

LA JUSTICE, L'EQUITÉ ET LE DROIT INTERNATIONAL

par

Vladimir-Djuro DEGAN*

Je connais le Juge Nicolas Valticos depuis mon élection en tant qu'associé à l'Institut de Droit international en 1983. A l'époque, il accomplissait la fonction de Secrétaire général de l'Institut avec grand succès.

Personne honnête, charmante, ouverte et d'une rare compétence en droit international, Nicolas Valticos symbolise une synthèse de l'hellénisme, qui est son patrimoine culturel, et des valeurs de la civilisation moderne, qui sont le patrimoine commun de nous tous les internationalistes du monde. Nous, les autres internationalistes ne sommes parfois pas pleinement conscients de ce que nous devons à l'héritage de la philosophie hellénique.

Par sa culture et sa formation, Nicolas Valticos symbolise peut-être plus que les autres internationalistes de notre époque le pont entre la pensée des philosophes grecs, d'Aristote avant tout, et celle de St. Thomas d'Aquin, d'Hugo Grotius et de la pléiade des autres pères fondateurs du droit des gens. Il a été au surplus le juge *ad hoc* dans un nombre d'affaires se rapportant aux délimitations des espaces maritimes devant la Cour de La Haye. D'où le choix du titre de ce livre qui est "Droit et Justice". D'où le choix du thème de ma contribution modeste en son honneur¹.

*
* *

1. Dans la discussion du présent sujet le premier problème qui se pose est la notion même de la justice. Il semble qu'aucune discussion du contenu de la jus-

* Professeur à la Faculté de droit de Rijeka; membre de l'Institut de Droit International.

J'ai déjà abordé le rapport entre la justice, l'équité et le droit il y a un quart de siècle dans mon livre: *L'équité et le droit international* (Martinus Nijhoff), La Haye 1970. Ce livre est devenu rare et il a même disparu de la plupart des bibliothèques. On envisagera en outre ici ce problème à la lumière d'une nouvelle convention de codification. On touchera enfin au problème des délimitations maritimes.

tic ne peut négliger la pensée d'Aristote exposée dans son *Ethique à Nicomaque*. Il semble également qu'à ce sujet ce philosophe a atteint les limites de la raison humaine que personne après lui n'a pu dépasser.

Selon Aristote: "la justice est une vertu accomplie non pas dans un sens absolu, et considérée dans l'homme pris isolément, mais dans les rapports qu'il peut avoir avec ses semblables..."². Or "la justice consiste dans une sorte de proportion..."³. Il a établi deux formes de la justice: distributive et commutative⁴.

La justice distributive se manifeste selon Aristote "dans une distribution de l'honneur, de l'argent ou de quelque autre chose qui doit être partagée parmi ceux qui prennent part à la Constitution"⁵, c'est-à-dire entre des citoyens égaux en droit. Cette forme de justice régit donc les relations entre la société et les individus. Elle consiste dans une répartition proportionnelle des avantages sociaux et des charges, communs aux citoyens, selon leur capacité, leurs mérites et leur contribution à la société.

La justice commutative est, en revanche, celle "qui a rôle rectificateur dans les transactions entre les hommes"⁶. Or cette justice commutative régit les relations entre particuliers, plus précisément, les relations mutuelles entre des citoyens égaux en droit. Elle a pour base l'égalité et la réciprocité puisqu'aucun individu ne peut exiger de l'autre plus qu'il ne donne lui-même.

Il y avait après Aristote des tentatives de répartition de la justice en plusieurs catégories, mais aucune n'a été généralement adoptée. Toutes les différentes catégories proposées ensuite se réduisent à la justice distributive ou commutative. Même le dicton fameux d'Ulpien: *Justitia est constant et perpetua voluntas jus suum quique tribuere* se rapporte à la justice distributive d'abord, mais aussi à la justice commutative.

L'idée de distinction entre les deux formes de justice par Aristote est tout à fait actuelle, mais avec des réserves importantes. Par exemple, Aristote n'avait pas conçu la justice commutative, qui consiste en équivalence et réciprocité, comme valable pour les rapports entre tous les êtres humains. Selon lui, les relations entre l'esclave et son maître, et même celle entre le fils et son père, ont été l'objet de la justice distributive. Il a même prétendu que l'esclave est l'objet de propriété et on ne saurait être injuste envers sa propriété⁷. Par conséquent le maître a été le juge suprême qui distribuait la justice à ses esclaves.

On peut dire que c'est seulement avec la Révolution française que la justice commutative a été introduite peu à peu dans les législations nationales, avec la même valeur pour tous les êtres humains. Mais il n'y a eu jusqu'à présent aucune idée absolue sur la justice valable pour toutes les époques de la civilisation humaine. Aristote avait donc raison de souligner, comme on l'a cité, qu'il s'agit d'une vertu qui ne peut être accomplie dans un sens absolu.

2 - Aristote: *Ethique à Nicomaque*, livre V, §1, 1129. Traduction en français par Barré.

3 - *Ibid.*, livre V, §3, 1131a.

