

TRAITÉ ET COUTUME DANS LE DROIT DE LA MER

V. D. Degan

Position du problème

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-dessous: "La Convention de 1982") a été appelée "la nouvelle charte des droits et devoirs des États sur les mers et océans et comme le traité constitutif du nouvel ordre mondial des fonds marins".¹ Certains auteurs l'ont considérée comme le plus important traité jamais conclu dans l'histoire de l'humanité.

Dans ces appréciations il y a des exagérations évidentes. Mais la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a été convoquée et tenue sans aucun doute avec des grandes ambitions. Dans le préambule de la Convention, adoptée et signée le 10 décembre 1982, il est précisé que ses États parties furent animés du désir de régler "tous les problèmes concernant le droit de la mer" et qu'il est souhaitable d'établir par celle-ci "un ordre juridique pour les mers et les océans". Elle régleme en effet le régime de tous les espaces maritimes sauf les eaux intérieures des États côtiers.²

Cette Convention est finalement entrée en vigueur le 16 novembre 1994, donc à peu près douze ans après sa signature. Mais les puissances maritimes les plus importantes, parmi lesquelles notamment les États qui ont adopté leurs législations nationales sur les activités minières dans les grands fonds marins, ont été hostiles à

¹ Cf., *Jean-Pierre Quéneudec*: "Les incertitudes de la nouvelle Convention sur le droit de la mer" dans — Budislav Vukas (Ed.): *Essays on the New Law of the Sea*, Zagreb 1985, pág. 47.

² Voir sur ce sujet — *V.D. Degan*: "Internal Waters", *Netherlands Yearbook of International Law* 1986, págs. 3-44.

cette Convention aussi longtemps que l'Accord relatif à l'application de sa partie XI n'eût pas obtenu l'approbation générale.³ La partie XI concerne la Zone internationale des fonds marins.

*

Les espaces maritimes sont le domaine de coopération internationale où les règles juridiques ne sont pas de grande utilité si elles n'ont pas une portée juridique générale. Parce que toutes les mers et tous les océans forment un ensemble et sont liés mutuellement, c'est en faveur de la navigation, de la pêche et des autres utilisations légitimes des mers, que les règles uniformes et de portée universelle régissent tous les problèmes importants du droit de la mer.

Le droit de la mer est de ce fait un domaine particulier de réglementation juridique par les conventions de codification et de développement progressif. Ces conventions renferment des dispositions ayant "un caractère fondamentalement normatif et (peuvent) ainsi constituer la base d'une règle générale de droit".⁴ Bref, il s'agit des "dispositions normatives" ou des "normes impersonnelles" figurant dans les conventions de ce type.

Le droit de la mer est l'un des rares domaines qui a été complètement codifié à deux reprises après la deuxième guerre mondiale. Il s'agissait d'abord de quatre conventions de Genève du 29 avril 1949, adoptées et signées lors de la première Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer.⁵ Ensuite, c'est ladite Convention de 1982 qui est un instrument international beaucoup plus exhaustif et large.

Tous ces instruments sont donc les "conventions de codification et de développement progressif du droit international". Les conventions de ce type ont un double rôle dans le droit international.

Comme tous les autres traités elles régissent les rapports conventionnels entre les parties dès leur entrée en vigueur. A ces rapports s'appliquent donc les règles consacrées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 ("la Convention de 1969"), ainsi que les autres règles juridiques applicables à tous les traités.

³ "Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer", adopté par la Résolution 48/263 de l'Assemblée générale du 23 juin 1994.

⁴ Cf., la Cour internationale de Justice dans son arrêt de 1969, Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969, págs. 42-43, par. 72.

⁵ Ce sont: Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, Convention sur le plateau continental, Convention sur la haute mer et Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer.

Le fait d'une succession de conventions de codification portant sur la même matière soulève des problèmes entre les parties respectives. Ces rapports sont donc régis par ce même droit des traités.⁶ La résolution adoptée le 1er septembre 1995 par l'Institut de Droit international dispose dans sa Conclusion 5 ce qui suit:

"Les conséquences, sur le plan du droit conventionnel, d'une succession de dispositions de codification de conventions de codification portant sur la même matière découlent des dispositions de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités relatives aux priorités à respecter dans l'application des traités successifs portant sur cette matière. Le cas échéant, les dispositions des articles 40, 41 et 59 de cette Convention devraient également être prises en considération, étant donné qu'elles constituent sur bien des aspects une codification du droit coutumier existant dans les matières qu'elles couvrent."

*

Ce sont les dispositions normatives des conventions de ce type dont but dépasse les rapports conventionnels entre leurs parties qui nous intéressent beaucoup plus. Elles sont adoptées en vue de se transformer en droit coutumier général et d'obliger sur cette base tous les États-membres de la communauté internationale.

Un État qui devient partie d'une telle convention reconnaît ces règles à son égard comme possédant un caractère obligatoire *erga omnes*, donc non seulement sur une base strictement contractuelle entre ses parties. La participation à de telles conventions peut être prise, selon les circonstances, soit comme la pratique des États parties, mais de même comme expression de leur *opinio juris* quant à l'existence des règles coutumières générales.

Certaines règles normatives prévues dans ces conventions sont déjà déclaratoires du droit coutumier général existant au moment de leur signature. Mais les autres sont parfois de simples propositions *de lege ferenda* qui au début ne sont pas opposables aux États tiers à la convention en question. Cependant une participation suffisamment large à de telles conventions peut transformer même les règles de

⁶ Voir les rapports excellents, notamment sur cet aspect, par Sir Ian Sinclair dans l'Institut de Droit international, concernant "Problems arising from a succession of codification conventions on a particular subject", Annuaire de l'Institut de Droit international, Session de Lisbonne 1995, vol.66-I, Paris 1995, págs. 15-248. La résolution adoptée sera publiée dans l'Annuaire vol. 66-II.

lege ferenda en nouvelles règles du droit coutumier qui deviennent ensuite obligatoires sur cette base pour les États tiers, sauf en cas de leur opposition expresse.

Eduardo Jiménez de Aréchaga, ancien président de la Cour internationale, dans son cours à l'Académie de La Haye de 1978 a formulé trois modalités d'effet au droit coutumier, qui résultent des conventions générales de codification: a) l'effet déclaratoire; b) l'effet cristallisant; et c) l'effet constitutif ou générateur.⁷

Outre lesdites dispositions normatives ayant l'un de ces trois effets, chaque convention de ce genre prévoit inévitablement des stipulations du caractère purement contractuel. Elles ne sont donc pas destinées à se transformer en droit général, mais uniquement à lier les parties de la convention.

Il faut voir d'abord ces différents effets qui peuvent surgir des dispositions d'une convention de codification au moment de son adoption.

a) *L'effet déclaratoire*. Certaines dispositions normatives sont déjà reçues de droit coutumier, dans la mesure où la convention en question est simplement déclaratoire des règles existantes.⁸ Les parties à la convention n'assument pas par de telles dispositions des obligations nouvelles, n'acquièrent non plus les droits que tous les autres États, membres de la communauté internationale, selon le droit coutumier général positif ne possèdent pas. De telles dispositions ne sont que la preuve de l'existence et du contenu du droit coutumier. La portée juridique de ces règles coutumières ne dépend ni de l'entrée en vigueur, ni de la terminaison éventuelle de la convention qui les stipule. Ce sont les seules règles de codification pure dans le sens que *Charles Rousseau* a décrit comme: "la conversion des règles coutumières en un corps de règles écrites coordonnées et systématisées..."⁹

b) *L'effet cristallisant*. Les dispositions normatives destinées à servir au développement progressif du droit coutumier général appartiennent à une autre catégorie. Ces normes confirment les pratiques déjà existantes des États qui au moment de l'adoption de la convention respective n'ont pas atteint un degré nécessaire d'uniformité. Les règles en question n'ont pas encore été "acceptées comme étant le droit" (*opinio juris*) par la majorité nécessaire des États. Du point de vue du droit coutumier général elles sont toujours une *lex ferenda*.

