<sup>260</sup> G. Jellinek, *op. cit.* (note 256), p. 508. Voir aussi de même: *op. cit.* (note 254), pp. 44-50, 60-62.

Les deux piliers de la construction du droit de Jellinek sont d'ordre sociologique (conviction psychologique) et formaliste (autolimitation), chacun porteur d'une légitimité différente, mais égale:

“Que ceux-ci [les Etats] se reconnaissent obligés par le droit international, et nous avons, à raison de la nature psychologique de tout droit en général, une base solide pour fonder son existence. Or, c'est un fait aujourd'hui indiscutable: les membres de la société des Etats ont reconnu ce lien d'obligation”<sup>261</sup>

L'origine du droit réside dans sa nature psychologique<sup>262</sup> mais son caractère obligatoire, contraignant, résulte de leur “reconnaissance” (*Anerkennung*), acte volitif s'il en est: contrainte intérieure (psychologique) et contrainte extérieure (volonté). Ces deux dimensions du droit s'entrechoquent et finissent par l'éreinter notamment à propos de la *vexata quaestio* de la dénonciation unilatérale. Aporie résolue par l'esprit conciliant de l'Etat et sa prise de conscience que le droit international public sert en dernière analyse ses intérêts. Il n'est dès lors pas complètement surprenant ou paradoxal d'observer que Jellinek perçoive les raisons qui poussent l'Etat au respect du droit international, dans le caractère éminemment sociologique (et donc ... jusnaturaliste!) du droit:

“Quand un Etat, par sa libre volonté, entre en relations avec les autres Etats, il accepte dans sa volonté les *moments objectifs* qui régissent ces relations; *ces moments deviennent des normes, qui lient sa volonté par sa volonté.*”<sup>263</sup>

Cet aspect fondamental de sa pensée n'avait point échappé à Triepel, qui “regrette” de ce fait que Jellinek ait voulu en dernière instance faire reposer le caractère obligatoire du droit international sur la “nature des choses”: “... ses idées, dit-il, sont bien près, malgré sa protestation,<sup>264</sup> de fonder le droit international sur le droit naturel”.<sup>265</sup>

<sup>261</sup> G. Jellinek, *op. cit.* (note 256), p. 560.

<sup>262</sup> “Une norme est obligatoire quand elle possède la *puissance d'agir* comme motif pour déterminer la volonté; mais cette puissance lui vient de la *conviction* que nous avons et que nous ne *pouvons dériver de plus loin, et d'après laquelle nous sommes obligés de lui obéir*”, G. Jellinek, *op. cit.* (note 256), p. 504 [les italiques sont de nous].

<sup>263</sup> G. Jellinek, *op. cit.* (note 254), p. 47 [la traduction se trouve dans l'oeuvre de H. Triepel, *op. cit.* (note 119), p. 79, note 1 de la page 78; les italiques sont de nous]. En vue de souligner l'essence fondamentalement psychologique du Droit, Jellinek n'hésite pas à affirmer: “... l'idée d'un droit naturel objectif accompagne nécessairement les faits fondamentaux psychologiques qui sont d'ailleurs la base de la possibilité d'un ordre juridique.” *op. cit.* (note 256), p. 505.

<sup>264</sup> G. Jellinek, *op. cit.* (note 117), p. 49.

<sup>265</sup> H. Triepel, *loc. cit.* (note 262). Il est même curieux (et révélateur) d'observer que Jellinek regrette que la conception dépassée (désuète) du droit naturel continue de célébrer ses “orgies” en droit international (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Fribourg e. B., 1892, p. 297).