4 - C'était St.Thomas d'Aquin qui a ainsi traduit ces termes en latin dans le 13ème siècle, dans son *Commentaire d'Aristote*. Ils sont aujourd'hui dans l'usage général.

5 - *Ibid.*, livre V, §2, 1130b.

6 - *Ibid.*, 1130b.

7 - *Ibid.*, livre V, §6, 1134b.

2. La notion de justice nous sera probablement plus claire après avoir envisagé son rapport avec le droit. Les deux notions paraissent à première vue synonymes. Ainsi les organes d'administration judiciaire sont toujours des organes de justice et jamais organes de ou du droit: il y a des Cours de Justice, non pas des Cours de ou du Droit ou même des Cours de la Loi ; il y a des ministères de la Justice, etc.

Tout cela n'est pas du hasard. Le postulat du droit doit être une certaine justice. Sur ce point une éventuelle dissonance entre les deux notions ne porte atteinte qu'au droit. Ainsi les tribunaux judiciaires statuent en appliquant le droit, mais leur devoir et leur fin consiste à rendre la justice. Les juges anglais prêtent serment: "*to do justice according to law*".

Assurément, de chaque application du droit ne doit pas nécessairement résulter la justice. Le droit peut être appliqué de manière à ce qu'une partie soit favorisée au détriment d'une autre, contrairement à l'intention du législateur, donc injustement. Une application irrégulière du droit peut résulter de son interprétation incorrecte. Le droit peut enfin être appliqué d'une façon trop rigide. Dans tous ces cas l'application du droit ne conduira pas à la justice mais à l'injustice.

On objectera probablement que tout droit est présumé être juste ou que chaque application correcte du droit conduit à la justice. En effet ce n'est pas loin de la vérité. Dans chaque Etat il y a une idée de la justice que le législateur s'efforce de réaliser par la législation. De ce point de vue on peut dire que la justice est toujours à peu près conforme à la volonté du législateur. Ainsi la justice aux Etats-Unis peut différer de la justice considérée comme valable en Chine, en Iran, etc.

Mais il existe en même temps une justice internationale, en voie de développement, qui par l'intermédiaire du droit international a une influence limitée à l'humanisation des rapports humains et tend à l'égalité de toutes les nations, à tous les Etats et de tous les individus.

La justice internationale se développe dans l'interpénétration du droit interne et du droit international dans les deux sens. Certains droits et libertés de l'individu, formulés d'abord, par exemple, dans la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen en 1789, ont été peu à peu repris par le droit interne d'un nombre d'autres Etats. Devenant ainsi des principes généraux de droit et reconnus par les nations civilisées, ils se sont en même temps transformés en règles du droit international positif.

Ensuite la pénétration est allée dans le sens inverse. Maintes conventions sur la protection des droits de l'homme et dans le domaine du droit humanitaire obligent les Etats parties à prendre les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application de leurs dispositions.

Il ne faut pas surestimer l'effet de ces règles juridiques puisqu'il y a maintes voies par lesquelles un Etat peut échapper aux obligations assumées. La violation flagrante de ces règles peut résulter aussi de la disparition des institutions étatiques. Mais il ne faut pas également négliger les résultats déjà accomplis. Les jugements prononcés à Nürenberg et à Tokyo et ceux qui devraient être prononcés par les tribunaux internationaux sur l'ex-Yougoslavie et sur le Rwanda, ont condamné la justice interne dans les pays respectifs et l'ont bannie d'une justice internationale.

L'idée même de la justice internationale a évolué au cours de l'histoire. L'idée que les monarques européens ont tenté d'imposer par la Sainte Alliance lors du Congrès de Vienne en 1815, en affirmant les principes de la légitimité, de

l'absolutisme et de l'intervention et en protégeant leurs sujets des idées révolutionnaires et libérales, ont été profondément différentes de l'idée de la justice internationale des Etats fondateurs des Nations Unies en 1945. La même idée a ensuite subi une nouvelle évolution jusqu'à nos jours.

Tout cela est tout à fait conforme à l'idée que nous avons du caractère relatif de la justice dans l'histoire. Elle n'est donc qu'une vertu, irréalisable dans le sens absolu, ce qu'Aristote avait affirmé à juste titre.

3. Le droit n'est cependant pas le seul instrument pour réaliser la justice. La justice peut être aussi rendue par l'intermédiaire de l'équité. Il se pose la question de savoir ce qu'est l'équité. La Cour internationale de Justice a dans certains de ses arrêts fait recours aux "principes équitables" en prétendant qu'il s'agissait en même temps des "principes et des règles du droit international" en matière de délimitation du plateau continental. Ces principes ont été souvent traités comme tels dans les écrits des savants.

S'il s'agissait de véritables règles du droit international positif, la question se pose de savoir pourquoi la Cour a eu recours à l'équité et ne les a pas appliquées comme telles, soit en tant que règles coutumières, soit en tant que principes généraux de droit.

Quand on prétend que les "principes équitables" constituent une réserve des principes, à part des règles déjà transformées en droit international positif, il faudrait préciser leur contenu de telle manière que leur application mène dans la pratique à des résultats prévisibles. Mais personne, y compris la Cour, n'a jamais réussi une telle tâche⁸.