⁷ Cf., *Eduardo Jiménez de Aréchaga*, "International Law in the Past Third of a Century", Recueil des Cours 1978, tome 159, págs. 14-22.

⁸ Cf., l'arrêt la Cour internationale de Justice de 1969, Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969, pág. 38, para.61.

⁹ Cf., *Charles Rousseau*. "Droit international public", tome I, Paris 1971, pág. 345.

Dans son arrêt de 1969 sur le *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour internationale de Justice a traité des conditions pour que les dispositions normatives se seraient depuis lors intégrées à l'ensemble du droit international général et seraient ensuite acceptées à ce titre par l'*opinio juris*, de telle sorte qu' désormais elles s'imposeraient même aux États tiers à la convention. Mais la Cour a fait remarquer que "on ne considère pas facilement ce résultat comme atteint".¹⁰ Voici les cinq conditions à cet égard, comprises dans cet arrêt:

1) "Il faut d'abord que la disposition en cause ait, en tout cas virtuellement, un caractère fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit".¹¹ Le caractère de ces règles a déjà été discuté.

2) Ces règles, "qui par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale... ne peuvent donc pas être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à la volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage."¹² Donc, les réserves à ces dispositions doivent être interdites aux parties.

3) Ensuite, "une participation très large et représentative à la convention suffit, à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés".¹³

4) Il faut que "la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu."¹⁴

5) Un bref laps de temps entre la signature de la convention et le moment d'appréciation "ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine."¹⁵

Les deux premières conditions prévues ci-dessus se rapportent également aux normes ayant l'effet déclaratoire du droit. Mais les cinq conditions sont *a fortiori* valables quant aux normes ayant l'effet générateur du droit coutumier, que nous discuterons tout de suite.

¹⁰ C.I.J. Recueil 1969, pág. 42, para.71.

¹¹ *Ibid.*, págs. 42-43, para.72.

¹² *Ibid.*, págs. 39-40, para.63.

¹³ *Ibid.*, pág. 43, para.73.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 44, para.74.

¹⁵ *Ibidem.*

c) *L'effet générateur*. Les dispositions normatives prévoyant des solutions complètement nouvelles aux problèmes nouveaux et aux situations objectives apparues appartiennent à la troisième catégorie. Au moment de l'adoption d'une convention de codification le processus coutumier dans le domaine concerné n'a pas encore commencé. Les règles posées ne peuvent être corroborées par aucune pratique des États, surgie avant l'adoption de la convention en question.

Les dispositions *de lege ferenda* sont-elles aussi visées pour se transformer en droit coutumier général comme celles ayant un effet cristallisant. Dans le texte de la convention elles sont formulées comme dispositions possédant virtuellement un caractère fondamentalement normatif ("*fundamentally norm creating character*"). Par leur nature elles doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale, et comme la Cour de La Haye dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* a précisé, elles ne peuvent être subordonnées aux réserves. Au surplus, la convention en question doit être ouverte à l'adhésion de tous les États du monde.

Ce sont les règles qui visent, à l'inverse de celles ayant l'effet cristallisant, une véritable "législation" sur le plan mondial.¹⁶ Mais ce terme de "législation" a dans le droit international un sens bien différent que dans le droit interne. Un corps législatif dans un État peut adopter des lois par la majorité requise et elles obligent ensuite toutes les personnes physiques et morales. Sur le plan international, il n'y a pas encore d'organes législatifs pouvant adopter des lois par une majorité quelle qu'elle soit. La "législation" a donc ici une portée bien différente. Elle est créée dans des conférences diplomatiques au cours desquelles sont adoptées les conventions générales de "codification", ouvertes à l'adhésion de tous. Si une telle convention acquiert une participation générale et suffisamment représentative des États, et si ses dispositions normatives ayant l'effet générateur sont confirmées par la pratique postérieure à la grande majorité des États, on pourrait réclamer que ses normes génératrices du droit nouveau se sont effectivement transformées en un nouveau droit coutumier général, qui devient ensuite obligatoire pour tous.

¹⁶ Les premiers progrès dans "la législation mondiale" ont été en effet certains accords multilatéraux, conclus par les principales puissances européennes inter se, au cours du 19^{ème} siècle. Des règles durables et de l'importance considérable ont été ainsi prévues dans le Règlement sur le rang entre les agents diplomatiques du 19 mars 1815, et dans la Déclaration de Paris sur le droit de guerre maritime du 16 avril 1856. Les États tiers à ces traités ne se sont pas permis de s'opposer aux règles prescrites à leur égard et ces traités ont ensuite été considérés comme étant partie du droit international général. A partir de la 1^{ère} Conférence Internationale de la Paix tenue à La Haye en 1899, ce processus s'est largement démocratisé, mais il a suscité de nombreux nouveaux problèmes que nous débattons.

Un tel processus "législatif" international porte cependant de grands risques d'abus de la part des États qui restent délibérément en dehors de la convention. Les États participants à une conférence diplomatique peuvent lutter au cours des négociations pour leurs propres intérêts et parvenir à les faire inclure dans le texte de la convention, faisant en même temps certaines concessions aux États ayant des intérêts différents.

Mais après l'adoption de la convention en question et même après la signature de celle-ci, aucun État participant, ou signataire, n'est juridiquement obligé d'y adhérer. Et si la convention ne prévoit pas des clauses de sauvegarde en faveur des parties contractantes, ses règles normatives sont ouvertes à un jeu *pick and choose*. Un État qui s'est soustrait à devenir sa partie peut ensuite tirer avantage de toutes ses dispositions normatives qui lui sont favorables, prétendant qu'il s'agit des normes ayant un effet déclaratoire ou au moins cristallisant du droit coutumier. Quant aux autres dispositions normatives qui lui ne sont pas acceptables ou imposant notamment des devoirs aux parties, un État tiers prétendra qu'il s'agit de dispositions purement conventionnelles, ne créant des obligations que pour les parties, et étant donc *res inter alios acta* à son égard.

C'est du sort de la Convention de 1982 sur le droit de la mer que nous discuterons plus tard.

4. *Les dispositions du caractère contractuel.* Comme tous les autres traités les conventions de codification prévoient obligatoirement les dispositions du caractère dit "contractuel", concernant leur signature, ratification, adhésion, entrée en vigueur, admissibilité de réserves, etc. Ces dispositions s'appliquent immédiatement après l'adoption du texte de la convention.

Appartiennent également à cette catégorie les dispositions concernant les procédures de règlement des différends sur l'application ou l'interprétation de la convention en question. Ces règles ne peuvent évidemment pas avoir un caractère coutumier et général. Ce sont en plus les autres règles qui prévoient certaines procédures et notamment celles constituant les organes permanents ou *ad hoc*.

*

Ladite classification des règles peut être appliquée à n'importe quelle convention de codification. Elle est elle-même soumise à une évolution et comme telle n'est valable qu'au moment de l'adoption de la convention en question. Ensuite, même avant son entrée en vigueur formelle, ses dispositions normatives ayant un effet cristallisant ou même générateur peuvent se transformer dans une courte période en règles déclaratoires du droit coutumier positif, ce qui est d'ailleurs leur objectif.

Dans le droit de la mer c'est particulièrement le cas avec pratiquement toutes les dispositions normatives prévoyant des nouveaux droits aux États côtiers, et notamment dans les espaces qui, auparavant, ont été soumis au régime de la haute mer.

L'exemple le plus évident en sont certaines dispositions normatives de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental. L'article 2 (3) de cette Convention prévoit que "Les droits de l'État riverain sur le plateau continental sont indépendants de l'occupation effective ou fictive aussi bien que de toute proclamation expresse".

Par suite de l'adoption de cette Convention tous les États côtiers du monde ont considéré de posséder leur plateau continental *ipso facto* et sans proclamation. Ils ne se sont pas sentis obligés de devenir à cette fin les États contractants de cette Convention ni d'attendre son entrée en vigueur. Avant 1958 la possession de ce plateau a été soumise à sa proclamation, comme c'est le cas à présent avec la zone contiguë et la zone économique exclusive.