Or, la faculté de s' *auto limiter* résultait précisément de ce *moment objectif*, endossé par sa volonté, et que fustigeait Triepel. Il n'est donc pas téméraire d'avancer qu'avec Jellinek s'annonce une conception objective du droit,<sup>266</sup> même si cet enfantement se réalise dans la douleur et par le (très) contestable moyen de l'autolimitation. Il s'éloigne ainsi radicalement – en dépit de quelques affinités sémantiques – d'Austin et de sa conception étatiste et “impérativiste” du droit ainsi et *a fortiori* du “droit étatique extérieur” de Hegel.<sup>267</sup> Le “commandement” ne suffit donc pas – et de loin pas – à fonder le droit aux yeux de Jellinek; le caractère positif du droit international n'est plus étayé par la volonté mais par la “conviction de sa validité” auprès des sujets de l'ordre juridique international, et il ajoute:

“Le caractère positif du droit lui vient donc, en dernière analyse, de la *conviction* que l'on a de sa force obligatoire; c'est sur cet élément purement subjectif que repose tout l'ordre juridique. C'est là la conséquence nécessaire de cette vérité reconnue que le droit nous est inhérent, qu'il est une fonction de la communauté humaine et doit reposer en conséquence sur des éléments psychologiques.”<sup>268</sup>

La volonté de l'Etat n'est plus la *fons et origo* du Droit, mais elle en est le moyen d'expression et de réalisation. Toutefois, la connotation fondamentalement psychologique du droit chez Jellinek fut minimisée par les commentateurs<sup>269</sup> et la théorie de l'autolimitation appliquée au droit international n'échappa point aux critiques les plus virulentes, qui se focalisaient presque exclusivement sur les éléments volontaristes, considérés comme tautologiques et contradictoires; en effet, “la notion d'autolimitation est contradictoire en elle-même, car la capacité de la volonté de se limiter ne supprime

---

<sup>266</sup> M. Giuliano, *La comunità internazionale il diritto*, Padova, 1950, p. 78, a absolument raison lorsqu'il affirme qu' “[u]n giurista autorevole come lo Jellinek infligge un vero e proprio colpo mortale al positivismo imperativistico et statualistico [...] Si desume adunque che il diritto è insito in noi, che è una funzione della comunità umana e che, perciò, deve poggiare su elementi puramente psicologici”. De même, l'observation de Kelsen (*op. cit.* (note 247), § 42) qui affirme que, en fin de compte, l'autolimitation devient hétéro-limitation.

<sup>267</sup> Contra: A. Nussbaum, *op. cit.* (note 91), p. 281 (sans développer ultérieurement sa position).

<sup>268</sup> G. Jellinek, *op. cit.* (note 256), pp. 504-505. Conviction qui, d'après Jellinek, n'est pas susceptible d'une dérivation (déduction) ultérieure: “Le fondement de tout droit réside, en dernière analyse, dans la conviction que l'on a (sans pouvoir la déduire d'un autre principe) de sa valeur, de sa force normative, de son pouvoir de détermination sur la volonté.”, *ibid.* (note 256), p. 554. On semble toucher ici à la *Grundnorm* de Kelsen, en dépit de ses affirmations (*op. cit.* (note 247), § 23). Etrange destin que celui des théories positivistes (normativistes et volontaristes), d'ancrer, sciemment ou non, l'édifice du droit dans un *quid* nécessairement extérieur et qui n'est pas *posé!*

<sup>269</sup> Par exemple: M. Bourquin, “Règles générales du droit de la paix”, R.C.A.D.I., vol. 35 (1931-I), p. 49.

pas, en dehors d'un principe supérieur qui la lie à ses déclarations, la capacité de se délier".<sup>270</sup>

Elle fut considérée tour à tour comme "un subterfuge ingénieux et fragile",<sup>271</sup> comme "obscur",<sup>272</sup> comme un "artifice dialectique"<sup>273</sup> comme conduisant à des "absurdités",<sup>274</sup> comme une "chimère",<sup>275</sup> comme la "négarion du droit international",<sup>276</sup> et certains auteurs n'hésitèrent pas à affirmer qu'il ne valait même pas la peine "... d'insiste[r] sur l'indigence philosophique d'une telle doctrine, qui constitue, en réalité, la négation, non pas seulement du droit ... mais aussi celle de la morale".<sup>277</sup> Remarques un peu excessives, auxquelles nous n'allons pas nous attarder. Au demeurant, la théorie de Jellinek ne présente pas peu d'affinités avec celle de Triepel,<sup>278</sup> comme nous allons le voir sur le champ.