Il ne nous reste donc que la définition proposée dans le dictionnaire d'André Lalande d'après laquelle l'équité est:

"Sentiment sûr et spontané du juste et de l'injuste ; en tant surtout qu'il se manifeste dans l'appréciation d'un cas concret et particulier"⁹.

Par conséquent l'équité ne consiste pas en des règles objectives, de caractère juridique ou autre. Dans ce sens l'équité n'est pas la même chose que *Equity* qui fait partie du droit anglo-américain et dont certaines règles sont communément reconnus comme des principes généraux de droit.

Ledit sentiment spontané est le plus important dans le règlement judiciaire et arbitral des différends internationaux, puisque par sa sentence le juge rend la justice aux parties. Ce n'est pas la même chose dans les négociations des Etats en vue de conclure un nouvel accord. En effet, pour chaque partie ses propres réclamations sont justes et équitables et celles de la partie opposée peuvent sembler irrationnelles, démesurées et inéquitables. Et bien que chaque nouveau traité soit la base juridique des relations futures de toutes ses parties, la solution adoptée ne doit pas nécessairement être juste. Elle peut constituer une transaction.

L'équité n'est donc qu'un sentiment subjectif du juge ou plus précisément un réflexe que la solution potentielle d'une affaire n'est pas injuste.

⁸ Le contenu des "principes équitables" formulés dans l'arrêt de la Cour de La Haye dans l'affaire *Libye/Malte* de 1985, manque de précision. Ils sont loin des règles prévoyant certaines pratiques des Etats, étant comme telles interdites, ou permises ou obligatoires. Cf., *CJ* 1985, par. 46.

⁹ Lalande: *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, 9e édition, Paris 1962, p. 295.

Or l'équité mène aussi vers la justice, mais d'une façon tout à fait autre que le droit. Elle est aussi un instrument de la justice, mais un instrument qui peut avoir des conséquences très différentes de celles du droit.

4. A notre époque le rapport entre l'équité et le droit a une très grande importance pratique, notamment en matière de la législation et du règlement judiciaire et arbitral des différends. Et c'est toujours grâce à Aristote qu'on peut établir une base de leur interdépendance:

"...ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, bien qu'il soit juste, n'est pas exactement conforme à la loi, mais plutôt une modification avantageuse du juste qui est rigoureusement légal. Cela vient de ce que toute loi est générale, et qu'il y a des cas sur lesquelles il n'est pas possible de se prononcer généralement avec une parfaite justesse. Et par conséquent, dans les choses sur lesquelles la loi est obligée de s'expliquer d'une manière générale, quoique ses décisions ne soient pas susceptibles d'une extrême précision, elle embrasse ce qui arrive le plus communément, sans se dissimuler l'erreur qui peut résulter de ses décisions, et elle n'en est pas moins ce qu'elle doit être ; car l'erreur ne vient ni de la loi, ni du législateur, mais de la nature même de la chose, puisque la matière des actions humaines est précisément telle... et telle est précisément la nature de l'équité ; elle remède à l'inconvénient qui naît de la généralité de la loi."¹⁰

Le grand philosophe grec a ainsi envisagé certains problèmes de législation qui sont pour ainsi dire éternels. Son mérite est d'autant plus grand qu'à son époque la législation des minuscules Etats helléniques n'était pas très développée, contrairement à celle de l'Empire romain ou de notre époque.

Aristote a aperçu tout d'abord certains faits qui sont totalement ignorés par la doctrine volontariste du droit à partir du 19^{ème} siècle. Les volontaristes assimilent le droit positif à tout ce qui est prescrit par le pouvoir souverain d'un ou de plusieurs Etats, même si certaines de ces règles soient en contradiction avec les exigences de la morale, avec la raison, ou avec la nature sociale de l'homme.

Aristote a donc déjà signalé qu'il y a des cas sur lesquels il n'est pas possible de se prononcer généralement avec une parfaite justesse. Car l'erreur ne vient ni de la loi, ni du législateur, mais de la nature même de la chose, puisque la matière des actions humaines est précisément telle. On verra dans la suite de notre exposé que dans certains domaines des relations internationales aucune règle objective du droit, prescrite d'avance et menant à des résultats prévisibles, n'est possible. Dans le cas où dans un tel domaine les règles du droit positif sont quand même prescrites, leur application conduit soit à des résultats contraires de ce que le législateur a voulu, soit à des résultats qui sont manifestement absurdes ou déraisonnables.

D'autre part, dans les domaines où la législation est possible et même souhaitable, Aristote a envisagé l'équité en tant que remède aux inconvénients de la généralité de la loi¹¹.

10 -Op. cit., livre V, §10, 1137b.