Enfin, le fait que le droit de la mer a été l'objet de sa codification par les conventions générales à deux reprises, peut avoir une influence salutaire à la consolidation de ce qu'on apèle parfois "l'ordre juridique minimal sur les mers et les océans". La Résolution de l'Institut de Droit international de 1995, citée ci-dessus a précisé dans sa Conclusion 12:

"La répétition dans deux conventions de codification de la substance d'une même norme peut constituer un élément important pour établir l'existence de cette norme comme règle coutumière de droit international général."¹⁷

Sur la base exposée ci-dessus il ne semble pas très difficile d'établir l'état actuel du droit international général de la mer, ainsi que les tendances de son développement dans un avenir prévisible.

Cependant il faut commencer l'analyse par la situation existante à l'époque de l'adoption et de la signature de la Convention de 1982.

L'effet déclaratoire

Dans le droit de la mer il n'est par conséquent pas difficile de déceler les règles de ce genre à cause du fait que ce domaine a été

¹⁷ Voir les arguments — V.D. Degan, "Internal Waters", Netherlands Yearbook of International Law 1986, págs. 4-5, 37-39.

codifié dans sa totalité à deux reprises. Les parties de l'une ou des quatre Conventions de Genève de 1958 sont pratiquement toutes les puissances maritimes importantes, qui pour une ou plusieurs raisons hésitaient au début à adhérer à la Convention de 1982. En revanche, la Convention de 1982 a recueilli, jusqu'au 9 décembre 1984, les signatures de 155 États. Après l'adoption de l'Accord relatif à l'application de sa partie XI il faut espérer que les États-Unis et les autres puissances maritimes importantes deviendront bientôt ses parties elles aussi.

C'est pourquoi si la substance d'une même règle du caractère normatif est incorporée dans l'une des Conventions de 1958, et ensuite dans la Convention de 1982, on peut présumer, à défaut des indications contraires, qu'il s'agit d'une règle acceptée comme étant le droit coutumier général.

L'ensemble des règles concernant le régime juridique de la haute mer appartient à cette catégorie. Le préambule de la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer exprime d'abord le désir de ses parties "de codifier les règles du droit international relatives à la haute mer", et ensuite prévoit que ses dispositions "sont pour essentiel déclaratoires de principes établis du droit international". Donc, déjà en 1958 il s'agissait de pure codification. Les dispositions identiques dans la Convention de 1982 confirment seulement le fait que ce droit n'a subi des changements ultérieurs au moins après 1958. Le seul problème est que le développement du droit de la mer après 1958 a causé une réduction considérable des espaces soumis auparavant au régime de la haute mer.

Les dispositions identiques du caractère normatif sur le régime juridique de la mer territoriale, de la zone contiguë et du plateau continental appartiennent elles-aussi à la même catégorie. Les espaces maritimes soumis à ces régimes ont cependant augmenté au détriment de la haute mer et notamment au détriment de la nouvelle Zone internationale des fonds marins.

A cette même catégorie appartiennent presque toutes les dispositions concernant le tracé des lignes de base droites pour mesurer la largeur de la mer territoriale, ainsi que la règle concernant sa délimitation. Les règles importantes concernant récifs, embouchures de fleuves, ports, rades et hauts fonds découvrants ont la même portée.

Les dispositions de ce genre font donc partie de l'ordre juridique sur les mers et les océans, qui sont absolument incontestées.

L'effet cristallisant

Il s'agit de maintes dispositions normatives de la Convention de 1982 confirmant et convalidant les pratiques des États côtiers con-

cernant l'extension de leur souveraineté, leurs droits souverains, leur juridiction ou leur contrôle, sur les espaces qui ont été jadis les parties de la haute mer. La Convention de 1982 a fortement intensifié ce processus des appropriations nationales.

A ce groupe appartiennent donc d'abord les règles de cette Convention prévoyant l'élargissement de la mer territoriale à partir des lignes de base jusqu'à 12 milles, de la zone contiguë jusqu'à 24 milles et du plateau continental jusqu'à 200 milles marins. Virtuellement aucun État du monde ne s'oppose plus à ces nouvelles largeurs.

Les Parties IV et V de la Convention sur les eaux archipélagiques et sur la zone économique exclusive contiennent aussi des règles normatives ayant un effet cristallisant. Il est de même avec la plupart des règles des Parties XII et XIII sur la protection du milieu marin et sur la recherche scientifique marine. Toutes ces règles normatives prévoient les nouveaux droits et les nouvelles compétences au profit des États côtiers.¹⁸

On peut en effet discuter plutôt d'un point de vue abstrait de l'effet cristallisant desdites dispositions même au moment de l'adoption de cette Convention en 1982.

La Cour de La Haye a déclaré dans son arrêt sur le *Plateau continental* (Tunisie/Libye), qu'on put considérer la zone économique exclusive "comme faisant partie du droit international moderne".¹⁹ Cet arrêt a été rendu le 24 février 1982, donc avant que le texte de la Convention fût adopté à la troisième Conférence le 30 avril suivant.

Il en est de même avec les dispositions concernant les États archipels. La Convention prévoit un nouveau régime des eaux archipélagiques en leur faveur, tout en prévoyant en contrebalance un droit de passage inoffensif de tous les navires étrangers et un autre droit de passage archipélagique qui comprend aussi le survol. Il y a donc dans ce régime un équilibre des droits et des obligations de tous. Et du fait que les Philippines, l'Indonésie et les autres États archipels ont donné dès le début leur consentement à être liés par cette Convention et qu'ils ont observé toutes leurs obligations respec-

¹⁸ Il y a à ce sujet certaines limitations prescrites par les règles du caractère contractuel de la Conventions de 1982. La plus importante semble celle prévue dans son article 211 (6 a). Lorsque l'État côtier veut prescrire dans une partie de sa zone économique exclusive de mesures obligatoires spéciales pour la prévention de la pollution par les navires, il doit se soumettre à une procédure devant l'organisation internationale compétente (l'Organisation maritime internationale). En effet cette organisation prend la décision finale sur ces mesures spéciales.

¹⁹ Cf., C.I.J. Recueil 1982, pág. 74, par.100.

tives, donc même avant son entrée en vigueur, on peut conclure que ce régime pris dans son ensemble s'est déjà transformé en droit coutumier général.

Il en est probablement de même avec toutes les autres dispositions ayant le même effet. Ce sont certains droits nouveaux des États côtiers: celui d'employer la méthode des lignes de base droites là où la côte est extrêmement instable en raison de la présence d'un delta et d'autres caractéristiques naturelles (article 7 (2)); l'énumération détaillée des activités qui font le passage d'un navire étranger offensif (article 19 (2)); le droit d'adopter des lois et règlements relatifs au passage inoffensif (article 21); le droit de désigner les voies de circulation et de prescrire les dispositifs de séparation du trafic dans la mer territoriale (article 22); les nouvelles compétences de l'État côtier dans sa zone contiguë quant à la protection des objets archéologiques et historiques découverts en mer (article 303); nouveau droit de l'État côtier de donner son agrément au tracé des pipelines posées sur son plateau continental (article 79 (3)); etc.

Il est difficile de concevoir aujourd'hui la contestation des dispositions mentionnées ci-dessus en tant que parties du droit général de la mer. En cas de doute, le fardeau de preuve incomberait probablement à la partie prétendant le contraire.

L'effet générateur

Cependant il n'en est pas de même avec les dispositions normatives ayant l'effet constitutif ou générateur qui, avant 1982, n'ont pu être corroborées par la pratique précédente des États.

Ces dispositions ont été l'objet d'un "package deal", d'un ensemble, notamment avec celles concernant la Zone internationale des fonds marins. Et puisque les "États législateurs unilatéraux" se sont longtemps opposés à sa partie XI, l'entrée en vigueur de la Convention de 1982 a été considérablement ajournée.

Ce refus de la Convention par les puissances maritimes les plus importantes a été l'obstacle en lui-même pour une transformation rapide de ses dispositions normatives ayant l'effet constitutif ou générateur dans le droit coutumier nouveau.