### III.3: La *Vereinbarung* (Triepel et Anzilotti)

Pour jeter une passerelle entre les deux penseurs, il convient d'abord de reproduire la critique fondamentale que Triepel adresse à la théorie de l'autolimitation:

"Je ne peux pas me représenter une règle de droit, qui n'est pas un pouvoir *au-dessus* des sujets auxquels elle s'applique, et, si elle est un pouvoir *au-dessus* des sujets, l'un d'eux ne peut pas, par une décision souveraine, la créer contre lui-même."<sup>279</sup>

<sup>270</sup> A. Truyol y Serra, "Théorie du droit international public. Cours général", R.C.A.D.I., vol. 173 (1981-IV), p. 125. Voir supra note 279; H. Kelsen, *op. cit.* (note 247), § 40.

<sup>271</sup> M. Bourquin, *op. cit.* (note 269), p. 48.

<sup>272</sup> "Cette exposition obscure n'explique rien; elle laisse en dehors le cas où le débiteur cessera de vouloir: elle ne dit point pourquoi le débiteur ne pourra plus changer de volonté." P. Pradier-Fodéré, *op. cit.* (note 76), vol. 2, § 1153, p. 840. Voir supra p. 133.

<sup>273</sup> R. Quadri ("Cours général de droit international public", R.C.A.D.I., vol. 117 (1964), p. 266) la plaça en bonne compagnie avec la théorie de la *Vereinbarung*.

<sup>274</sup> J.-P.-A. François, *op. cit.* (note 227), p. 16.

<sup>275</sup> H. Triepel, *op. cit.* (note 119), p. 76.

<sup>276</sup> J.B. Whitton, *op. cit.* (note 70), p. 199.

<sup>277</sup> L. Le Fur, "Règles générales du droit de la paix", R.C.A.D.I., vol. 54 (1935-IV), p. 23 [les italiques sont de nous].

<sup>278</sup> D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902, p. 41, note 44 [réimprimé in *Scritti diritto internazionale pubblico*, vol. 1, Padova, 1956], considère que la véritable différence entre la *Vereinbarung* de Triepel et l'*Anerkennung* (reconnaissance) de Jellinek est de nature terminologique et non pas conceptuelle. En ce sens aussi, mais en adressant à la *Vereinbarung* les mêmes critiques que celles dirigées contre la théorie de l'autolimitation, J.B. Whitton, *op. cit.* (note 70), p. 203.

<sup>279</sup> *Ibid.* (note 119), p. 78.

Il manquerait donc à la construction de Jellinek cette autorité supérieure, ce *quid* qui permette à la volonté des Etats de produire des effets de droit dans leurs rapports entre eux. Or, cet élément extérieur et supérieur aux Etats devait être recherché selon Jellinek dans la “conviction de validité” de ces mêmes normes: élément psychologique et métémpirique s’il en est.<sup>280</sup> Mais Triepel conteste cette explication comme n’étant pas suffisamment positiviste et ramène le fondement là où il devait à son avis se trouver, à savoir dans *la volonté des Etats*, puisque celle-ci est à l’origine du droit (dogme inébranlable du positivisme volontariste). Il s’agit cependant d’une volonté tout à fait spéciale, et à cet égard Triepel se démarque radicalement des positivistes qui l’ont précédé:

“... une règle juridique est le contenu d’une *volonté supérieure aux volontés individuelles*, manifestée en vue de limiter les sphères des volontés humaines qui lui sont soumises. La formation d’une règle juridique est ainsi une *déclaration de volonté*, déclaration d’après laquelle *quelque chose doit devenir un droit* [...] Ni la loi d’un Etat par elle seule, ni des lois concordantes de plusieurs Etats [...]<sup>281</sup>, n’ont qualité pour imposer aux membres égaux de la communauté internationale des règles obligatoires de conduite. *Mais si la volonté d’aucun Etat particulier ne peut créer un droit international, on ne peut imaginer qu’une seule chose: c’est qu’une volonté commune, née de l’union de ces volontés particulières, se trouve capable de remplir cette tâche.* Peut seule être source du droit international, une volonté commune de plusieurs ou nombreux Etats. Nous regardons comme le moyen de constituer une telle unité de volontés la “Vereinbarung”, terme dont on se sert dans la doctrine allemande pour désigner les véritables unions de volontés, et les distinguer des “contrats” [Vertrag] qui sont, d’après nous, des accords de plusieurs personnes pour des déclarations de volontés d’un *contenu opposé*. Nous trouvons cette “Vereinbarung” dans les traités par lesquels plusieurs Etats adoptent une règle qui doit régir leur conduite d’une façon permanente.”<sup>282</sup>