11 - Il n'est donc point possible d'être d'accord avec la conclusion suivante: "...Aristotle's emphasis on the universality of law, reflective of natural law theory, suggests an all-inclusive, rationally discernable legal order...". Christopher R. Rossi: *Equity and International Law: A Legal Realist Approach to International Decision making*, New York 1993, p.23. Lorsque Aristote avait discuté de la "généralité de la loi" il n'a eu rien de semblable en vue. Il nous semble d'ailleurs trop simpliste de prétendre que l'équité soit une source du droit international ou confondre l'ensemble des principes généraux de droit avec les "principes équitables". Tandis que la répétition de certaines pratiques peut conduire à l'émergence de principes juridiques nouveaux basés sur la raison, la raison n'est quand même pas la même chose que l'équité du juge dans le règlement d'une affaire concrète.

Une loi quelconque a pour but de régler les rapports ou les conduites humaines, d'une manière déterminée et unique, pour le nombre illimité et imprévu de ces rapports à l'avenir. La fin de cette action du législateur est d'abord de régler la conduite humaine en général. Mais le législateur, épris de justice, a tendance également à réaliser à la fois une légalité et une sécurité juridique et sociale des citoyens. Ce sont là aussi les fins les plus importantes de la justice en général. La légalité a pour but d'exclure l'arbitraire, puisque l'arbitraire conduit à l'injustice.

Pendant, comme Aristote l'a signalé, quand un législateur régleme par l'intermédiaire de la loi un certain l'ensemble de rapports humains, il risque toujours de se rendre injuste à l'égard d'un certain nombre de rapports plus spécifiques, auxquels cette loi générale est applicable. Ce n'est pas donc la conséquence d'une mauvaise volonté du législateur, mais la conséquence de son incapacité à éviter ce risque.

C'est l'équité qui apparaît ici. Sur cette base on peut rendre la justice en fonction des particularités de chaque cas concret, puisqu'on n'applique pas la loi générale prescrite antérieurement, au cas surgi postérieurement. Dans ce cas il n'y a pas de situations imprévues ou mal prévues, puisque la justice se fait pour chaque cas concret.

Ainsi si on substitue au droit l'équité, ce qui ne fut pas l'idée d'Aristote, on éviterait le plus grand nombre des problèmes d'application des règles juridiques et peut-être un petit nombre de cas particuliers y trouveraient une solution plus juste et plus appropriée qu'à travers le droit. Mais les risques de l'équité du juge sans limite aucune sont beaucoup plus grands. En tant qu'un sentiment subjectif ou un réflexe, l'équité est différente selon les individus et dépend de maints facteurs personnels comme l'éducation, la profession, l'âge, le niveau intellectuel et beaucoup d'autres éléments difficiles à expliquer. Donc ce qui est juste pour une personne ne l'est pas nécessairement pour une autre. Une telle équité du juge mènerait à l'arbitraire et échouerait dans son but suprême: rendre la justice.

C'est ce qui apparut en Europe avant les grandes codifications du droit civil. Le juge avait un pouvoir très large puisqu'il n'était presque pas encadré de règles juridiques. Un dicton avait surgi en France: "Dieu nous garde de l'équité des Parlements!".

Mais l'équité peut être conçue d'une manière propre, non comme étant substituée au droit, mais de la même façon qu'Aristote l'avait conçue. Elle peut consister en une appréciation critique et permanente du droit, de son application et de son interprétation.

*
* *

En droit international positif plus qu'en droit interne, il est possible de concevoir l'équité sous trois aspects: *infra legem*, *praeter legem* et *contra legem*. Vu le problème difficile des lacunes dans l'ordre juridique international, nous exposerons d'abord sa première et sa troisième fonction.

5. L'équité *infra legem*. L'Institut de Droit international a adopté le 3 septembre 1937 sa résolution sur: "La compétence du juge international en équité". Après avoir souligné qu'il n'avait pas l'intention de s'attacher à l'interprétation

des textes conventionnels en vigueur, dans le paragraphe premier de sa résolution l'Institut a émis l'avis:

"1° que l'équité est normalement inhérente à une saine application du droit, et que le juge international, aussi bien que le juge interne, est, de par sa tâche même, appelé à en tenir compte dans la mesure compatible avec le respect du droit..."¹²

Donc, même en absence d'une autorisation expresse des parties au litige à cette fin, le juge sera inspiré par l'équité dans l'application de chaque règle juridique. Cette équité peut être exercée en particulier dans tous les cas où le droit positif laisse au juge une marge d'appréciation discrétionnaire. Il en est ainsi quand il s'agit de l'évaluation de dommages et de la détermination de la compensation, de la fixation des intérêts de la somme allouée par le jugement, de la répartition des frais de procédure quand il y a lieu, et enfin dans la détermination des délais. Au surplus, l'appréciation des preuves et des faits au cours de la procédure, le recours à la notion de l'abus de droit, et l'interprétation des textes ambigus, peuvent parfois imposer au juge le choix entre plusieurs solutions. Dans ces cas-là il sera guidé par des considérations d'équité.

Mais, comme il est impliqué dans la résolution de l'Institut, cette fonction de l'équité, qui est *infra legem*, n'autorise pas le juge à dépasser le sens clair d'un texte législatif ou conventionnel qu'il est appelé à appliquer. Il n'est non plus autorisé à remédier aux imperfections du droit, ou à corriger ses résultats peu justifiés. Il doit appliquer de bonne foi le droit positif, tel qu'il est.

