

FITZMAURICE ET LA DISTINCTION ENTRE TRAITÉ ET OBLIGATION CONVENTIONNELLE

Emmanuel BOURDONCLE

*Chargé de séminaires à l'IHEI
Doctorant à l'Université Panthéon-Assas*

Gérald FITZMAURICE,
Rapports spéciaux sur le droit des traités (1956-1960)

L'étude du traité en droit international peut conduire à une certaine insatisfaction. L'unité du concept se heurte en effet à la diversité de la réalité qui se traduit par une multiplicité des termes utilisés pour désigner cet instrument. Loin d'être uniquement formelle, cette diversité renvoie à la diversité des effets du traité. La stabilité du régime conventionnel pourrait donc passer par une classification des traités permettant la prise en compte de cette diversité des effets. Il n'est donc pas surprenant de constater que la doctrine a multiplié les propositions. Mais l'absence de consécration positive interpelle et pourrait laisser penser à une impossibilité pratique. Cependant, une proposition de clarification retient alors plus particulièrement l'attention : « [c]elle défendue par Sir Gerald Fitzmaurice en tant que rapporteur spécial de la CDI [...] reposait sur la distinction entre trois catégories d'obligations [...] La Convention de Vienne n'a pas repris cette classification, même si certaines traces ponctuelles en subsistent. En toute hypothèse, son intérêt déborderait du droit des traités, parce qu'elle peut concerner toutes les catégories de normes internationales, qu'elles soient conventionnelles, coutumière ou unilatérales »¹. Elle suscite un double intérêt, d'une part s'agissant de la notion d'obligation et d'autre part concernant l'auteur de cette typologie, Sir Gerald Fitzmaurice. Elle conduit

¹ V. J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 11^{ème} éd., Paris, Domat, 2014, p. 151.

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

surtout à reconsidérer le concept même de traité et à déplacer la question de la classification.

Double intérêt et non pas double étonnement. En effet, son auteur figure très certainement parmi les plus grands maîtres de la doctrine internationaliste du XX^{ème} siècle. Conseiller juridique au *Foreign Office*, membre de la Commission du droit international (1955-1960), juge à la Cour internationale de Justice (1960-1973) puis à la Cour européenne des droits de l'Homme (1974-1980), Fitzmaurice a connu une carrière de praticien du droit international couronnée de succès tout en offrant une série de réflexions sur la science du droit international unanimement reconnues². Cette production scientifique est d'autant plus remarquable que son auteur s'est tenu éloigné des postes universitaires, mettant à profit ses cours comme professeur invité à l'Académie de droit international³, ses nombreux articles, particulièrement dans le *British Yearbook of International Law*⁴, sa qualité de membre puis de président de l'Institut de droit international⁵ pour livrer des réflexions théoriques approfondies. Celles-ci ont bénéficié en retour à son activité dans le domaine de la pratique du droit international comme en témoignent ses plaidoiries ainsi que ses opinions individuelles et dissidentes notamment à la Cour internationale de Justice⁶. Ainsi, « Fitzmaurice avait l'armature intellectuelle du chercheur ; il fut le plus "professoral" des praticiens »⁷.

² V. notices nécrologiques dans *Ann. IDI*, 1984, vol. 60-II, pp. 37-39 et *RGDIP*, 1982, vol. 86, pp. 847-849 et tout particulièrement R. JENNINGS, « Sir Gerald Fitzmaurice », *BYIL*, 1984, vol. 55, pp. 1-64.

³ Il y donna deux cours spéciaux, « The Juridical Clauses of the Peace Treaties », *RCADI*, 1948-II, vol. 73, pp. 255-367 et « The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law », *RCADI*, 1973-I, vol. 138, pp. 203-260 ainsi que le cours général de droit international public, « The General Principles of international Law considered from the standpoint of the Rule of Law – General Course of Public International Law », *RCADI*, 1957-II, vol. 92, pp. 1-227.

⁴ On retiendra particulièrement la série d'articles publiés entre 1950 et 1959 sur l'activité de la Cour internationale de Justice qui fut ensuite rassemblée et augmentée dans une publication posthume, G. FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 2 vol., Cambridge, Grotius Publication, 1986, 860 p.

⁵ L'une de ses productions les plus emblématiques en tant que membre de l'Institut reste très certainement « The Future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today », in Institut du Droit International, *Evolutions et perspectives du droit international – Livre du centenaire, 1873-1973*, Basel-München-Paris-London-New-York-Sidney, Editions S. Karger, 1973, pp. 196-360.

⁶ On renverra ici tout particulièrement à son opinion individuelle dans l'arrêt *Barcelona Traction* (CIJ, *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, op. ind. Fitzmaurice, *Rec.*, p. 65) et à son opinion dissidente dans l'avis sur la *Namibie* (CIJ, *Les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, avis consultatif du 21 juin 1971, op. diss. Fitzmaurice, *Rec.*, p. 208).

⁷ R. KOLB, *Les Cours généraux de droit international public de l'Académie de La Haye*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 321.