Puisant dans la vaste littérature du droit public allemand, Triepel cherche à identifier cette union de volontés et ce faisant l’appelle à tour de rôle “volonté une”, “nouvelle volonté”, “unité vivante” ou “volonté globale”.<sup>283</sup>

A la base de la théorisation de Triepel se trouve la distinction entre traités-contrat et traités-loi, qui aura un impact durable en droit des traités, et ce indépendamment de la

<sup>280</sup> Voir supra note 268.

<sup>281</sup> La référence vise le “droit public extérieur” de Hegel. Voir supra p. 130.

<sup>282</sup> H. Triepel, “Les rapports entre le droit interne et le droit international”, R.C.A.D.I., vol. 1 (1923), pp. 82-83 [les italiques sont de nous].

<sup>283</sup> H. Triepel, *op. cit.*, (note 119), p. 37.

question du fondement du caractère obligatoire du droit international.<sup>284</sup> La première catégorie, qui implique “des déclarations de volonté d’un contenu opposé”, est considérée comme inapte à engendrer du droit objectif. Ces mêmes volontés peuvent en revanche créer des règles de droit lorsqu’elles sont de contenu identique et se fondent en une seule: la *Vereinbarung*. Dans ce deuxième cas, les Etats sont à la fois sujets (comme pour l’hypothèse des traités-contrat) et législateurs.<sup>285</sup> Par opposition au *Vertrag*, la *Vereinbarung* “vise une conduite future semblable”,<sup>286</sup> d’“une façon permanente”,<sup>287</sup> en posant des règles générales et abstraites (comme la loi en droit interne)<sup>288</sup> destinée à satisfaire des “intérêts semblables ou communs”<sup>289</sup> des Etats parties.<sup>290</sup>

Ainsi, la *Vereinbarung* transcende et sublime les volontés individuelles distinctes mais de contenu identique, pour engendrer un *droit objectif supérieur* aux Etats et à leurs volontés particulières. La *Vereinbarung* ne représente donc pas une simple somme de volontés mais quelque chose de qualitativement supérieur. D’un ensemble d’actes subjectifs (comme le sont les manifestations de volonté) naît une réalité objective supérieure. Mais c’est justement cette transmutation qui ne peut être expliquée par la seule concordance des volontés individuelles. Il faut quelque chose en dehors de ces volontés, et Triepel ne peut donc éluder la question de savoir d’où “cette soi-disant volonté commune, de laquelle et dans laquelle doit naître le droit international, tire [...] sa force obligatoire”:<sup>291</sup> “le ‘fondement’ de la validité du droit est en dehors du droit”,<sup>292</sup> répond-il, en précisant que “les sources du droit doivent être en dernier lieu

---

<sup>284</sup> Il est significatif d’observer que selon certains juristes, et pas des moindres (Lord Arnold McNair, *op. cit.* (note 82), p. 531), les traités-loi figurent dans la catégorie d’actes juridiques conventionnels qui n’admettent point, de par leur nature, un droit de dénonciation unilatérale (supra II.4).

<sup>285</sup> H. Triepel, *op. cit.* (note 119), p. 46.

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>288</sup> Toutefois, et Triepel est très clair à cet égard, il ne s’agit point de législation *erga omnes*, dans la mesure où “[n]ul Etat n’est, sans y avoir adhéré, lié par une règle née d’une *Vereinbarung*”, *ibid.*, pp. 74, 82 (Etats nouvellement indépendants).

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>290</sup> Ce n’est donc pas le nombre des Etats parties au traité, mais le contenu des volontés – et donc le type de règles posées – qui est décisif. On peut ainsi avoir un traité-contrat multilatéral et un traité-loi bilatéral.