6. L'équité *contra legem*. En droit international cette fonction est liée au pouvoir du juge de statuer *ex aequo et bono*, si toutes les parties à un litige sont d'accord. Un tel pouvoir est prévu dans l'article 38(2) du Statut de la Cour internationale de Justice. Mais dans aucune affaire jusqu'à présent les parties n'ont muni la Cour de La Haye d'un tel pouvoir. Ainsi dans le paragraphe 2 de sa résolution de 1936, l'Institut de Droit international a énoncé que :

"2° le juge international ne peut s'inspirer de l'équité pour rendre sa sentence, sans être lié par le droit en vigueur, que si toutes les parties donnent une autorisation claire et expresse à cette fin."¹³

Il nous semble possible quand même de déterminer ce pouvoir du juge, même en l'absence de jurisprudence en la matière. En statuant *ex aequo et bono*, le juge peut aller jusqu'à sacrifier certains droits subjectifs des parties en faveur de la justice, pour établir de nouveaux rapports. De cette façon il peut interpréter leurs accords mutuels d'une manière beaucoup plus libérale que par ailleurs ; il peut les réviser ou même les abroger. Cette tâche de statuer *ex aequo et bono* est en son essence une tâche de législateur, qui n'est néanmoins pas tout à fait *contra legem*. En cette qualité le juge ne peut pas faire ce que les parties ne peuvent faire elles-mêmes lorsqu'elles négocient un traité.

Tout d'abord, en fixant par son arrêt la nouvelle base juridique pour les parties, le juge ne peut pas méconnaître les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), puisque tout traité qui est en conflit avec une telle norme est nul. Ensuite, il doit respecter au maximum les droits des Etats tiers qui ne lui

12 - Cf., Institut de Droit international, *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Bâle 1957, pp. 161-162.

13 - *Ibidem*.

ont pas conféré un tel pouvoir. Donc, un traité multilatéral, ou un traité avec des Etats tiers, ne doit nullement être interprété librement, ni même révisé ou abrogé.

Il y a néanmoins des points qui sont communs au juge qui statue en équité et à son collègue qui statue en droit. L'un et l'autre doivent faire preuve de la plus grande impartialité possible devant les réclamations contradictoires des parties. L'un comme l'autre rendent par leurs sentences la justice, bien que leurs voies soient différentes. Une décision rendue *ex aequo et bono* n'est donc pas une transaction.

7. L'équité *praeter legem*. Cette fonction de l'équité est sans doute la plus délicate puisqu'elle touche au problème difficile des lacunes et des insuffisances du droit international positif. Il y a des auteurs qui nient l'existence des lacunes dans l'ordre juridique international, ce qui n'élimine par exemple pas le problème de l'arbitre lorsqu'il est confronté aux insuffisances du compromis établi par les parties. Ce compromis peut être limitatif et n'autoriser pas l'arbitre de juger l'affaire sur la base de l'ensemble des règles applicables du droit international.

A titre d'exemples qui font apparaître la plupart de ces problèmes, on peut invoquer brièvement certaines dispositions de la Convention de Vienne de 1983 sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat.¹⁴ L'équité revêt dans ces dispositions une double fonction.

Dans les cas où cette Convention prévoit des règles matérielles, soit *de lege lata* ou *de lege ferenda*, se rapportant à certaines catégories des biens d'Etat immeubles et meubles de l'Etat prédécesseur, elle prévoit parfois des "compensations équitables". C'est pour remédier aux effets trop rigides de leur application en poursuivant la maxime: *summum jus, summa injuria*.

Ainsi, en cas de séparation des nouveaux Etats successeurs de l'Etat prédécesseur qui continue d'exister, et en cas de dissolution totale d'un Etat prédécesseur et de création sur son territoire d'Etats successeurs nouveaux, la Convention confirme la règle bien établie dans la pratique antérieure selon laquelle les biens d'Etat immeubles de l'Etat prédécesseur passent à l'Etat successeur dans le territoire duquel ils se trouvent¹⁵.

Mais il se peut que les biens d'Etat immeubles (et meubles) de l'Etat prédécesseur soient très inégalement réparties entre les Etats prenant part à la succession. Pour de telles situations le paragraphe 2 commun aux articles 17 et 18 prévoit que leurs dispositions "sont sans préjudice de toute question de compensation équitable" entre l'Etat prédécesseur et l'Etat successeur (ou entre les Etats successeurs) qui pourraient se poser à la suite d'une succession d'Etats.

En matière de certaines catégories des biens, archives et dettes d'Etat de l'Etat prédécesseur qu'il faut répartir entre plusieurs Etats, il est bien évident qu'aucun critère de répartition fixé d'avance n'est possible. C'est le cas: a) des biens d'Etat immeubles de l'Etat prédécesseur situés en dehors de son territoire ;

14 - Bien que cette Convention ne soit pas entrée en vigueur et peut-être n'entrera jamais, l'ensemble de ses dispositions est une base utile dans toute négociation sur la succession d'Etats. Le juge ou l'arbitre international, lorsqu'il décide les différends de cette sorte, ne peut pas négliger ces dispositions, dont la plupart constitue du *jus dispositivum*. Le Rapporteur spécial de la Commission du Droit international dans cette matière a été Mohammed Bedjaoui.