Mais une analyse des règles normatives vis-à-vis de la pratique précédente des États découvre qu'il n'y a que deux groupes des normes dont on pourrait toujours douter le caractère coutumier général, même après que cette Convention ait entrée en vigueur le 16 novembre 1994.

Ce sont d'abord les dispositions concernant le passage en transit des navires étrangers dans les détroits servant à la navigation internationale (articles 37-44).²⁰ Ce droit de passage en transit pourraient donc exercer seuls les États parties à la Convention, dès son entrée en vigueur, à condition, bien sûr, que tous les États côtiers aux détroits en question sont également devenus ses parties.

La transformation de ce régime au droit coutumier général peut néanmoins être atteint dans un proche avenir. Il suffit que les États-Unis et les autres puissances maritimes importantes et la majorité des États côtiers aux détroits visés deviennent les parties à la Convention de 1982. Un *communis opinio juris* pourrait ensuite être établi quant au passage en transit de tous les détroits du monde servant à la navigation internationale.

*

L'autre exemple des règles génératrices sont les dispositions permettant à certains États côtiers d'étendre leur plateau continental au-delà de 200 milles marins et jusqu'au rebord externe de la marge continentale.

Dans sa Décision du 10 juin 1992 concernant la délimitation des espaces maritimes dans la région des îles *Saint-Pierre-et-Miquelon* (Canada/France), le Tribunal d'Arbitrage a résolument refusé la revendication française aux droits sur le plateau continental au delà de 200 milles dans cette région. Voici ses arguments:

“78. Toute décision par laquelle le tribunal reconnaîtrait aux Parties des droits sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins ou rejetterait de tels droits constituerait une décision impliquant une délimitation non pas “entre les Parties”, mais entre chacune d'elles et la communauté internationale, représentée par les organes chargés de l'administration et de la protection de la zone internationale des fonds marins (les fonds marins situés au-delà de la juridiction nationale) qui a été déclarée patrimoine commun de l'humanité.

79. Le Tribunal n'est pas compétent pour procéder à une délimitation touchant aux droits d'une partie qui n'est pas présente devant lui. A ce sujet, le Tribunal relève que, conformément à l'article 76, paragraphe 8, et à l'annexe II de la convention

²⁰ Ce régime est visé notamment pour les détroits suivants: Gibraltar, Bonifacio, Bab el Mandeb, Hormouz, Malacca, Singapour, Sunda, Lombok et Passages du Nord-Est, du Nord-Ouest et des Iles du Vent. (Northeast, Northwest, and Windward Passages)

de 1982 sur le droit de la mer, une commission appelée "Commission des limites du plateau continental" doit être constituée en vue d'examiner les revendications et les informations que lui soumettront les États côtiers et de leur faire des recommandations. Conformément à cette disposition, seules les "limites (du plateau continental) fixées par un État côtier sur la base de ces recommandations sont définitives et de caractère obligatoire."²¹

La jouissance de ce droit sur le plateau continental jusqu'au rebord externe de la marge continentale est donc subordonnée à une procédure de sa délimitation devant ladite Commission. Une règle de caractère contractuel est donc en jeu ici, bien qu'en vertu de l'article 77 (4) les droits d'un tel État côtier possédant le plateau continental au delà de 200 miles soient également "indépendants de l'occupation effective ou fictive, aussi bien que de toute proclamation expresse".

Il y a un autre indice que ce droit est réservé aux seuls États parties de la Convention de 1982. Cette concession a été faite à de tels États en contrepartie de l'acceptation par eux du principe d'un partage des revenus tirés du plateau continental au-delà de la limite de 200 miles.²²

Il faut néanmoins attendre pour voir quelle sera la future pratique de la Commission des limites du plateau continental. Au cas où elle recevra des informations des États tiers à la Convention et qu'elle adressera à ceux-ci ses "recommandations" comme prévu dans son article 76 (8), notre conclusion pourra être corrigée.

Les dispositions contractuelles

Enfin, la Convention de 1982 prévoit nécessairement les dispositions usuelles du caractère "contractuel" très importantes dans sa mise en oeuvre.

Toute la partie XV a le même caractère, ainsi que la section V de la partie XI de la Convention, concernant le règlement des différends.

²¹ Cf., *Revue générale de droit international public* 1992, n. 3, págs. 702-703, par. 78, 79. Voir le texte anglais faisant également foi, *International Legal Materials* 1992, N. 5, pág. 1172.

²² Cf., l'article 82 de la Convention. Le même avis a exposé Tommy T.B. Koh (Singapour) en qualité du président de la troisième Conférence dans son allocution lors de la signature de la Convention le 10 décembre 1982: Il a dit sur ce sujet entre autre que: "...Même l'article 76 relatif au plateau continental, innove sur le plan du droit en étendant la notion du plateau continental au talus et au glacis continental... A mon avis, un État qui n'est pas partie à la Convention ne peut pas invoquer le bénéfice de l'article 76."

Dans sa partie XI la Convention de 1982 réserve en outre le droit exclusif des activités dans la Zone à l'Entreprise internationale, à ses États-parties, aux entreprises d'État et aux personnes physiques ou morales des États parties, avec la permission et sous le contrôle de l'Autorité internationale.

Par contre, les "Principes régissant la Zone", faisant partie de la Section 2 de la partie XI (articles 136 à 149), sont formulés en termes des règles impératives visant tous les États du monde. En conséquence c'est un principe consacré dans l'article 136 qui prévoit que: "La Zone et ses ressources sont le patrimoine commun de l'humanité." Les États signataires de cette Convention ont cru au moins, en 1982, que ledit principe et le régime prévu consistaient des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

Ledit principe du patrimoine commun de l'humanité doit donc être l'objet d'une analyse à part, notamment pour le fait que la partie XI de la Convention a été contredite par la pratique des États "législateurs unilatéraux". Elle a été enfin profondément modifiée par l'Accord relatif à son application de 1994, qui comporte les mêmes dispositions du caractère contractuel. Cependant nous n'avons pas l'intention de décrire en détail toutes les règles écrites actuellement en vigueur quant aux activités minières dans les grands fonds marins.

Le principe du patrimoine commun de l'humanité

Le concept du patrimoine commun de l'humanité est la traduction moderne de la même idée du droit romain d'après laquelle l'air, les courants d'eau, la mer et la côte firent *res communis omnium*, donc *extra commercium*.²³

Georges Scelle a soutenu la même thèse déjà en 1955 concernant le plateau continental. Comme il est en effet le lit et le sous-sol de la haute mer, il a plaidé pour une gestion internationale de son exploitation. Cela impliquait un mécanisme international proche à celui prévu par la Convention de 1982 pour la Zone internationale des fonds marins.²⁴

A cette époque cette idée a été rejetée. La Commission du droit international a souligné dans son dernier rapport que: "...dans les circonstances actuelles, cette internationalisation se heurterait à des

²³ "Et quidam naturali jure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris."

²⁴ Cf., Georges Scelle, "Plateau continental et droit international", Revue générale de droit international public 1955, n. 1, págs. 5-62.

difficultés d'ordre pratique insurmontables et n'assurerait pas l'exploitation efficace des richesses naturelles qui est nécessaire pour faire face aux besoins de l'humanité."²⁵

Ce qui a été rejeté pour le plateau continental a été ensuite acceptée comme règle fondamentale du droit de l'espace tout entier. Ainsi l'article premier du fameux Traité du 27 janvier 1967 dispose que:

"L'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, doivent se faire pour le bien et dans l'intérêt de tous les pays...; elles sont l'apanage de l'humanité toute entière."²⁶

Mais, pour la mise en oeuvre de ce principe dans l'espace extra-atmosphérique aucun mécanisme international n'est encore nécessaire.

Et lorsqu'on a commencé à réfléchir de l'issue du régime juridique des grands fonds marins au-dessous de la haute mer c'était le Président des États-Unis Lyndon Johnson qui a déclaré lui-même en juillet 1966 qu'il fallait "faire en sorte que le fond de la mer et des océans soit et demeure le patrimoine commun de l'humanité".²⁷

Ce n'était qu'un an plus tard que le représentant de Malte à l'ONU Arvid Pardo a demandé le 17 août 1967 l'inscription à l'ordre du jour de l'Assemblée générale d'une question intitulée: "Déclaration et traité relatifs à l'utilisation exclusive à des fins pacifiques des fonds marins et océaniques au-delà des limites des juridictions nationales actuelles et à l'exploitation de leurs ressources dans l'intérêt de l'humanité".