<sup>291</sup> H. Triepel, *ibid.*, p. 80.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 81. Voir: G. Scelle, *op. cit.* (note 103), p. 649: “... les traités-loi sont obligatoires. Ce caractère obligatoire n’est ni un axiome, ni un postulat. Il correspond à une règle coutumière préexistante mais non au caractère volontariste du Droit des gens (thèse contractuelle), ni à la théorie de l’auto-limitation qui est une pétition de principe, ni à la théorie de la *Vereinbarung*, qui est une hypothèse métaphysique – elle provient de ce qu’un accord de volontés s’est fait sur

des faits purement éthiques et psychologiques”.<sup>293</sup>

Nous ne sommes donc pas très loin de Jellinek, pour qui c’est grâce aux “moments psychologiques” que la volonté crée des règles de droit.<sup>294</sup> Le droit naturel continue *en dernier ressort* à “célébrer ses orgies”<sup>295</sup> dans la pensée internationaliste,<sup>296</sup> et les positivistes sont de la partie!

La théorie de Triepel eut un retentissement considérable dans la doctrine de l’époque et suscita l’adhésion de nombreux juristes, notamment en Allemagne et en Italie.<sup>297</sup> A travers elle, le positivisme volontariste régna en maître incontesté et finit par influencer profondément la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale.<sup>298</sup> Elle fit néanmoins l’objet de critiques importantes de la part de la communauté scientifique. On lui reprocha d’avoir “déplac[é], en réalité, la difficulté, sans la supprimer”;<sup>299</sup> d’avoir érigé une barrière artificielle et “exagérée”<sup>300</sup> entre le droit international et le droit interne et d’avoir créé une distinction infondée entre traité-contrat et traité-loi,<sup>301</sup> de ne

---

la formule de la nécessité sociale et que cette constatation est intrinsèquement obligatoire, d’abord pour le législateur qui l’exprime, puis pour tous les agents juridiques auxquels elle s’adresse.”

<sup>293</sup> H. Triepel, *op. cit.* (note 282), p. 87.

<sup>294</sup> Voir supra p. 134. Jellinek rétorque précisément que: “Cette conception [celle de la *Vereinbarung* de Triepel] aboutit à enlever toute base au droit international. L’existence d’un ordre international qui, seul, peut fonder la force des accords internationaux ne peut certainement pas, – Triepel l’admet lui-même, – se baser lui-même sur un accord”, *op. cit.* (note 256), p. 561 (note 2).

<sup>295</sup> Voir supra note 265.

<sup>296</sup> Non moins symptomatique est l’embarras d’Anzilotti à l’égard de la question lorsqu’il avoue: “Il fondamento ultimo dell’obbligatorietà del diritto non è né può essere un concetto giuridico [...] l’obbligatorietà del diritto è piuttosto un concetto morale, che un principio giuridico” (*op. cit.* (note 278), p. 57). De son côté, le positivisme normativiste kelsenien, ne fit guère mieux avec sa *Grundnorm*.

<sup>297</sup> Voir surtout: D. Anzilotti, *op. cit.* (note 278), pp. 41-61. L’illustre juriste italien abandonna cependant plus tard, dans la quatrième et dernière édition de son *Corso*, le rivage de la *Vereinbarung* pour accoster au port du positivisme normativiste de Perassi (“Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, 1917, p. 6), puisqu’il identifie dans le principe-postulat “*pacta sunt servanda*” le fondement de validité des normes de droit international. Il s’agit certainement d’une évolution importante dans la pensée d’Anzilotti, bien que toujours située dans la grande famille du positivisme, l’adjectif seul ayant changé ...

<sup>298</sup> Voir par-dessus tout l’affaire abondamment citée du *Lotus*.

<sup>299</sup> A. Truyol y Serra, *op. cit.* (note 270), p. 127.

<sup>300</sup> L. Le Fur, *op. cit.* (note 277), p. 30.

<sup>301</sup> *Ibid.*, p. 32. De même: P.A. Sereni, *op. cit.* (note 66), vol. 1, p. 136.

point avoir expliqué pourquoi “cet acte de volonté [produit] un [tel] effet juridique”;<sup>302</sup> et d’avoir concocté une “fiction manifeste”,<sup>303</sup> transformant deux volontés en une seule, puis en une volonté commune.