15 - Voir à ce sujet l'article 17 (1a) et l'article 18 (1a) de cette Convention. Quant aux biens d'Etat meubles de l'Etat prédécesseur qui ont précédemment été liés à son activité en relation avec les territoires auxquels se rapporte la succession d'Etats, les articles 17 (1b) et 18 (1c) prévoient qu'ils passent à l'Etat successeur concerné aussi. Il s'agit cependant d'une disposition *de lege ferenda* qui ne s'est pas encore confirmée dans la pratique. Ces biens doivent donc être réparties entre tous les Etats intéressés.

b) des biens d'Etat meubles qui n'ont pas été liés à l'activité de l'Etat prédécesseur en relation avec le territoire d'aucun des Etats successeurs ; c) de la plupart des archives de l'Etat prédécesseur en cas de sa dissolution ; et enfin d) des dettes non localisées de l'Etat prédécesseur. Pour toutes ces situations la Convention prévoit que les biens, archives et dettes de l'Etat prédécesseur passent aux Etats successeurs "dans des proportions équitables" ou "d'une manière équitable".

Dans ces cas-là les Etats intéressés, ou un juge international lorsqu'il est compétent de juger l'affaire, doivent prescrire des critères de répartition *ad hoc*, basés sur l'équité et tenant compte de toutes les circonstances pertinentes. Ces critères de répartition doivent en principe être les mêmes pour les différentes catégories des biens et des dettes d'Etat. L'équité se rapproche ainsi d'une fonction législative *ad hoc*¹⁶.

8. Tenant compte de l'espace limité de la présente contribution on ne peut qu'exposer ici certaines réflexions sur le rôle de l'équité dans les délimitations maritimes¹⁷. Il y a à ce sujet une riche jurisprudence, aussi bien qu'une vaste littérature. Elles recèlent de maintes contradictions, voire des confusions terminologiques.

On ne peut pas prétendre que dans ce domaine les règles juridiques ne sont point possibles. En matière de délimitation de la mer territoriale il existe une règle du droit international positif. Elle est consacrée par l'article 12(1) de la Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958 et ensuite confirmée par l'article 15 de la Convention des N.U. sur le droit de la mer de 1982 (ci-après: "la Convention de 1982"). Selon cette règle, à défaut de certaines exceptions spécifiquement prévues (l'accord contraire, le titre historique ou les autres circonstances spéciales), la ligne médiane constitue la base d'une telle délimitation.

Pendant, ce qui nous intéresse ici est le principe "équidistance — circonstances spéciales". Il est prévu dans l'article 6 de la Convention de 1958 sur le plateau continental, mais rejeté par l'arrêt de la Cour de La Haye de 1969 dans les affaires sur le *Plateau continental de la mer du Nord*. Vu que ce principe n'a pas trouvé sa place dans les articles 74 et 83 de la Convention de 1982, on ne peut plus prétendre qu'il s'agit d'une règle positive du droit international général, se rapportant à la délimitation soit de la zone économique exclusive, soit du plateau continental.

Mais sur la base notamment des récentes décisions dans l'affaire des îles *Saint-Pierre-et-Miquelon* (Canada/France) de 1992 et dans l'affaire *Jan Mayen* (Danemark/Norvège) de 1993, nous voudrions démystifier quelque peu le rôle de l'équité dans cette matière¹⁸. A notre avis il faut distinguer les opérations de délimitation où le rôle de l'équité du juge n'est d'aucune importance, de celles où ce rôle est soit minime soit très important.

16 - Pour une analyse plus détaillée, V.D. Degan: "Equity in Matters of State Succession", *Essays in Honour of Wang Tieya*, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 201-210. Voir une revue de la pratique de la Commission d'Arbitrage de la Conférence sur l'ex-Yougoslavie, en tenant compte des "compensations équitables", "proportions équitables" ou "résultat équitable", V.D. Degan: "State Succession, Especially in Respect of State Property and Debts", *The Finnish Yearbook of International Law* 1993, Vol. IV, pp. 130-193.

17 - Il nous reste de corroborer dans un autre article nos conclusions exposées ici avec les données de la jurisprudence internationale.