Le 17 décembre 1970 l'Assemblée générale a adopté la "Déclaration des principes régissant le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale" (Rés.2749 (XXV)), par 108 voix pour, nul contre et 14 abstentions. Les États-Unis ont voté en faveur de cette Déclaration. Son texte a prévu certaines règles qu'on a cru à l'époque de déclarer le *jus cogens*. En tout cas elles ont été formulées dans cet instrument en tant que telles. Voici les extraits de cette Déclaration les plus importants:

²⁵ Cf., Annuaire de la Commission du droit international 1956, vol. II, pág. 296, 3).

²⁶ La même formule figure déjà dans la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 1962 (XVIII) du 13 décembre 1963.

²⁷ Cf., La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (10 décembre 1982), Textes présentés par Pierre Michel Eisemann, Notes et études documentaires Ns. 4703-4704, 28 janvier 1983, la Documentation française, pág. 12.

“1. Le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale (ci-après dénommés la zone), et les ressources de la zone sont le patrimoine commun de l’humanité.

2. La zone ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire l’objet d’appropriation par des États ou des personnes physiques ou morales, et aucun État ne peut revendiquer ou exercer la souveraineté ou des droits souverains sur une partie quelconque de celle-ci.

3. Aucun État, aucune personne physique ou morale, ne peut revendiquer, exercer ou acquérir sur la zone ou sur ses ressources des droits incompatibles avec le régime international à établir et les principes de la présente Déclaration.

4. Toutes les activités touchant l’exploration et l’exploitation des ressources de la zone et les autres activités connexes seront soumises au régime international à établir.

5. La zone devra être utilisée à des fins exclusivement pacifiques par tous les États, qu’il s’agisse de pays côtiers ou de pays sans littoral, sans discrimination, conformément au régime international à établir...”

A cette époque on a ignoré l’étendue de la Zone puisque la largeur du plateau continental des États côtiers n’était plus certaine. Mais personne n’a contesté le fait que la Zone et ses ressources naturelles firent le patrimoine commun de l’humanité dans le sens de la Déclaration ci-dessus citée de 1970.

Le mandat de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a été, entre autre, de créer un régime international ayant pour base lesdits principes.²⁸

Lors de la troisième Conférence un majeur désaccord a surgi entre les États participants concernant le système d’exploration et d’exploitation des ressources dans les grands fonds marins de la Zone. Les pays en voie de développement inclinaient pour la création d’une Autorité internationale avec de très grands pouvoirs qui agirait au

²⁸ Selon le paragraphe 2 de sa Résolution 2750 C (XXV) de 1970, l’Assemblée générale a décidé de convoquer en 1973 une conférence sur le droit de la mer, chargée entre autre d’étudier l’établissement d’un régime international équitable — y compris un mécanisme international — applicable à la zone et aux ressources du fond des mers et des océans, ainsi qu’à leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale, une définition précise de la zone et une large gamme de questions connexes.

nom de la communauté internationale et qui exploiterait directement, par l'intermédiaire d'une Entreprise, la Zone au profit de l'humanité toute entière. Leurs idées ont été les plus proches au concept du patrimoine commun de l'humanité, mais c'est tout une autre question de la viabilité d'un tel mécanisme international.

Les pays industrialisés, qui ont prétendu de posséder à eux seuls la technologie nécessaire, ont eu une vision bien différente. Selon eux les richesses de la Zone devraient être ouvertes à l'exploitation des entreprises privées les plus capables, et le rôle de l'Autorité limité à délivrer des permis et encaisser les revenus.

Le compromis a été obtenu sur la base d'une proposition faite en 1976 par le Secrétaire d'État américain Henry Kissinger, dans un "système parallèle" d'exploitation des fonds marins.

D'après le texte de la Convention de 1982 toutes les activités dans la Zone seraient menées et contrôlées par l'Autorité, qui agirait pour le compte de l'humanité toute entière, conformément à sa partie XI. Les principes régissant la Zone sont rédigés, comme il a été dit, en termes généraux et impératifs, se rapportant à tous les États et à toutes les personnes, comme l'est d'ailleurs la Déclaration de l'Assemblée générale de 1970. Mais le reste de la partie XI concernant les activités dans la Zone et concernant l'Autorité, aussi bien que les Annexes III et IV à la Convention, sont rédigés en termes contractuels, prévoyant les droits et les devoirs aux seules parties de la Convention. Ces activités sont expressément réservées à l'Entreprise internationale, aux États parties ou entreprises d'État et personnes physiques et morales des États parties.

La Convention de 1982 a prévu dans le cadre de l'Autorité et l'Entreprise, une machinerie bureaucratique immense et trop coûteuse appelée: "les Nations Unies pour les mers et les océans".

Le "système parallèle", selon l'article 8 de l'Annexe III de la Convention, concerne les personnes physiques ou morales autres que l'Entreprise internationale. Chaque demande d'autorisation de production soumise à l'Autorité devait couvrir une zone ayant une superficie totale et une valeur commerciale estimative suffisante pour permettre deux opérations d'extraction minière. L'Autorité désignerait le secteur réservé exclusivement à des activités de l'Entreprise ou en association avec des États en développement. L'autre partie serait cédée au demandeur pour exploitation.

C'est en termes très généraux qu'est prévu le système dans la partie XI de la Convention de 1982.

Les législations nationales

C'est dans le domaine des activités dans la Zone qu'a surgi un unilatéralisme des États prétendant de posséder la technologie nécessaire, et certains de leurs accords mutuels, même avant la signature de la Convention. Dès 1980 certains États industrialisés ont adopté leurs législations nationales sur l'exploration et l'exploitation minières des grands fonds marins. Ce sont:

- les États-Unis par la loi du 28 juin 1980 et par certains règlements adoptés ensuite;²⁹
- Allemagne par sa loi du 22 août 1980;³⁰
- Le Royaume-Uni par la Loi du 28 juillet 1981;³¹

Ces trois États ont refusé de signer la Convention le 10 décembre 1982. Les États-Unis ont annoncé explicitement qu'ils ne deviendraient pas sa partie dans son contenu actuel.

Après l'adoption de leurs législations, les États suivants ont néanmoins signé la Convention en vue de participer dans la Commission préparatoire de l'Autorité internationale des fonds marins et du Tribunal international du droit de la mer ("Commission préparatoire") et de tirer l'avantage de la Résolution II. Voici les législations de ces États:

- la France: Loi du 23 décembre 1981 et autre réglementation;³²
- l'ancienne Union soviétique: le Décret du Présidium du Soviet Suprême du 17 avril 1982;³³
- le Japon: Loi du 20 juillet 1982;³⁴

²⁹ Deep Seabed Hard Mineral Resources Act, International Legal Materials 1980 (ILM), N. 5, págs. 1003-1020; Deep Seabed Mining Regulations for Exploration Licenses, ILM 1981, N. 5, págs. 1228-1258; Deep Seabed Mining Regulations for Exploration Licenses: Procedures for Pre-enactment Explorer Applications and New Entrant Applications, ILM 1982, N. 4, págs. 867-872.

³⁰ Traduction en anglais — ILM 1981, N. 2, págs. 393-398. Modification de cette Loi du 12 février 1982, ILM 1982, N. 4, págs. 832-833.

³¹ Deep Seabed Mining (Temporary Provisions) Act 1981, ILM 1981, N. 5, págs. 1217-1227.