FITZMAURICE ET LA DISTINCTION ENTRE TRAITÉ ET OBLIGATION CONVENTIONNELLE

Tant l'homme que son activité ont donc fait l'objet de différents travaux et commentaires, essentiellement tournés vers sa carrière judiciaire et ses réflexions sur les juridictions internationales⁸. Néanmoins, la série des cinq rapports spéciaux portant sur le droit des traités qu'il rédigea comme membre de la Commission du droit international se présente de façon particulière dans cet ensemble⁹. Unanimement reconnus pour leur qualité scientifique, ils n'ont pu être véritablement discutés par la Commission. Ils conjuguent une analyse quasi-exhaustive de la pratique conventionnelle avec un cadre théorique approfondi et débordant largement le sujet¹⁰. Surtout, ils proposent de distinguer trois catégories de traités selon que les obligations qu'ils contiennent soient réciproques, interdépendantes ou intégrales. Conçus en vue de la constitution d'un code, ces rapports ne connurent qu'une postérité limitée, le départ de leur rédacteur coïncidant avec le retour à une forme plus classique de codification, l'élaboration d'un projet de convention internationale. Un projet écarté par Fitzmaurice dès son 1^{er} rapport :

« [l]a plupart des chancelleries connaissent suffisamment les grands principes du droit des traités et [...] c'est précisément sur des points plus particuliers, mais non moins importants, qu'elles accueilleraient avec satisfaction une étude systématique. [...] Deux raisons militent en faveur de cette solution. En premier lieu, il semble peu indiqué qu'un code relatif au droit des traités revête lui-même la forme d'un traité [...]. En second lieu, une grande partie du droit des traités ne se prête pas spécialement à la forme conventionnelle. Elle comprend des exposés de principes et des règles abstraites qui peuvent être plus facilement formulées dans

⁸ V. notamment A. CARTY and R. SMITH, *Sir Gerald Fitzmaurice and the World Crisis. A Legal Adviser in the Foreign Office, 1932-1945*, The Hague, Kluwer Law International, 2000 ainsi que J. G. MERRILLS, *Judge Sir Gerald Fitzmaurice and the discipline of international law*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, xii-340 p. et J. G. MERRILLS, « Sir Gerald Fitzmaurice's Contribution to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *BYIL*, 1982, vol. 53, pp. 115-162.

⁹ 1^{er} rapport, *Ann. CDI*, 1956, vol. II, pp. 106-131 (discuss. à la Commission, vol. I, 368 à 370^e séances) ; 2^{ème} rapport, *Ann. CDI*, 1957, vol. II, pp. 17-80 ; 3^{ème} rapport, *Ann. CDI*, 1958, vol. II, pp. 20-48 ; 4^{ème} rapport, *Ann. CDI*, 1959, vol. II, pp. 37-83 (discuss. à la Commission vol. I, 480 à 496^e séances, 500 à 504^e séances et 519 à 522^e séances) et 5^{ème} rapport, *Ann. CDI*, 1960 vol. II, pp. 64-102.

¹⁰ Ces rapports additionnés représentent près de 200 pages des annuaires de la CDI. Pour une appréciation d'ensemble, v. notamment R. JENNINGS, *op. cit.*, *BYIL*, 1984 : « *his Reports form a kind of Baedeker's guide to what would otherwise be unanticipated situations and differences that might be thrown up in the application of the law. [...] Nevertheless, it was this penetrating study in depth of the subject of treaty law that laid the intellectual foundation which enabled his successor as Special Rapporteur, Sir Humphrey Waldock, to achieve that highly successful draft [...]. For the fact of the matter is that Fitzmaurice, in his five Reports, provided a major treatise on this branch of the law: a treatise of a kind that could probably only have been accomplished by one who was a scholar of an academical bent, but who nevertheless had been compelled by the nature of his career in the law constantly to study and appreciate real situations* », p. 57.

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

un code. Le code présente également l'avantage de permettre l'incorporation d'un certain nombre de dispositions à but déclaratif ou explicatif qu'il ne serait pas possible de faire figurer dans un texte qui se limiterait strictement à l'énoncé d'obligations »¹¹.

Ce choix fait ainsi de cette série de rapports spéciaux un travail particulièrement représentatif de l'approche à la fois théorique et pratique du droit international par Fitzmaurice¹². Leur importance réside encore plus dans leur objet, le droit des traités. En effet, reflétant les vues de leur auteur sur ce sujet, ils ouvrent la voie à une compréhension plus large du système juridique international tel que pensé par Fitzmaurice.

L'étude de ces rapports ne se justifie pas seulement par l'intérêt qu'ils peuvent représenter du point de vue de la connaissance de la pensée de leur auteur. Elle s'explique essentiellement par l'un des aspects les plus importants de leur postérité, la typologie des obligations qu'ils proposent. En effet, Fitzmaurice développe à plusieurs reprises les conséquences qui s'attacheraient à certains aspects du régime juridique des traités en raison de la nature des obligations contenues dans le traité, selon qu'il s'agisse d'obligations réciproques, interdépendantes ou intégrales. Ces rapports offrent donc, pour qui s'intéresse à la question de l'obligation en droit international, une possibilité d'approcher une notion à la fois centrale dans tout système juridique mais dont l'étude paraît singulièrement délaissée en droit international¹³.