18 - Voir notre revue critique de la jurisprudence en la matière jusqu'en 1985, "Equitable Principles in Maritime Delimitations", *Le droit international à l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, Milano (Giuffrè) 1987, pp. 107-137. Voir aussi, P. Weil: *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, Paris 1988, pp. 125-142, 203-293.

a) Toute délimitation des espaces maritimes commence par le tracé d'une ligne médiane provisoire dans la zone de délimitation¹⁹. Le juge doit ensuite peser soigneusement les circonstances spéciales en vue de parvenir à une délimitation à son avis équitable, ce qui constitue sa fonction dans l'administration de la justice²⁰.

b) Dans la délimitation entre Etats dont les côtes se font face en particulier, outre une ligne médiane, il faut à titre provisoire tracer des lignes éloignées de 200 miles à partir des lignes de base de la côte de chacun des Etats en litige. Là où la projection des côtes des deux parties vers le large se confond avec la projection des côtes des Etats tiers, s'arrête la zone de délimitation des parties litigieuses. Là où une telle projection ne fait obstacle d'aucune autre côte, le juge déterminera la pleine limite extérieure de 200 miles à chacune des parties, comme il a été fait dans l'affaire de 1993 (Canada/France)²¹.

Enfin, là où les projections des côtes des parties litigieuses se chevauchent, commence la tâche du juge ou de l'arbitre²². Et dans une telle zone seulement le juge peut exercer une certaine équité. Donc, dans toutes les autres opérations décrites ci-dessus ce ne sont que les règles juridiques et la géométrie qui comptent, pas l'équité.

c) En vue de décrire le rôle de l'équité dans les délimitations maritimes, il faut commencer avec les situations les plus simples et procéder à celles qui sont plus difficiles à résoudre.

Dans les circonstances idéales et probablement non-existantes des côtes de deux Etats se faisant face à la même distance, et de la même étendue de leur "littoral concerné", la ligne médiane sera la ligne de délimitation la plus juste dans tous les aspects possibles.

Dans une délimitation latérale une situation idéale consisterait en une côte rectiligne et sans présence d'îles, îlots, ou hauts-fonds découvrants à sa proximité. L'application du principe de l'équidistance produirait ici une perpendiculaire à la côte à partir du point de l'intersection de la frontière terrestre avec le littoral. Donc, dans une telle situation idéale la ligne médiane coïnciderait avec la perpendiculaire à la direction générale de la côte. Strictement parlant, il n'existe pas ici une "zone de chevauchement des titres juridiques" qu'il faudrait diviser.

19 - Même la Cour de La Haye a admis ce fait dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* en constatant que l'emploi de la méthode de l'équidistance pourrait aboutir à des résultats "extraordinaires, anormaux et déraisonnables" Cf., C.I.J. Rec. 1969, p. 24, par. 24. Mise à part une seule affaire citée dans la note suivante, ce tracé peut être identifié dans toutes les autres affaires. Pour cette raison il ne faut pas attribuer une importance excessive aux déclarations contraires de la Cour elle-même, notamment à celle dans l'affaire Libye/Malte de 1985: "La Cour ne saurait admettre que, même comme étape préliminaire et provisoire du tracé d'une ligne de délimitation, la méthode de l'équidistance doive forcément être utilisée", ni qu'il incombe à la Cour "d'examiner en premier lieu les effets que pourrait avoir une délimitation selon la méthode de l'équidistance." (C.I.J. Rec. 1982, p. 79, par. 110)..." Cf., C.I.J. Recueil 1985, p. 37, par. 43. Exactement dans cette affaire-là la Cour a tracé dans une première étape une ligne médiane et l'a ensuite ajustée par sa translation vers le nord de 18' de latitude en faveur de la Libye. Cf., C.I.J. Rec. 1985, p. 56, par. 78, et p. 57, par. 79 C et D. Il semble donc plus important de discerner comment la Cour a agi dans une opération concrète de délimitation, de ce qu'elle a elle-même déclaré.

20 - L'affaire Libye/Tunisie de 1982 semble être la seule à contredire cette approche. La raison en a été que les deux parties en litige ont considéré la ligne d'équidistance comme inéquitable. Cf., C.I.J. Rec. 1982, p. 79, par. 110.

21 - Cf., *Revue générale de droit international public* 1992, (RGDIP), No.3, p.700, par.70.

22 - Il est vrai que par leur compromis les parties peuvent autoriser le juge ou l'arbitre de ne délimiter qu'une portion de leur zone de chevauchement. Mais il ne peut pas pénétrer par sa décision aux étendues qui constituent les zones de chevauchement de chacune des parties avec les Etats côtiers tiers dans la même région, à défaut de leur demande approuvée à fin d'intervention.

d) Les circonstances spéciales justifiant l'écart de la ligne médiane peuvent être la présence d'îles, îlots, ou hauts-fonds découvrants à la proximité de la côte, ou la disparité des longueurs des côtes des parties dans la zone de délimitation (Malte par rapport à la Libye ; St. Pierre-et-Miquelon face à la côte canadienne ; et l'île de Jan Mayen face au bord du Groenland oriental). Donc, les caractéristiques géographiques sont au cœur du processus de délimitation, comme l'a constaté à juste titre le Tribunal arbitral (Canada/France) en 1992²³.

Dans une délimitation latérale qui est plus compliquée que le cas précédent, la forme fortement concave ou convexe de la côte ou la présence d'îles, îlots, récifs et hauts-fonds découvrants dans la zone de délimitation, peuvent donc justifier un écart considérable de la ligne médiane en vue que chaque Etat obtienne une partie équitable de la zone à délimiter.