³² Loi n. 81-1135 du 23 décembre 1981: Sur l'exploration des grands fonds marins, Journal Officiel, (J.O.), 24 décembre 1981, págs. 3499-3500 (traduction en anglais, ILM 1982, N. 4, págs. 804-814); Décret n. 82-111 du 29 janvier 1982, Pris pour l'application de la loi du 23 décembre 1981, J.O., 31 janvier 1982, págs. 431-432; Arrêté du Ministre de l'Industrie du 29 janvier 1982: Contenu des demandes de permis d'exploration et d'exploitation des grands fonds marins, *ibid.*, págs. 433-434; Conseil Constitutionnel: Décision du 16 décembre 1981, J.O., du 18 décembre 1981, pág. 3448.

³³ Traduction en anglais — ILM 1982, N. 3, págs. 551-553.

³⁴ Traduction en anglais — ILM 1983, N. 1, págs. 102-122.

L'Italie a adopté sa Loi le 20 février 1985, donc après sa signature de la Convention du 1982.³⁵

La plus exhaustive et la plus large est la loi des États-Unis qui a servi d'exemple aux autres lois moins détaillées. Toutes ces lois sont inspirées des législations minières terrestres des pays respectifs, transposées au milieu marin qui est un environnement particulier.

Les sept législations nationales ont certaines caractéristiques communes, mais dans les détails, qui sont moins importants, il y a des nuances et des différences même considérables.

Chacune des législations prévoit la délivrance d'un permis d'exploration et un permis d'exploitation des sites miniers dans la Zone. Le permis d'exploration des fonds marins dans un site n'autorise par lui-même son exploitation commerciale. Le permis d'exploitation sera délivré sous certaines conditions à la même personne physique ou morale qui a exploré le site en question, ou alors cette personne jouira la priorité à cet égard.

Certaines lois ont prévu le délai de validité de permis en question qui peut toujours être reconduit par l'autorité compétente nationale. Dans la Loi américaine le délai de validité du permis d'exploration est de dix ans et peut être reconduit de périodes subséquentes de cinq ans. D'après la même Loi le délai de validité du permis d'exploitation est de vingt ans, même plus si l'exploitation en quantités commerciales le permet. Cependant, si la personne en question n'a pas récupéré des quantités commerciales à la fin de la dixième année, le permis peut être terminé.

Chacune des législations prévoit un système réciproque de reconnaissance des permis de certains autres États.

D'autre part, toutes les législations nationales ont voulu s'approcher partiellement des objectifs de la Déclaration de 1970 et de la Convention de 1982, tout en niant leur caractère obligatoire à leur égard.

1. Toutes les lois se présentent comme "provisoires" dans l'attente de l'entrée en vigueur de la Convention. Mais les États respectifs n'ont assumé aucune obligation de devenir ses parties.

2. Toutes les lois prétendent n'avoir pas procédé à une appropriation de souveraineté des grands fonds marins, et que les activités autorisées dans la Zone n'affectent pas les libertés de la haute mer, affirmation difficile de défendre.

3. Toutes les lois prévoient une redevance à l'exploitation de la Zone à un fond national. Les sommes sont inférieures à celles prévues par la Convention même.

³⁵ Cf., sa traduction en anglais — ILM 1985, N. 4, págs. 983-996.

4. Il n'y a que les législations française et soviétique qu'on a voulu mettre en harmonisation avec le système parallèle d'exploitation prévu par la Convention de 1982. Le titulaire d'un permis d'exploration ne peut obtenir un permis d'exploitation que pour la moitié du site découvert. Seule la loi soviétique a prescrit que l'autre moitié sera réservée à l'exploitation par la future organisation internationale pour les fonds marins.

*

Quatre de ces États "législateurs unilatéraux", à savoir la France, le Royaume-Uni, les États-Unis et l'Allemagne ont conclu, le 2 septembre 1982, un "Accord concernant les arrangements provisoires relatifs aux nodules polymétalliques des grands fonds marins".³⁶ Cet Accord prévoit l'échange d'informations entre ses parties concernant les requêtes soumises, qui doivent être strictement confidentielles, ainsi que les coordonnées géographiques des sites demandés ou approuvés. Il prévoit en plus la procédure arbitrale pour le règlement des différends concernant le chevauchement des sites attribués.

Ensuite, le 3 août 1984, les six États sont convenus d'un "Arrangement provisoire concernant les questions relatives des grands fonds marins" avec deux annexes et un mémorandum.³⁷ Ses parties ont été à l'époque: la France, l'Allemagne, les États-Unis, le Royaume-Uni, le Japon, la Belgique et les Pays-Bas, mais non l'Union soviétique.

L'arrangement provisoire de 1984 prévoit la reconnaissance des licences délivrées par ses autres parties. Au cas où une requête soumise à l'administration compétente d'une partie satisfait aux conditions de cet Arrangement et de la loi nationale, les autres parties ne délivreront par leurs permis pour la zone en question.

*

Par toutes ces législations et deux accords conclus un système à part d'exploration et d'exploitation des richesses de la Zone a été créé. Il est tout à fait incompatible, non seulement avec la partie XI de la Convention de 1982 et de ses annexes, mais également avec les principes de base consacrés dans la Déclaration de 1970 ci-dessus mentionnée.

Avant la conclusion de l'Accord de 1994 ce système a été contraire même au régime juridique de la haute mer. Ce régime ne

³⁶ Cf., son texte — *Revue générale de droit international public* 1983, (RGDIP), n. 1, pgs. 493-504. Voir son texte en anglais: *Agreement Concerning Interim Arrangements Relating to Polymetallic Nodules of the Deep-Sea Bed*, ILM 1982, N. 5, pgs. 950-962.

³⁷ J.O., 17 février 1985, pgs. 2089-2091. Voir le texte en anglais — *Provisional Understanding Regarding Deep Seabed Matters*, ILM 1984, N. 6, pgs. 1354-1365.

permet nullement l'appropriation des parties de la haute mer même transitoires, pour une utilisation exclusive quelconque en excluant toutes les autres personnes. Et jamais auparavant les États ne se sont pas permis d'étendre l'effet de leurs lois nationales sur l'exploitation des ressources minérales, donc non renouvelables, au-delà de leur mer territoriale et de leur plateau continental. Les conventions ayant une portée extra-territoriale: celles sur la haute mer, sur les ressources biologiques de la haute mer, sur l'espace extra-atmosphérique ou sur l'Antarctique, ne permettent pas de tels actes unilatéraux des États et moins encore leurs législations nationales concernant ces espaces. Il s'agissait donc à l'époque des actes *ultra vires* par les États "législateurs unilatéraux".

*

Néanmoins, à la veille de la clôture de la troisième Conférence sur le droit de la mer une suite a été donné aux demandes des États industrialisés et à leurs permis, à condition qu'ils signent la Convention.

Comme partie de l'Acte final de la Conférence la Résolution II. a été adopté — "Sur les investissements préparatoires dans les activités préliminaires relatives aux nodules polymétalliques". Par cette Résolution la Commission préparatoire a été habilitée de délivrer aux "investisseurs pionniers" l'autorisation d'effectuer des activités préliminaires d'exploration et d'étude dans la Zone. Les paragraphes 8 et 9 réservent aux investisseurs pionniers la priorité quant à l'approbation des plans de travail et à l'octroi des autorisations de production après l'entrée en vigueur de la Convention.

Les investisseurs pionniers des pays suivants ont enregistré leurs demandes auprès la Commission préparatoire: du Japon, de l'URSS, de la France, de la Chine, de l'Inde, de l'Europe de l'Est et de la Corée du Sud. Cependant les zones enregistrées par le Japon, la France et l'URSS ne sont pas assez larges pour prévoir une zone réservée à l'Entreprise. Sont restées en dehors de cette procédure d'autorisation les entités qui ont obtenu des permis par des institutions nationales des États-Unis, de l'Allemagne et du Royaume-Uni, pays non-signataires de la Convention. Les trois entités ont obtenu les permis par les autorités des États-Unis.

Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention de 1982

Le texte de l'Accord relatif à l'application de la partie XI a été adopté par la résolution de l'Assemblée générale 48/263 du 28 juillet 1994, (ci-dessous: "l'Accord de 1994"), en attendant l'entrée en vigueur de la Convention de 1982 pour le 16 novembre suivant.