Cette approche est certes limitée par l'objet même des rapports de Fitzmaurice qui visent à codifier le droit des traités et non pas élaborer un régime ou une théorie des obligations. Cependant, elle met à nouveau en exergue le lien particulier et déjà constaté entre traités et obligations. Bien que la typologie de Fitzmaurice ne repose pas sur la distinction entre sources du droit international, ce

¹¹ *Ann. CDI*, 1956, vol. II, pp. 108-109.

¹² « *Perhaps nowhere else amongst his many writings is the strength, and perhaps also the limitations, of Fitzmaurice's analytical method more evident than in the monumental series of Reports on the Law of Treaties* », R. JENNINGS, *op. cit.*, *BYIL*, 1984, p. 56.

¹³ Ce constat paradoxal du statut essentiel mais incertain de l'obligation internationale est observé depuis longtemps, v. J. COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponses », *Mélanges P. Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 181-204, mais paraît toujours pertinent : « le statut de l'obligation en droit international est plus que jamais à saisir dans ce porte-à-faux entre souveraineté et communauté, formalisme et substantialisme, primat de la volonté individuelle de chaque Etat et affirmation plus ou moins cohérente de ce qu'on devrait appeler les droits de l'homme en l'humanité », P.-M. DUPUY, « L'obligation en droit international », *Arch. phil. Droit*, 2000, vol. 44, p. 218.

FITZMAURICE ET LA DISTINCTION ENTRE TRAITÉ ET OBLIGATION CONVENTIONNELLE

rapprochement rappelle la place particulière, au regard de ce que peuvent connaître les autres disciplines juridiques, de la question dans le système juridique international¹⁴. Le lien conduit alors à rappeler la place particulière qu'occupe le sujet dans les différentes définitions de l'obligation en droit international¹⁵. Ainsi, ces travaux offrent l'occasion d'un éclairage réciproque entre traité et obligation conventionnelle. La typologie des obligations permettrait de structurer le régime juridique conventionnel tandis que celui-ci viendrait quelque peu clarifier cette notion. Les rapports spéciaux de Fitzmaurice font plus particulièrement ressortir une distinction entre traité et obligation conventionnelle. Cette distinction apparaît en partie classique en droit des traités¹⁶ mais elle prend une importance particulière ici. En effet, loin d'être confondus, le traité et l'obligation présentent chacun une existence propre. Plus encore, c'est en cette distinction que paraît résider à la fois l'originalité et la postérité de ces rapports.

Il s'agira alors d'en interroger la pertinence et la portée. La distinction entre traité et obligation conventionnelle présente-t-elle un réel intérêt, tant pour la construction du droit des traités, que pour l'étude de la notion d'obligation en droit international ? Elle se justifie en tout cas, pour Fitzmaurice, par sa pertinence dans l'élaboration du régime juridique des traités internationaux (I). Cependant, ses limites tout comme sa véritable portée ne s'apprécient qu'au travers d'une analyse élargie du système juridique international tel que pensé par Fitzmaurice (II).

¹⁴ « La question se pose comment l'on peut obtenir une Loi dans les relations internationales où il n'existe pas de législateur. Le seul substitut à la Loi a paru pendant assez longtemps le contrat [...]. D'où une revalorisation considérable du principe *pacta sunt servanda* et une attention toute particulière dévolue à la théorie des sources du droit », R. KOLB, *Théorie du droit international*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 7.

¹⁵ V. par exemple, J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 765 : « lien juridique par lequel un sujet de droit international est tenu envers un ou plusieurs autres, d'adopter un comportement déterminé ou de s'en abstenir » et « situation subjective qui est la contre partie d'un droit au sens objectif » ou encore S. SUR, « La créativité du droit international – Cours général de droit international public », *RCADI*, 2012, vol. 363, pp. 208-209 : « La notion d'obligation est commune à tous les systèmes juridiques. Elle est leur aboutissement, leur sens concret, leur ordre de réalité. [...] L'obligation c'est le droit international vécu par ses sujets. Suivant la définition classique des civilistes, elle est à la fois un lien et un bien, en ce sens qu'elle établit une relation entre les sujets, qu'elle appartient à leur patrimoine juridique et qu'ils peuvent en réclamer l'exécution. L'obligation juridique internationale est donc celle qui est due par un sujet de droit international à un ou à d'autres sujets de droit international en vertu de ce droit ».

¹⁶ Elle a notamment été conceptualisée autour de la distinction entre acte et norme, v. P. REUTER, « Le traité international, acte et norme », *Arch. Phil. Droit*, 1987, t. 32, pp. 111-118 ou plus récemment comme mode de production et produit, v. FI. POIRAT, *Le traité, acte juridique international : recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, La Haye (Pays-Bas), Martinus Nijhoff, 2004, 506 p.