La configuration géographique des côtes des parties dans une baie a pour conséquence des problèmes encore plus complexes. Dans la zone proche de la côte il s'agit d'une délimitation latérale. Mais dans la zone plus éloignée il s'agirait plutôt d'une délimitation entre les côtes se faisant face. Cela pourrait exiger le tracé d'une ligne de délimitation s'infléchissant en plusieurs angles. Il appartient donc à la responsabilité du juge ou de l'arbitre de déterminer plusieurs secteurs de délimitation à cette fin.

Certaines autres circonstances spéciales ont été discutées dans les décisions judiciaires que, faute d'espace, on ne peut pas exposer ici. Mais à partir de 1982 les caractéristiques géographiques se sont avérées les plus importantes.

e) L'équité du juge ou de l'arbitre se manifeste dans le poids à attribuer à chacune des circonstances spéciales, soit dans l'ajustement ou le déplacement de la ligne médiane, ou dans le tracé d'une ligne différente²⁴.

Dans une situation géographique qui est plus proche de celle qu'on a décrite ci-dessus comme idéale, le rôle de l'équité du juge sera modeste. Mais il n'est presque pas probable qu'il s'occupera dans la pratique d'une telle affaire. Dans de telles circonstances géographiques simples les parties s'accorderont elles-mêmes sur une ligne médiane, ou sur une ligne médiane modifiée, comme leur frontière maritime, et le différend ne surgira pas. Le juge et l'arbitre s'occupent donc de situations difficiles à résoudre, où le plus souvent ils ne peuvent remplir leur tâche sans recourir à l'équité. Pour cette raison il est totalement faux de prétendre que la Cour de La Haye a rejeté dans sa pratique la ligne médiane. Simplement, elle n'a pas eu l'occasion de l'appliquer.

f) Donc, dans le domaine des circonstances spéciales et pertinentes justifiant l'écart de la ligne médiane en faveur de l'une ou de l'autre des parties, l'équité du juge et de l'arbitre a joué un rôle important. Et dans ce domaine l'accumulation des précédents de la jurisprudence, basés sur l'équité du juge, et offrant certaines solutions de caractère général, a pu créer des véritables règles juridiques en matière de délimitation maritime²⁵. Tous les autres "principes équitables"

23 - RGDIP 1992, p.689, par. 24.

24 - Peu importe à ce sujet la différence entre les termes "circonstances spéciales" et "circonstances pertinentes", dont s'est préoccupé en particulier l'arrêt de la Cour de La Haye dans l'affaire *Jan Mayen*. Cf., C.I.J. *Rec.* 1993, pp.62-63, par. 54, 56. Les circonstances sont spéciales par rapport à la ligne médiane tracée à titre provisoire, donc à l'égard du recours au principe de l'équidistance. Lorsque ces circonstances ne sont pas en même temps "pertinentes", elles ne sont d'aucune importance pour l'opération de délimitation d'un espace maritime.

25 - Nous sommes toujours réticents de discerner et de formuler ici les règles juridiques apparues ainsi. Mais leur création nous semble fort probable pour l'avenir. Il est donc certain que par la prolifération des

n'ont été à notre avis que de pures considérations du juge en vue de justifier aux parties le bien-fondé de la ligne de délimitation déterminée par lui.

g) Bien qu'on puisse s'attendre dans la jurisprudence répétée à l'apparition de certaines nouvelles règles juridiques en matière des délimitations maritimes, l'application simple de l'ensemble de ces règles n'offrira jamais des solutions parfaites pour toutes les situations possibles. Dans les affaires complexes portées par les parties devant les juridictions internationales, les délimitations maritimes, aussi bien que les délimitations terrestres, resteront une œuvre d'art juridique, comme l'a conclu dans un contexte différent le feu Charles Rousseau pour l'interprétation des traités²⁶. Il s'agit donc ici de l'exercice de l'équité *praeter legem*.

h) On pourrait enfin se demander s'il s'agit dans ces opérations, de délimitation au sens strict du terme, ou plutôt de répartition équitable par le juge des espaces maritimes à l'une et à l'autre des parties par la ligne qu'il détermine. Ce n'est pas pour nous un problème de première importance. De même, une véritable répartition des espaces maritimes au titre de la justice distributive, ne serait pas contraire au but visé par les règles conventionnelles qui consiste "d'aboutir à une solution équitable".

Zagreb, le 19 mai 1997.

décisions judiciaires sur les délimitations maritimes, de telles règles deviendront inévitables. D'autre part, une jurisprudence continue peut corriger ou démentir les déclarations antérieurement négatives de la Cour sur l'existence de certaines autres règles juridiques.

26 - Cf. C. Rousseau: *Principes généraux du droit international public*, tome I, Paris 1944, p. 725.

MÉLANGES
EN L'HONNEUR
DE
NICOLAS VALTICOS
Droit et justice

*Sous la Direction
de*

René-Jean DUPUY

Coordinateur

L.A. SICILIANOS,
Professeur agrégé à l'Université d'Athènes

PARIS

ÉDITIONS A. PEDONE

13, rue Soufflot

1999