Son article 4 empêche l'adhésion des États nouveaux à la Convention seule, sans être liés en même temps par cet Accord. Son article 5 prévoit pour les États contractants de la Convention une procédure simplifiée d'adhésion à l'Accord. Tous ces États qui ont signé l'Accord deviendront ses parties automatiquement, à moins qu'ils ne notifient au dépositaire dans les 12 mois qui suivent qu'ils ne souhaitent pas se prévaloir de cette procédure simplifiée.

De cette manière on a évité la procédure des amendements prévue par la Convention de 1982. Par la section 4 de l'Annexe à l'Accord on a formellement supprimé les paragraphes 1, 3 et 4 de son article 155 concernant la conférence de révision de sa partie XI.

L'Accord de 1994 a perturbé complètement la partie XI de la Convention. Selon son article premier: "1. Les États Parties au présent Accord s'engagent à appliquer la partie XI conformément au présent Accord. — 2. L'Annexe fait partie intégrante du présent Accord." Et selon l'article 2: "1. Les dispositions du présent Accord et de la partie XI doivent être interprétées et appliquées ensemble comme un seul et même instrument. En cas d'incompatibilité entre le présent Accord et la partie XI, les dispositions du présent Accord l'emportent..."

Les États "législateurs unilatéraux" qui sont signataires de l'Accord mais n'ont pas encore adhéré à la Convention de 1982 (les États-Unis en premier lieu), ont acquis le privilège d'appliquer ledit Accord à titre provisoire. C'est au moins jusqu'au 16 novembre 1998, au cas où celui-ci n'entre pas en vigueur avant cette date. Dans une telle capacité provisoire ces États deviennent titulaires de tous les droits prévus, y compris celui de devenir membres de tous les organes de l'Autorité.

La section 1, 12, c) de l'Annexe dispose en leur faveur:

"Les États et entités qui sont membres de l'Autorité à titre provisoire en vertu des alinéas a) ou b) appliquent les dispositions de la partie XI et du présent Accord conformément à leurs lois et règlements nationaux ou internes et à leurs allocations budgétaires annuelles et ont les mêmes droits et obligations que les autres membres et notamment:

- i) L'obligation de contribuer au budget d'administration de l'Autorité conformément au barème convenu;
- ii) Le droit de patronner des demandes d'approbation de plans de travail relatifs à l'exploration..."

Le droit de la mer est un champ exemplaire où les actes unilatéraux des États initialement contraires au droit positif, deviennent en-

suite légitimes par les conventions ultérieures de codification et de "développement progressif" du droit international général. La même chose s'est passé avec les permis délivrés par les autorités nationales des États "législateurs unilatéraux".

En vertu de la section 1, paragraphe 6 de l'Annexe, sur la base de recommandation de la Commission juridique et technique, le Conseil de l'Autorité approuvera les plans de travail relatifs à l'exploration. Cette procédure est prévue expressément pour les plans déjà approuvés par les autorités nationales des États non-signataires de la Convention, ensuite pour les plans des investisseurs pionniers enregistrés chez la Commission préparatoire, ou des nouvelles entités, conformément au principe de non-discrimination.

Il est donc presque certain que dans sa nouvelle composition selon l'Accord de 1994, le Conseil invalidera les sites miniers les plus riches par des nodules polymétalliques qui sont déjà réservées par les États "législateurs unilatéraux".

L'Accord de 1994 a modifié la partie XI de la Convention de 1982 dans bien d'autres aspects importants.

C'est d'abord l'élimination du transfert obligatoire des techniques relatives aux activités menées dans la Zone. Les bénéficiaires de ce transfert devaient initialement être l'Entreprise internationale et les États en voie de développement. Ce transfert a été auparavant prévu comme une conditions de l'approbation de tous les plans de travail.

La section 5 de l'Annexe dispose que l'Entreprise et les États en voie de développement obtiendront ces techniques: "selon des modalités et des conditions commerciales justes et raisonnables sur le marché libre, ou par le biais d'accords d'entreprise conjointe".

Les États-Unis ne cachent pas leur désir de liquider l'Entreprise internationale. On a trouvé cependant une solution intérimaire selon laquelle le Secrétariat de l'Autorité s'acquitte des fonctions de l'Entreprise temporairement.

Quant aux secteurs réservés, d'après la section, 5 paragraphe 6 de l'Annexe, le contractant ayant remis un tel secteur spécifique à l'Autorité "a un droit de priorité pour conclure avec l'Entreprise un accord d'entreprise conjointe (*joint venture arrangement*) en vue de l'exploration et de l'exploitation dudit secteur".

Mais au cas où dans l'avenir l'Entreprise devient capable de fonctionner indépendamment, les États parties ne seront tenus de financer aucune opération de celle-ci sur un site minier. Elle devra fonctionner selon les principes du marché libre comme toutes les

autres entités. En dépit des concessions faites, les États-Unis n'ont pas encore perdu l'intention de liquider l'Entreprise dans l'avenir.³⁸

L'obligation de l'Autorité de prêter l'assistance aux pays en voie de développement, producteurs terrestres des minéraux qui seront extraits de la Zone a été supprimé également. Selon la section 7 de l'Annexe l'Autorité établira un fond d'assistance économique à cette fin avec la part de ses ressources qui dépassent le montant nécessaire pour couvrir ses dépenses d'administration.

Il est donc bien évident que le premier souci dans l'encaissement des revenus des activités dans la Zone internationale sera de couvrir les dépenses de l'administration très réduite de l'Autorité. L'Accord de 1994 n'a en vue aucun autre besoin de l'humanité.

A cette fin tout contrôle de production est également supprimé. La mise en oeuvre des ressources de la Zone doit se faire conformément aux principes d'une saine gestion commerciale. Les subventions des activités menées dans la Zone, soit par l'Entreprise ou par les autres entités, sont interdites. D'après la section 6 de l'Annexe, les dispositions du GATT et les accords destinés à lui succéder ou remplacer, s'appliquent aux activités menées dans la Zone.

Les États-Unis ont ensuite réussi d'alléger les clauses financières des contrats originaires prévues dans l'article 13 de l'Annexe III à la Convention de 1982; en particulier avec le paiement de la somme annuelle d'un million de dollars américains après la prise d'effet d'un contrat de travail d'exploration. D'après la section 8 (1b) de l'Annexe à l'Accord de 1994: "Les taux de paiement appliqués dans le cadre de ce système doivent être comparables à ceux en vigueur en ce qui concerne la production terrestre des mêmes minéraux ou de minéraux similaires afin d'éviter de donner aux producteurs de minéraux extraits des fonds marins un avantage artificiel ou de leur imposer un désavantage, au regard de la concurrence."

Enfin, les États-Unis ont réussi de s'assurer un siège pratiquement permanent dans le Conseil ayant des compétences élargies, et du droit effectif de veto à toutes ses décisions.³⁹ Ils ont un veto

³⁸ Dans le Commentaire de la Convention de 1982 et de l'Accord de 1994 adjoint à la proposition du Président et du Secrétaire d'État au Sénat des États-Unis pour adhérer à ceux-ci, il est dit: "...if a decision is ever made to make the Enterprise operational, it will only be on the basis that the United States would find acceptable... It is equally possible that, by the time commercial mining takes place, developing States as well as industrialized countries will recognize the Enterprise as a relic of the past and not seek to make it operational." Cf., ILM 1995, N. 5, pag. 1436.

³⁹ Dans le Commentaire cité ci-dessus il est souligné que: "...this chambered voting arrangement will ensure that the United States and two other consumers, or three investors or producers acting in concert, can block substantive decisions in the Council..." ILM 1995, N. 5, pag. 1433.

permanent à tous les amendements au texte de l'Accord de 1994. Enfin, une nouvelle Commission des finances sera créé par la section 9, avec une forte influence dans la gestion et dans l'administration financière de l'Autorité.

Conclusion

Et finalement que peut-on conclure quant au rapport du traité et de la coutume dans le droit de la mer?

Dans un article publié en 1974, René-Jean Dupuy a identifié deux sortes de la coutume dans le droit international général.