#### III.4: Observations conclusives

Revenons cependant à la crise de 1870-1871 et considérons-là sur l’arrière-fond de la *Vereinbarung* et de l’évolution de la pensée internationaliste. Nous ne pouvons à cet égard que souscrire à l’affirmation de Bourquin:

“Que la théorie de la *Vereinbarung* ait rendu à notre science de grands services et qu’elle soit infiniment plus féconde que celle de l’autolimitation, cela ne paraît pas douteux.”<sup>304</sup>

Il nous reste à dresser le bilan de cette fécondité sous l’éclairage précisément de la crise de 1870-1871. Reconnaître la légalité du *modus procedendi* de la Russie signifierait revenir en quelque sorte à Jellinek,<sup>305</sup> sinon carrément à Hegel, en détruisant *in nuce* l’essence même du droit dans les relations internationales.

Dans le Protocole de Londres, on décèle les prodromes de la grande révolution inspirée par la *Vereinbarung*: ramener le droit international et son fondement des sphères métémpiriques sur terre. En condamnant la dénonciation unilatérale,<sup>306</sup> le Protocole érige la construction du droit international sur un socle inébranlable. Volonté, certes, mais volonté commune, distincte de la somme des volontés individuelles, et à laquelle il n’est pas possible de se dérober de par sa propre volonté, contrairement au “droit étatique extérieur” de Hegel. Du même coup, cette construction de la volonté en droit international évitera les inconvénients résultant de la théorie de l’autolimitation (Jellinek) à propos de la procédure d’extinction des traités.<sup>307</sup> La *Vereinbarung*, volonté supérieure aux États, permet donc d’ancrer le droit international dans la réalité historique et de lui donner une assise indiscutable, fondée sur le fétiche même des États, leur volonté souveraine. La crise de 1870-1871 marque à merveille le tournant où la science juridique internationale, portée par l’alazé de la *volonté*, passe du jusnaturalisme grotien au positivisme volontariste. La volonté des États devenait en somme la base du droit international, lui assurant de ce fait une autorité incontestable, à l’abri des sautes d’humeur des chancelleries, puisque rattachée consubstantiellement à la souveraineté étatique.

<sup>302</sup> J.-P.-A. François, *op. cit.* (note 227), p. 16.

<sup>303</sup> R. Quadri, *op. cit.* (note 66), p. 266.

<sup>304</sup> *Op. cit.*, p. 50 [les italiques sont de nous].

<sup>305</sup> Il n’est dès lors pas étonnant que Jellinek soit parmi les partisans de la version automatique de la clause *rebus sic stantibus*. Voir supra notes 117 et 118.

<sup>306</sup> Excepté les cas de figure prévus par le droit international général et ceux réglementés par le traité lui-même [voir supra II].

<sup>307</sup> Voir supra II.5. En ce sens: L. Le Fur, *op. cit.* (note 277), p. 32.

L'Etat se retrouvait prisonnier de sa propre souveraineté, mais d'une manière *essentiellement* différente de l'autolimitation. Il ne se liait pas à lui-même et vis-à-vis de lui-même, mais envers les autres Etats et par rapport à ceux-ci. La volonté représente le moyen pour l'Etat de poser des règles de droit communes et de contracter des obligations, mais elle n'est pas la clef lui permettant de s'en libérer unilatéralement. Voilà la nouveauté – et peut-être l'artifice – de la construction de Triepel et d'Anzilotti. L'idée sous-jacente au principe du droit des traités, interdisant la dénonciation unilatérale (entendue comme droit discrétionnaire), se fonde précisément sur cette *Vereinbarung*, extérieure et supérieure aux Etats mêmes qui ont contribué à la créer.<sup>308</sup>

Le fait de ne pas répéter dans la Convention de Londres la clause relative à l'impossibilité d'une dénonciation unilatérale (à la différence du Traité de Paris de 1856) reflète aussi, peut-être inconsciemment (et par le truchement d'une lecture rétrospective de notre part), la transition du paradigme du "droit étatique extérieur" de Hegel à celui de la *Vereinbarung* de Triepel. C'est un moment décisif dans la pensée scientifique en droit international et dans l'appréhension de la *juridicité* de cet ordre. La crise de 1870-1871 se déroule sur l'arrière-fond de cette évolution silencieuse du paradigme du droit international qui, sans préoccuper outre mesure les chancelleries, s'en nourrit pour conférer une assise nouvelle au droit international.