Il y a un processus coutumier lent, continu, graduel et progressif qui ne cesse jamais, où la répétition des faits précède l'*opinio juris*, ou comme il soulignait lui-même: "l'existence précède l'essence".⁴⁰ Il l'a appelé, non sans raison, "coutume sage".

Par les actions répétées des États, suivies de l'*opinio juris*, un petit nombre de règles coutumières prend naissance. Leur contenu n'est pas tout à fait précis, et le moment de leur création n'est jamais certain. Néanmoins les règles du droit international général de ce caractère sont basées sur la raison. Elles ont d'ordinaire un sens suffisamment large en vue de permettre des exceptions nécessaires. Bien que lent, ce processus coutumier se prouve adaptable aux circonstances technologiques, politiques et sociales nouvelles, qui sont d'ailleurs en permanente évolution.

Les efforts très prudents de codification par l'intermédiaire des conventions générales, de règles coutumières de ce genre, liés par le développement progressif de certaines pratiques existantes des États ayant au début un effet cristallisant, pourraient peut-être contribuer à la stabilité des rapports juridiques dans le monde.

Néanmoins, ce processus coutumier classique s'est prouvé inadéquat lorsqu'il s'est confronté aux nouvelles exigences de la communauté internationale, notamment celles survenues après la deuxième guerre mondiale. Il n'a donc pas pu demeurer la seule modalité de la création des règles nouvelles du droit international général.

R.-J. Dupuy a confronté cette "coutume sage" à la "coutume sauvage" ou révolutionnaire, ou instantanée, dans laquelle l'idée précède le fait. Les États nouveaux, avec leurs nécessités économi-

⁴⁰ Cf., René-Jean Dupuy, "Coutume sage et coutume sauvage", Mélanges offerts à Charles Rousseau, Paris 1974, pág. 77.

ques et sociales spécifiques, ont voulu remettre en question l'ordre établi qui est fondé sur la coutume lente. Cela fut sa constatation en 1974.⁴¹

Ledit processus coutumier volontariste et articulé, le seul succédané à la véritable législation mondiale, comporte à notre avis tous les vices du volontarisme humain dans la création du droit. Les compromis politiques entre les intérêts dissonants d'un nombre très large des États sont parfois insincères et mal-fondés. Ils ouvrent la porte aux abus graves. Et l'issue de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a révélé toutes ses imperfections.

A défaut des forces prêtes de combattre pour les libertés des mers et océans, les États côtiers se sont appropriés des immenses espaces de la zone économique exclusive et même du plateau continental jusqu'au rebord externe de la marge continentale.

Ces tendances expansionnistes des États côtiers étaient facilitées par l'abandon de toute effectivité dans l'appropriation des espaces maritimes nouveaux. Ce processus a en effet commencé lorsque la Convention respectueuse de Genève de 1958 a annoncé que les droits de l'État riverain sur le plateau continental sont indépendants de l'occupation effective ou fictive.

Pour ce qui est resté de la Zone internationale des fonds marins, la majorité écrasante des États participants à la troisième Conférence ont adopté dans la Convention de 1982 un régime compatible avec le principe du patrimoine commun de l'humanité.

Comme il a été souligné, dans les années soixante-dix, il y avait un consensus sur ce que les principes juridiques consacrés dans la Déclaration de 1970 formaient un *jus cogens*. Les États-unis et les autres puissances industrielles ont, à cette époque-là, participé à ce *communis opinio juris*.

Il y a peu de doute que la Cour de La Haye attribuerait à ce régime de la Zone un caractère de *jus cogens* sur la même base qu'elle a établi dans son Arrêt de 1986 sur *Nicaragua* le principe de non-intervention avec la même portée. La Cour a conclu sur ce sujet:

“...*opinio juris* peut se déduire entre autres, quoique avec la prudence nécessaire, de l'attitude des Parties et des États à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale... L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions ne peut être interprété comme celui d'un simple rappel ou d'une simple

⁴¹ *Ibid.*, págs. 84ss.

spécification de l'engagement conventionnel... Il peut au contraire s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes..."⁴²

Mais dans les années soixante-dix personne n'a demandé un tel avis à la Cour de La Haye.

On pourrait quand même adresser des critiques sérieuses au régime tel qu'il est prévu dans la partie XI de la Convention de 1982 et dans ses Annexes III et IV. Etant le produit d'un compromis politique inachevé, il a été conçu trop rigide et compliqué, coûteux pour les producteurs potentiels. L'administration anticipée de l'Autorité et de l'Entreprise internationale a été excessivement large.

A partir de 1980 les États-Unis et les autres pays "législateurs unilatéraux" ont commencé d'obstruer ce système au nom du principe suprême de l'économie de marché. Ce courant a abouti à l'Accord de 1994 relatif à l'application de la partie XI de la Convention, basé sur un libéralisme presque total, semblable aux doctrines économiques obsolètes du 19^{ème} siècle. Tandis que l'Accord de 1994 reprend dans son préambule la formule que: "...les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale... et les ressources de la Zone, sont le patrimoine commun de l'humanité", ses dispositions ont détruit la substance de ce principe tel qui a été défini dans la Déclaration de 1970. Personne ne se soucie plus de l'objectif primaire de l'exploitation des ressources de la Zone qui devrait s'effectuer au profit de l'humanité toute entière.

Les bénéficiaires potentiels des ressources de la Zone seront donc les entités privées⁴³ et la bureaucratie très réduite de l'Autorité. On ne peut pas à présent prétendre que la communauté internationale n'ait pas d'autres besoins, quel que soit le sens de ce terme.

Personne ne sait cependant quand l'exploitation commerciale des ressources minérales de la Zone commencera, mais les sites les plus riches sont réservés pour toujours.

⁴² C.I.J. Recueil 1986, pág. 100, para.188.

⁴³ Quant au principe du patrimoine commun, il est dit dans le Commentaire des États-Unis cité ci-dessus: "This principle reflects the fact that the Area and its resources are beyond the territorial jurisdiction of any nation and are open to use by all in accordance with commonly accepted principles... It is worth noting that the Agreement, by restructuring the sea-bed mining regime along free market lines, endorses the consistent view of the United States that the common heritage principle fully comports with private economic activity in accordance with market principles." Cf., ILM 1995, N. 5, pág. 1429.

Face à cette situation, l'atmosphère pendant toute la durée de la troisième Conférence semble aujourd'hui être surréaliste. Les États du Tiers monde ont attendu impatiemment les revenus de la Zone dans un avenir très proche, en vue de résoudre tous leurs problèmes économiques et sociaux et pour surmonter le vide qui les a séparé dans le rythme de leur développement par rapport aux pays prospères. Leurs attentes excessives ont eu comme résultat les défauts dans les solutions adoptées dans la partie XI de la Convention.

*

Si le patrimoine commun de l'humanité a constitué dans les années soixante-dix un *jus cogens*, nous pourrions nous demander comment il a pu évoluer ensuite.

Certains auteurs doutent toujours de la justesse de la qualification du *jus cogens* prescrite dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Il est prévu que "...une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère."

Dans cette disposition conventionnelle il y a une contradiction, puisque chaque nouveau traité étant en conflit avec le *jus cogens* actuel serait, en vertu de ce même article 53, nul du moment de sa conclusion.

L'Accord de 1994 a cependant prouvé le fait que par le jeu d'un changement d'*opinio juris* chez "les États particulièrement intéressés" un *jus cogens* actuel pourrait disparaître.

*

Enfin, le développement le plus récent a achevé à peu près le deuxième cycle de l'évolution du droit des mers et océans. Du *res communis omnium* dans le droit romain à l'emprise des océans entiers par les États à l'époque des grandes découvertes géographiques, et à nouveau du *Mare liberum* de Hugo Grotius jusqu'à la Convention de 1982 et l'Accord de 1994, ce sont deux cycles de la même spirale qui durent depuis deux millénaires.

Zagreb, le 24 janvier 1996

LUIZ OLAVO BAPTISTA
JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA

Coordenadores

O DIREITO INTERNACIONAL NO TERCEIRO MILÊNIO

*Estudos em homenagem ao
Professor Vicente Marotta Rangel*



1998