Le Protocole tombe à point nommé dans cette phase cruciale de transition, et la théorie de l'autolimitation de Jellinek,<sup>309</sup> qui aurait pu légitimer la démarche annoncée dans le Mémoire, et donc le droit unilatéral de dénonciation, est catégoriquement écartée, comme le démontre le dénouement de la crise. Le présupposé du droit reste toujours la volonté, mais son maniement et son articulation changent profondément. Il ne s'agit pas d'un simple maquillage, mais – surtout avec Anzilotti<sup>310</sup> – d'une révolution copernicienne. Le Protocole en est l'icône, le symbole.

La théorie triepelienne de la *Vereinbarung*, souvent décriée, marque en réalité une étape cruciale dans le développement de la pensée juridique en droit international. Elle représente certainement, comme toute construction de l'intellect, une simplification<sup>311</sup> de la réalité et se fonde sur une fiction. Mais, il s'agit d'une fiction nécessaire afin de faire croître le droit international public, pour le conduire de la puberté à la maturité accomplie. Le droit international est devenu adulte grâce au positivisme volontariste qui opposa un puissant rempart aux négateurs du droit international. Par ailleurs, le

---

<sup>308</sup> Anzilotti (*op. cit.* (note 278), p. 61) témoigne clairement de la nécessité d'effectuer une refonte scientifique du droit international, lorsqu'il affirme: "credo con eguale fermezza, che, se non vogliasi insieme negare il diritto internazionale, ciò sia possibile soltanto ad un patto, che si affermi e si dimostri perentoriamente che questo diritto non cessa di essere quello che si è sempre inteso che fosse, un'autorità, un potere sopra gli Stati."

<sup>309</sup> Voir: A. Cavaglieri, *op. cit.* (note 152), p. 538.

<sup>310</sup> L'insigne juriste italien se sert de cette théorie pour bâtir *ex novo* l'édifice moderne de la responsabilité internationale de l'Etat, c'est dire sa fécondité.

<sup>311</sup> Notamment en ce qui concerne l'assimilation de la coutume à un accord tacite.

jusnaturalisme aussi en a tiré profit puisqu'il a été débarrassé de certains oripeaux difficilement conciliables avec la réalité effective des relations internationales. Le droit international quitta le cocon du jus naturalisme "naïf" et subit une thérapie de choc grâce au positivisme volontariste. Bref, ce fut une sorte de maladie d'enfance nécessaire à son développement. Dans une perspective évolutionniste (et poppérienne), on peut affirmer que c'est la théorie de Triepel qui provoqua le changement de paradigme de la discipline du droit international.

La théorie de la *Vereinbarung*, certes déjà contestable à l'époque, et *a fortiori* à l'heure actuelle, permit néanmoins – et ce n'est pas un petit mérite – d'affranchir le droit international de certaines hypothèses qui rendaient très fragile son fondement obligatoire. C'est d'ailleurs sous son égide qu'ont été réalisés les progrès les plus importants dans l'institutionnalisation de l'ordre juridique international: la Société des Nations, la Cour permanente de Justice internationale, le Pacte Briand-Kellogg, la floraison d'organisations internationales, etc. Elle a inauguré une véritable renaissance du droit international. C'est dire si cette conception du droit international public a pu servir de base, d'instrument efficace au développement du droit.<sup>312</sup> Elle fut éphémère, certes, mais elle a permis au droit international public de se revivifier et, surtout, de continuer à vivre plus fort et plus robuste encore: *Ex civitatis maximae voluntate salus!*

---

<sup>312</sup> Afin de dissiper tout malentendu, l'auteur tient à préciser qu'il n'adhère pas à cette théorie du droit international; il entendait uniquement évoquer ses mérites dans une perspective éminemment historique.